

## **Jurisprudência Mineira**

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça  
do Estado de Minas Gerais

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

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

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

## **Escola Judicial Des. Edésio Fernandes**

### **Superintendente**

Des. Reynaldo Ximenes Carneiro

### **Superintendente Adjunto**

Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

### **Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas**

Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

### **Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental**

Maria Cristina Monteiro Ribeiro Cheib

### **Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas**

Rosane Brandão Bastos Sales

### **Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica**

Lúcia Maria de Oliveira Mudrik - Coordenadora

Alexandre Silva Habib

Cecília Maria Alves Costa

Eliana Whately Moreira

João Dias de Ávila

Maria Célia da Silveira

Maria da Consolação Santos

Maria Helena Duarte

Marisa Martins Ferreira

Mauro Teles Cardoso

Myriam Goulart de Oliveira

Rachel Ribeiro de Lima

Tadeu Rodrigo Ribeiro

Vera Lúcia Camilo Guimarães

Wolney da Cunha Soares

### **Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes**

Rua Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8766

30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil

[www.tjmg.jus.br/ejef](http://www.tjmg.jus.br/ejef) - [codit@tjmg.jus.br](mailto:codit@tjmg.jus.br)

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

Fotos da Capa:

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuzza - 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 1950-2008  
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.  
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

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

Presidente

Desembargador **ORLANDO ADÃO CARVALHO**

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador **CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA**

Segundo Vice-Presidente

Desembargador **REYNALDO XIMENES CARNEIRO**

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador **JARBAS DE CARVALHO LADEIRA FILHO**

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador **JOSÉ FRANCISCO BUENO**

### **Tribunal Pleno**

#### **Desembargadores**

(por ordem de antiguidade em 03.06.2008)

**Edelberto Lellis Santiago**

**Orlando Adão Carvalho**

**Antônio Hélio Silva**

**Cláudio Renato dos Santos Costa**

**Sérgio Antônio de Resende**

**Roney Oliveira**

**Reynaldo Ximenes Carneiro**

**Joaquim Herculano Rodrigues**

**Mário Lúcio Carreira Machado**

**José Tarcízio de Almeida Melo**

**José Antonino Baía Borges**

**José Francisco Bueno**

**Célio César Paduani**

**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**

**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 César Dias**

**Vanessa Verdolim Hudson Andrade**

**Edilson Olímpio Fernandes**

**Geraldo José Duarte de Paula**

**Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires**

**Armando Freire**

**Delmival de Almeida Campos**

**Alvimar de Ávila**

**Dárcio Lopardi Mendes**

Valdez Leite Machado  
Alexandre Victor de Carvalho  
Teresa Cristina da Cunha Peixoto  
Eduardo Mariné da Cunha  
Maria Celeste Porto Teixeira  
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa  
Eulina do Carmo Santos Almeida  
José Affonso da Costa Côrtes  
Antônio Armando dos Anjos  
José Geraldo Saldanha da Fonseca  
Geraldo Domingos Coelho  
Osmando Almeida  
Roberto Borges de Oliveira  
Eli Lucas de Mendonça  
Alberto Alufzio 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 Moraes  
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  
Irmair Ferreira Campos  
Luciano Pinto  
Márcia De Paoli Balbino  
Hélcio Valentim de Andrade Filho  
Antônio de Pádua Oliveira  
Fernando Caldeira Brant  
Hilda Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa**  
José de Anchieta da **Mota e Silva**  
José Afrânio Vilela  
Elpídio Donizetti Nunes  
Fábio Maia Viani  
Renato Martins Jacob  
Antônio Lucas Pereira  
José Antônio Braga  
Maurílio Gabriel Diniz  
Wagner Wilson Ferreira  
Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**  
Pedro Coelho **Vergara**  
Marcelo Guimarães **Rodrigues**  
Adilson Lamounier  
Cláudia Regina Guedes **Maia**  
José Nicolau **Masselli**  
Judimar Martins **Biber** Sampaio  
Antônio **Generoso Filho**  
Fernando Alvarenga **Starling**  
Álvares **Cabral da Silva**  
Fernando Neto **Botelho**  
Alberto Henrique Costa de Oliveira  
Marcos Lincoln dos Santos  
Rogério Medeiros Garcia de Lima  
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**

## Composição de Câmaras e Grupos - Dias de Sessão

<b>Primeira Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Segunda Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis</b>  1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Roney Oliveira)  - Horário: 13 horas -
Desembargadores  <b>Eduardo Guimarães Andrade*</b> <b>Geraldo Augusto</b> de Almeida <b>Vanessa Verdolim Hudson Andrade</b> <b>Armando Freire</b> <b>Alberto Vilas Boas</b>	Desembargadores  <b>Roney Oliveira*</b> Mário Lúcio <b>Carreira Machado</b> <b>Nilson Reis</b> José Altivo <b>Brandão Teixeira</b> <b>Caetano Levi Lopes</b>	* Presidente da Câmara
<b>Terceira Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Quarta Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Segundo Grupo de Câmaras Cíveis</b>  1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Tarcízio de Almeida Melo)  - Horário: 13 horas -
Desembargadores  <b>Kildare Gonçalves Carvalho*</b> <b>Silas Rodrigues Vieira</b> <b>Manuel Bravo Saramago</b> <b>Dídimo Inocêncio de Paula</b> Maria das Graças Silva <b>Albergaria</b> dos Santos <b>Costa</b>	Desembargadores  José Tarcízio de <b>Almeida Melo*</b> <b>Célio César Paduani</b> Luiz <b>Audebert Delage Filho</b> José Carlos <b>Moreira Diniz</b> <b>Dárcio Lopardi Mendes</b>	* Presidente da Câmara
<b>Quinta Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Sexta Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis</b>  3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. Dorival Guimarães Pereira)  - Horário: 13 horas -
Desembargadores  <b>Antônio Hélio Silva</b> <b>Dorival Guimarães Pereira*</b> <b>Maria Elza</b> de Campos Zettel José <b>Nepomuceno da Silva</b> <b>Mauro Soares de Freitas</b>	Desembargadores  <b>José Domingues Ferreira Esteves*</b> <b>Ernane Fidélis</b> dos Santos <b>Edilson Olímpio Fernandes</b> <b>Maurício Barros</b> <b>Antônio Sérvulo</b> dos Santos	* Presidente da Câmara
<b>Sétima Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Oitava Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Quarto Grupo de Câmaras Cíveis</b>  3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvim Soares)  - Horário: 13 horas -
Desembargadores  Antônio Marcos <b>Alvim Soares*</b> <b>Edivaldo George dos Santos</b> <b>Wander Paulo Marotta</b> Moreira <b>Belizário Antônio de Lacerda</b> <b>Heloísa Helena</b> de Ruiz <b>Combat</b>	Desembargadores  <b>Fernando Bráulio Ribeiro Terra*</b> José <b>Edgard Penna Amorim Pereira</b> <b>Teresa Cristina da Cunha Peixoto</b> <b>Elias Camilo Sobrinho</b> <b>Fernando Neto Botelho</b>	* Presidente da Câmara

<b>Nona Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Décima Câmara Cível</b> Terças-feiras	<b>Quinto Grupo de Câmaras Cíveis</b>  2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida)  - Horário: 13 horas -  * Presidente da Câmara
Desembargadores <b>Osmando Almeida*</b> Pedro Bernardes de Oliveira Tarcísio José Martins Costa José Antônio Braga Antônio Generoso Filho	Desembargadores <b>Roberto Borges de Oliveira</b> <b>Alberto Aluizio Pacheco de Andrade*</b> Paulo Roberto Pereira da Silva Álvares Cabral da Silva Marcos Lincoln dos Santos	

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

<b>Décima Terceira Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Décima Quarta Câmara Cível</b> Quintas-feiras	<b>Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis</b>  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
Desembargadores Eulina do Carmo Santos Almeida* Francisco Kupidlowski Cláudia Regina Guedes Maia Alberto Henrique Costa de Oliveira Carlos Augusto de Barros Levenhagen	Desembargadores <b>Valdez Leite Machado*</b> Evangelina Castilho Duarte Antônio de Pádua Oliveira Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa Rogério Medeiros Garcia de Lima	

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

Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras	Nono Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores Eduardo <b>Mariné da Cunha*</b> <b>Irmair Ferreira Campos</b> Luciano Pinto <b>Márcia De Paoli Balbino</b> Antônio <b>Lucas Pereira</b>	Desembargadores <b>Guilherme Luciano Baeta Nunes*</b> <b>Unias Silva</b> José de <b>Dom Viçoso Rodrigues</b> <b>Elpídio Donizetti Nunes</b> <b>Fábio Maia Viani</b>	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 <b>Edelberto Lellis Santiago</b> <b>Márcia Maria Milanez Carneiro</b> <b>Eduardo Brum Vieira Chaves</b> <b>Judimar Martins Biber Sampaio*</b> <b>Fernando Alvarenga Starling</b>	Desembargadores Joaquim <b>Herculano Rodrigues*</b> <b>José Antonino Baía Borges</b> <b>Hyparco de Vasconcellos Immesi</b> Maria <b>Beatriz Madureira Pinheiro Costa</b> <b>Caires</b> Antoninho <b>Vieira de Brito</b>	Desembargadores <b>Sérgio Antônio de Resende</b> <b>Jane Ribeiro Silva</b> <b>Antônio Carlos Cruvinel</b> <b>Paulo César Dias</b> <b>Antônio Armando dos Anjos*</b>

\* Presidente da Câmara

<b>Primeiro Grupo de Câmaras Criminais</b> (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 <b>Delmival de Almeida Campos</b> <b>Eli Lucas de Mendonça*</b> <b>Ediwal José de Moraes</b> <b>Walter Pinto da Rocha</b> <b>Renato Martins Jacob</b>	Desembargadores <b>Alexandre Victor de Carvalho</b> <b>Maria Celeste Porto Teixeira</b> <b>Hélcio Valentim de Andrade Filho*</b> <b>Pedro Coelho Vergara</b> <b>Adilson Lamounier</b>

\* Presidente da Câmara

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

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

Desembargadores

<b>Orlando Adão Carvalho</b> Presidente	<b>Jarbas de Carvalho Ladeira</b> Terceiro Vice-Presidente
<b>Cláudio Renato dos Santos Costa</b> Primeiro Vice-Presidente	<b>Edivaldo George dos Santos Silas Vieira</b>
<b>Reynaldo Ximenes Carneiro</b> Segundo Vice-Presidente	<b>Wander Paulo Marotta</b> Moreira
<b>José Francisco Bueno</b> Corregedor-Geral de Justiça	<b>Maria Elza</b> de Campos Zettel
	<b>Geraldo Augusto</b> de Almeida
	<b>Caetano Levi Lopes</b>

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

Desembargadores

<b>Edelberto Lellis Santiago</b>	<b>José Francisco Bueno</b> Corregedor-Geral de Justiça
<b>Orlando Adão Carvalho</b> Presidente	<b>Célio César Paduani</b> Vice-Corregedor-Geral de Justiça
<b>Antônio Hélio Silva</b>	<b>Hyparco de Vasconcellos Immesi</b>
<b>Cláudio Renato dos Santos Costa</b> Primeiro Vice-Presidente	<b>Kildare Gonçalves Carvalho</b>
<b>Sérgio Antônio de Resende</b>	<b>Dorival Guimarães Pereira</b>
<b>Roney Oliveira</b>	<b>Jarbas de Carvalho Ladeira Filho</b> Terceira Vice-Presidente
<b>Reynaldo Ximenes Carneiro</b> Segundo Vice-Presidente	<b>José Altivo Brandão Teixeira</b>
<b>Joaquim Herculano Rodrigues</b> Presidente do TRE	<b>José Domingues Ferreira Esteves</b>
<b>Mário Lúcio Carreira Machado</b>	<b>Antônio Marcos Alvim Soares</b>
<b>José Tarcízio de Almeida Melo</b> Vice-Presidente e Corregedor do TRE	<b>Antônio Carlos Cruvinel</b>
<b>José Antonino Baía Borges</b>	<b>Fernando Bráulio Ribeiro Terra</b>
	<b>Edivaldo George dos Santos</b>
	<b>Geraldo José Duarte de Paula</b>
	<b>Alvimar de Ávila</b>

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Jarbas Soares Júnior



**Comissão de Divulgação e Jurisprudência**

(em 21.05.2008)

Desembargadores

Reynaldo Ximenes Carneiro - Presidente

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

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

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

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

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

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

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

Maria Celeste Porto Teixeira - 4º e 5º Criminais



## SUMÁRIO

### MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Pedro de Lima - Nota biográfica . . . . .	15
Iconologia da Justiça - Nota histórica . . . . .	17

### DOCTRINA

O impasse na nova Organização Judiciária - Reynaldo Ximenes Carneiro . . . . .	21
Direito Ambiental francês - Luiz Guilherme Marques . . . . .	22
O princípio da co-culpabilidade - Simone Matos Rios Pinto . . . . .	27
Responsabilidade civil extracontratual do Estado por acidentes de trânsito - Bárbara Natália Lages Lobo . . . . .	31
Termo inicial de contagem do prazo para incidência da multa pelo não-cumprimento voluntário do comando sentencial - Rodrigo Martins Faria . . . . .	39
O consumidor por equiparação e o direito de ação em face de terceiros - Vítor Vilela Guglinski . . . . .	45

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior . . . . .	47
Jurisprudência Cível . . . . .	53
Jurisprudência Criminal . . . . .	289
Superior Tribunal de Justiça . . . . .	347
Supremo Tribunal Federal . . . . .	355
Índice Numérico . . . . .	363
Índice Alfabético e Remissivo . . . . .	





DESEMBARGADOR PEDRO DE LIMA



## MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

### NOTA BIOGRÁFICA

#### Desembargador Pedro de Lima\*

Pedro de Lima nasceu em 20 de maio de 1927, em Poço Fundo, sul de Minas Gerais. Foi casado com Claura Ramalho de Lima, com quem teve quatro filhos: Márcio, Vander, Wagner e Xênia. Faleceu em 27 de fevereiro de 2004.

Começou sua vida pública no Ministério Público na Comarca de Bueno Brandão. Logo após, externando sua aptidão à Magistratura, fez concurso e logrou êxito, sendo nomeado para o cargo de Juiz de Direito de Nova Resende, em 12 de dezembro de 1961, pelo Governador do Estado de Minas Gerais, tendo em vista indicação do Tribunal de Justiça. Em 11 de setembro de 1963, foi removido, a pedido, para a Comarca de Botelhos. Por merecimento, foi promovido para a Comarca de Paraguaçu, de segunda entrância, em 18 de novembro de 1965, permanecendo nessa Comarca até 1967, quando foi promovido, por antiguidade, para a Comarca de Machado, de terceira entrância, assumindo o exercício em 1º de junho. Nessa Comarca, permaneceu por um longo período, até o ano de 1979, quando decidiu se transferir para a Capital, disposto a suprir as necessidades de estudo de seus filhos, pois nessa ocasião foi promovido, por antiguidade, para o cargo de Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Belo Horizonte, de entrância especial.

Subseqüentemente foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, em 21 de novembro de 1986, designado para a Terceira Câmara Cível. Em 17 de setembro de 1991, foi promovido, por merecimento, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Aposentou-se, a pedido, em 3 de outubro de 1992.

A Medalha de Honra da Inconfidência foi-lhe conferida em 1992, ratificando o destaque que teve por sua capacidade e dedicação à Magistratura. O Des. Roney Oliveira, em sua homenagem, declara-o um exemplo para todos e um “juiz íntegro, objetivo, conciso, como convém aos tempos modernos, que sempre manteve seu serviço rigorosamente em dia e sempre pautou a sua judicatura pelo respeito à ética [...]”. O Des. Francisco Figueiredo acrescenta, dizendo: “Como julgador, foi um exemplo marcante para todos, principalmente para os juízes que iniciam agora na Magistratura”.

Examinando minuciosamente as homenagens prestadas por todos que tiveram a oportunidade de com ele conviver, poderíamos construir, a partir desses fragmentos ligados aos seus atos públicos, traços de sua personalidade. Suas virtudes e seu caráter pessoal o distinguem e lhe conferem destaque na sua vida não só privada, mas também pública.

Com o título de “um grande ser humano”, o Dr. Décio Fulgêncio exprime sua firmeza moral caracterizando-o como um “[...] homem que deixa o nome ilibado como ele deixou, serviços de toda uma vida cansada na pesquisa do bom Direito e na afirmação do primado da Justiça, que criou uma família e que tem, nos seus votos, lições de vida antes de lições de Direito [...]”.

As homenagens feitas pelos seus colegas, quando de seu falecimento, demonstram admiração e carinho e reavivam a memória de sua vida. O Des. Francisco Figueiredo se exprimiu exaltando suas qualidades de “[...] colega singular, muito fidalgo, extremamente educado e muito competente. [...] Solícito e solidário aos seus colegas”. O Des. Schalcher Ventura acrescenta, dizendo: “[...] era uma pessoa que transmitia serenidade e tranquilidade a todos que com ele conviviam”. O Des. Luiz Carlos Biasutti em sua homenagem o retrata como “[...] uma pessoa querida por todos nós; além do mais, era um exemplo de cidadão, e, na sua simplicidade, sempre foi amigo dos amigos.” O Des. Reynaldo Ximenes Carneiro dá o testemunho “[...] de sua correção, de sua lealdade com os colegas e amigos, de sua dedicação permanente ao trabalho, de sua postura honrada, de sua firmeza, sem jactância, de sua serenidade, enfim, de sua formação humanística e religiosa que, efetivamente, o tornam figura emblemática a ser seguida”.

### REFERÊNCIAS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de Minas Gerais*. Pasta Funcional. Belo Horizonte. 6 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Corte Superior. *Homenagem à memória do Des. Pedro de Lima: [Notas taquigráficas]*. Belo Horizonte, 10 mar. 2004. 4 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Memória do Judiciário Mineiro. Livro de Registro de*

\* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Rosane Vianna Soares, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro, em 16/01/2009.

*Títulos de Juizes e Funcionários*, Belo Horizonte, n. 4, 1958-1968. p. 127.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Oitava Câmara Cível. *Voto de pesar em memória do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 4 mar. 2004. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Primeira Câmara Mista. *Voto de pesar proposto pelo Juiz Delmival de Almeida Campos*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 3 mar. 2004. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. *Homenagem à memória do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 3 mar. 2004. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Cível. *Homenagem à memória do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 2 mar. 2004. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Criminal. *Voto de pesar por ocasião do falecimento do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 4 mar. 2004. 3 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. *Homenagem à memória do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 3 mar. 2004. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Sétima Câmara Cível. *Homenagem à memória do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 2 mar. 2004. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Terceira Câmara Criminal. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Pedro de Lima*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 2 mar. 2004. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Voto de pesar proposto pelo Juiz Unias Silva*: [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 4 mar. 2004. 1 f.

...



## NOTA HISTÓRICA

Iconologia da Justiça<sup>1</sup>

Desde os primórdios, o homem sempre lançou mão de símbolos para se comunicar com o mundo exterior. As pinturas rupestres ou os hieróglifos egípcios são alguns exemplos dessa manifestação. Para além da forma representada, esses signos trazem, intrínsecos, sentidos próprios, que podem nos parecer visualmente estranhos, mas que, culturalmente, são perceptíveis, uma vez que modificam completamente o significado da imagem.

Embora a prática de leitura das imagens seja bem antiga, somente no final do século XIX e início do XX tem-se uma intensificação dos estudos de *iconografia* e *iconologia*<sup>2</sup>, quando um grupo de iconologistas de Hamburgo, a partir da tradição alemã de interpretação de texto, criou um método para a compreensão das imagens. Relatos mudos de uma época, produtos de seu tempo, são objetos importantes para o estudo dos acontecimentos históricos.

Assim também ocorre com o Direito. A balança nada mais é do que um instrumento usado para a medição de massas dos corpos. Já a espada é uma arma branca constituída por uma lâmina pontiaguda. Mas, ao visualizarmos a imagem de mulher portando em uma das mãos uma espada e, na outra, uma balança, imediatamente fazemos a associação com as armas da Justiça.

Partindo da análise histórica das imagens, busca-se identificar quais foram as representações simbólicas atribuídas à Justiça ao longo do tempo e do espaço. Além disso, é de suma importância compreender como se deu a construção dessas significações, identificando as mudanças e as continuidades ocorridas na concepção do Direito.

Estudiosos da mitologia grega apontam para a existência de uma entidade chamada *Thémis*, conhecida também como Deusa da Justiça. Filha de Urano (Céu) e Gaia (Terra), figura como a segunda esposa de Zeus. Dessa união nasceram as *Horas* - *Eunômia*, *Dike* e *Irene* (também conhecidas como as Estações) e também a *Moira*, senhora do destino de cada um dos homens. Alguns autores identificam *Thémis* como sendo mãe de *Astréia*, que viveu entre os homens na Idade do Ouro.

*Têmis* ou *Thémis*, do verbo *tithénai*, estabelece como norma a lei divina, em oposição à lei humana, *Diké*. Segundo Brandão (2001), no século VIII a.C., os *Eupátridas*<sup>3</sup>, além de deterem o poder, manipulavam a Justiça. O Direito grego, pautado pela oralidade, estava concentrado nas mãos desses nobres, tidos como os representantes dos deuses na terra e, portanto, gozavam o privilégio da livre interpretação do Direito para aplicação da Justiça.

[...] Ora, não é precisamente a *Dike*, 'a justiça dos homens', a projeção de todo o ideal de Hesíodo? Seu desejo é que a justiça, a paz e a disciplina reinem para sempre e que a *Moira* não seja mais uma conseqüência do acaso, mas da vontade de Zeus (BRANDÃO, 2001, p. 161)<sup>4</sup>.

Nesse trecho, salientamos dois aspectos importantes à concepção de Direito. Ao invocar *Dike*, Hesíodo deseja minar a fonte do poder dos eupátridas. Tendo por significado a maneira de ser ou de agir, o hábito e o costume, refere-se a uma noção de direito pautada na conduta dos homens; trata-se de uma justiça consuetudinária, em oposição à justiça divina ou temística.

Com relação a *Moira*, fica implícito que a sorte dos homens estava para além da vontade dos deuses. Sendo assim, subordinar o destino aos desígnios de Zeus é uma tentativa de modificar a situação do homem que fica, agora, à mercê da vontade do deus supremo, posição bem mais confortável se pensarmos que era comum o diálogo entre deuses e humanos na Antiguidade.

No mundo helênico, encontramos representações tanto de *Thémis* como de *Diké* com os olhos abertos, de pé, segurando em uma das mãos uma espada e, na outra, uma balança. Também aparece portando uma balança e uma cornucópia - espécie de vaso em forma de chifre. Ou ainda, no lugar da espada, está segurando um martelo.

Mais tarde, no Império Romano, a figura de *Justitia* ou *Iustitia*, do latim *lex* ou *ius*, lei humana, será considerada ícone da Justiça. Embora continue segurando uma espada, a mulher amiúde aparece sentada, de olhos vendados, e sua balança apresenta um fiel ao meio. Às vezes, aparece trazendo nas mãos as *Tábuas da Lei*, referindo-se às Doze Tábuas de Bronze, considerado o

<sup>1</sup> Nota histórica elaborada por Andréa Vanessa da Costa Val e Fabrício Bruno Costa (Historiador, especialista em História da Arte e da Cultura/UFMG), sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

<sup>2</sup> Iconografia refere-se ao estudo dos conceitos associados às formas. Para tanto, ao analisarmos um objeto, recorreremos à literatura para identificarmos quais os conceitos que uma sociedade atribuiu àquele objeto, quais os significados que uma determinada forma assumiu num dado período da história, formando a "História dos Tipos".

Iconologia remete ao significado intrínseco, ou ao conteúdo de um símbolo, que é apreendido pela determinação daqueles aspectos subjacentes que dizem respeito aos princípios de uma nação, aos valores defendidos por uma classe social, crença religiosa ou filosófica, ou que vigoraram num período histórico. Contrapondo-se ao estudo iconográfico, a iconologia tem, por objeto, a interpretação dos valores simbólicos, a gênese dos significados, a correlação entre os conceitos inteligíveis e a forma visível que estes assumem. Ver PANOFSKY, 1979, p. 47-64.

<sup>3</sup> Designação dada aos membros das famílias nobres e de maior prestígio na polis grega. Classe social que exerceu grande influência na Grécia durante o século VII a.C. Ver BRANDÃO, 2001, p. 157-153.

<sup>4</sup> Comentário alusivo à obra *Teogonia*, do poeta grego Hesíodo.

primeiro código romano. Também é comum, no lugar da espada, aparecer um feixe de machados rodeados de varas, “símbolo da autoridade romana”, afirma Commelin (1997). Ou, ainda, é representada com um cetro em uma das mãos.

Comparando as iconografias grega e romana, é possível identificarmos uma diferenciação quanto às formas de representação, que, propositalmente, reflete uma mudança no paradigma da Justiça entre as duas civilizações.

Na Antiguidade Clássica, a deusa aparece com os olhos abertos. Tal fato remete-nos à idéia de um olhar atento que a tudo observa, sem deixar que nada lhe escape. A espada, símbolo da força, tem duplo sentido: o negativo, que visa combater a injustiça e a maldade (e, assim, torna-se construtiva); e o positivo, que garante a paz, a ordem e a justiça (CHEVALIER, 1997).

No Período Romano, ao ser representada com a venda nos olhos, não significa que *Justitia* é cega. Aliás, controversa é a origem dessa representação. Damásio de Jesus (2001) atribui aos artistas alemães do século XVI a invenção da venda. Outros autores afirmam que esta seria uma distinção entre as duas concepções de Justiça. A presença da venda refere-se, antes, à noção de equidade e igualdade: uma Justiça que não se deixa influenciar por aquilo que vê - prende-se somente aos fatos. Também podemos pensar que a privação de um dos sentidos termina por aguçar os demais: a ausência da visão resulta em maior capacidade de ouvir e julgar a lide ora posta.

A balança, comum aos dois períodos, pode ser entendida como o instrumento da justa medida. Ou, partindo para uma concepção mais atual do Direito, reporta-se à importância das provas processuais. A sentença é dada em favor daquele que, apresentando as provas mais consistentes, move o prato da balança a seu favor. Não obstante, de acordo com Franco Jr. (1989), encontramos nas representações cristãs do júízo final uma balança que pesa, em cada um dos pratos, as ações boas e as ruins de cada um. O objetivo é a decisão sobre o destino do indivíduo. Da mesma forma, na Revolução Francesa, a Igualdade será identificada com a mulher que segura uma balança, em alusão à Deusa da Justiça.

A introdução do fiel na balança, alusiva à figura do pretor romano, responsável pela aplicação das leis, pressupõe maior rigor na ação de julgar. A habilidade no tratamento das leis e o estabelecimento de um Direito escrito marcam significativa mudança na concepção de Justiça. A espada, outrora usada para punir, agora é apenas acessória, devendo-se lançar mão do uso da força somente quando necessário.

Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força

bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança (IHERING, 2002, p. 27).

Entendida no início como algo pertencente à esfera do sagrado, identificada com a vontade divina, a Justiça, ao longo do tempo, tornou-se secular, passando mais tarde a significar a aplicação justa e imparcial da lei dos homens. Do mesmo modo, sua iconografia acompanhou essa transição, incorporando novos símbolos e, até mesmo, modificando-os. A adição do fiel na balança, ou a retirada da venda dos olhos da deusa, mais do que uma variação meramente estética são exemplos da quebra de um paradigma e marcam o nascimento de uma nova iconologia da Justiça.

Destarte, a Memória do Judiciário assume importância capital para compreendermos como essas mudanças aconteceram. Ao visitarmos o Palácio da Justiça Rodrigues Campos e o Museu da Memória do Judiciário Mineiro, tomamos contato com os vários ícones presentes em seu acervo, que, para além do aspecto contemplativo, são registros do conceito de Justiça defendido pela sociedade ao longo do tempo e do espaço.

## Referências

BECKER, Udo. *Dicionário de símbolos*. São Paulo: Paulus, 1999.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.v.1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Biblioteca. *Símbolos da Justiça*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: nov. 2008.

BURKE, Peter. *Testemunha ocular: história e imagem*. Tradução: Vera Maria Xavier dos Santos. Bauru: Edusc. 2004. 264p.

CHEVALIER, Jean; GUEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1997.

DOTTI, René Ariel. *O símbolo da justiça*. Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.professordotti.com.br>> Acesso em: dez. 2008.

FRANCO JUNIOR, Hilário. *A idade média: nascimento do Ocidente*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

JESUS, Damásio de. *Os olhos abertos de Thémis, a deusa da Justiça*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2001. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>. Acesso em: dez. 2008.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MÉNARD, René. *Mitologia greco-romana*. Tradução: Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991.

PANOFSKY, Erwin. *Significado nas artes visuais*. Tradução: Maria Clara F. Kneese e J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Os símbolos da justiça*. Lisboa, 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.pt>>. Acesso em: nov. 2008.

ROSA, Vânia de Almeida. *O símbolo do direito*. Teresina, 2007. Disponível em: <<http://caduespi.wordpress.com/2007/07/05/122>>. Acesso em: nov. 2008.

...



## O impasse na nova Organização Judiciária

Reynaldo Ximenes Carneiro\*

O Des. Edésio Fernandes, vinculado a Elói Mendes, onde foi Promotor de Justiça, costumava falar que, quando o Tribunal de Justiça tinha a competência para legislar sobre a Organização e a Divisão Judiciárias, elaborou a Resolução nº 46/1970, que, dentre outras disposições, extinguiu comarcas e eliminou direitos de magistrados, para evitar que pudessem reduzir a sua produção jurisdicional.

Afirmava que Elói Mendes estava entre as que seriam extintas, motivo que o levou e ao Desembargador Helvécio Rosenberg, que advogara na Comarca, a irem ao Presidente, Des. Gentil Guilherme de Faria e Sousa, a fim de solicitar a exclusão da Comarca da relação das extintas, no que foram atendidos. Evitaram, assim, que, como acontecido com outras comunidades mineiras, se cometesse a inominável agressão ao povo eloiense, cuja Comarca tinha bom movimento forense e se apresentava com economia em pleno desenvolvimento.

Tomo o exemplo para salientar que a atividade legislativa sem compromisso com a sociedade, de cima para baixo, sem discussão e sem auscultar a fonte que legitima o Poder, pode produzir bonitos e pormenorizados éditos, como foi a Resolução nº 46/1970, mas não consegue alcançar as aspirações e as necessidades da população, tratada com distância, apesar de ser a titular da soberania.

É por isso que surgiu da mente esclarecida de Montesquieu a tripartição de Poderes, para o governo da sociedade. Poderes que devem agir em harmonia: o Executivo administrando, o Judiciário julgando e o Legislativo legislando, um complementando o outro.

Atendidas as regras básicas da respeitosa convivência, tudo flui normalmente, mas, quando um dos Poderes vai além de suas atribuições e quer submeter o outro por inteiro, surgem as crises, como não raro tem acontecido, e, para evitá-las, exigem-se daqueles que têm a missão de praticar os atos próprios do exercício do poder, segundo o ordenamento constitucional, serenidade e clareza, nas oportunidades em que se entrelaçam as funções inerentes a cada um.

Penso que, no caso da Lei de Organização e Divisão Judiciárias, a iniciativa é do Judiciário, mas a legitimidade para aprovar a lei, acatar o projeto e aperfeiçoá-lo, é do Legislativo, com o veto reservado ao Executivo, ressalvada a derrubada com *quorum* qualificado pelo Parlamento.

É verdade que, além da impossibilidade de iniciar o processo legislativo, não pode o Legislativo apresentar emendas fora da matéria de que trata o projeto e nem as que impliquem aumento de despesas, sem apresentar, na última hipótese, alternativa de receitas para a cobertura dos gastos ampliados.

Entretanto, em face do princípio regente da harmonia entre os Poderes, não se há de tolher ao Legislativo e ao Judiciário o ensejo de convergir seus interesses para aprimorar o projeto de lei durante a tramitação. Vale dizer, ainda que haja aumento de despesas, pode o Legislativo promover alterações no Projeto de Lei de Organização e Divisão Judiciárias, sempre que houver tratativas entre os legítimos representantes dos Poderes a fim de sair do impasse que decorre da tentativa de o Judiciário impor sua solução contrariamente à posição do Parlamento, sensível ao apelo do povo.

Pois bem, alcançado o consenso entre os Chefes dos Poderes, com a aquiescência de seus órgãos de deliberação, qualquer eiva de inconstitucionalidade que existiria fica superada, em razão do princípio basilar da Constituição, que é o da convivência harmônica entre os Poderes.

A Lei Complementar nº 105/2008, que contém a Organização e Divisão Judiciárias, aprovada pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais, com emendas ao projeto aceitas e negociadas com a Presidência e o Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça, além de haver sido melhorada pelos deputados, não tem dispositivo inconstitucional, dentre os que importaram em aumento de despesa, porque todas as alterações foram acordadas.

O respeito à harmonia entre os Poderes chegou ao paroxismo de o Executivo acatar as proposições de veto sugeridas pelo Judiciário. É importante que do Órgão Especial, que autorizou o Presidente a ajustar as mudanças com o Legislativo, não parta o confronto com o Parlamento, com a quebra do compromisso firmado para ultimar a elaboração da lei.

...

\* Desembargador do TJMG. Segundo Vice-Presidente e Superintendente da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes.

## Direito Ambiental francês

Luiz Guilherme Marques\*

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito Ambiental da União Européia. 3 Código do Meio Ambiente. 4 Ministério do Planejamento do Território e do Meio Ambiente. 5 Instituto Francês do Meio Ambiente. 6 Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Limoges.

### 1 Introdução

Soibelman<sup>1</sup> conceitua Direito Ambiental (ou Direito do Meio Ambiente) como “conjunto de normas para a proteção do meio ambiente e dos elementos da Natureza indispensáveis à vida”.

Desse conceito extraem-se duas expressões que merecem detalhamento para uma compreensão exata: meio ambiente e Natureza.

Quanto ao que seja meio ambiente, tem-se que é “o conjunto de elementos naturais e artificiais que estão em torno de um indivíduo humano, animal ou vegetal, ou uma espécie”<sup>2</sup>. E Natureza é “o conjunto organizado segundo uma determinada ordem, de tudo o que existe, coisas e seres”<sup>3</sup>.

Meio ambiente é expressão ligada à Ecologia<sup>4</sup>, esta é “a ciência que estuda as condições de existência dos seres vivos e as relações que se estabelecem entre esses seres e seu meio ambiente”<sup>5</sup>

É fora de dúvida que o Direito Ambiental está cada vez mais forte dentro da estrutura jurídica da França e principalmente da mentalidade dos franceses, haja vista a quantidade de sites franceses na Internet que tratam do assunto.

O interesse por essa matéria é constante naquele país. Também é exemplo dessa assertiva o fato de a

Escola Nacional da Magistratura ter realizado, de 23 a 27 de outubro de 2000, um seminário para magistrados sobre Meio Ambiente e Saúde Pública, com o fito de conduzir uma reflexão a partir do estágio atual do Direito em matéria de poluição da água, do solo e do ar; poluição sonora; o papel dos juizes nesses assuntos e a integração de noções novas na sua forma de pensar, tais como desenvolvimento sustentável e princípio da precaução. Ali também se lê que:

Apesar de as disposições legislativas em vigor permitirem sancionar a maior parte dos comportamentos que atentam gravemente contra o meio ambiente e a saúde pública, constata-se um número extremamente reduzido de processos ajuizados frente aos Tribunais Correcionais. O pequeno *quantum* das penas aplicadas tende a favorecer o desenvolvimento de um tipo novo de delinquência, organizada. Ela diz respeito notadamente ao transporte de lixos através das fronteiras onde os interesses financeiros são consideráveis (*Programme de formation continue*)<sup>6</sup>.

Tem-se por isso a noção clara de que não estão os franceses preocupados somente em editar normas jurídicas ou planos de ação na defesa do meio ambiente, mas também na punição dos que descumprem as normas, inclusive com penas criminais.

### 2 O Direito Ambiental da União Européia

Como país integrante da União Européia, é natural que as regras comunitárias vigorem também na França. Por isso, é importante conhecer algo desse Direito.

Esclarece Cartou<sup>7</sup> que: “A política do meio ambiente nasceu à margem do Tratado de Roma, que não tinha previsto uma tal política”. Mais adiante afirma que essa política foi ali introduzida pelo Ato Único Europeu, definida pelos arts. 130-R, S e T do Tratado CE (conforme a redação revisada pelo Tratado de Maastricht).

\* Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora - MG.

<sup>1</sup> SOIBELMAN, *Enciclopédia jurídica informatizada*.

<sup>2</sup> *Le Petit Larousse illustré*.

<sup>3</sup> *Dictionnaire Hachette multimédia encyclopédique*.

<sup>4</sup> O *Almanaque Abril 97* (1997, p. 322-323), depois de esclarecer que o criador dessa ciência foi Ernst Haeckel, no século XIX, afirma textualmente: “Sua grande popularização ocorre especialmente após 1967, ano de um grande acidente com o petroleiro Torrey Canyon, na França. Nesse período, além do estudo do mundo natural, a ecologia incorpora à sua reflexão a relação do homem com a natureza”. Relaciona as Organizações Não-Governamentais (ONGs) mais importantes, que foram criadas a partir de 1940: União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), criada em 1948, com sede na Suíça; Fundo Mundial para a Natureza (WWF), criado em 1961, com sede na Suíça; Greenpeace (fundada no Canadá, em 1971, tendo escritório inclusive no Brasil) e Amigos da Terra Internacional (fundada nos Estados Unidos em 1971). Fala também no surgimento de Partidos Verdes, inclusive na França e no Brasil, e na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, em 1972, e daí a 20 anos, em 1992, na ECO-92, no Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> DUVERGER (1996, p. 490) informa sobre os ecologistas: “Os movimentos ecologistas se desenvolvem a partir dos anos 80 na maior parte das sociedades industriais modernas, sob a forma de associações de defesa de sítios ou paisagens ou sob a forma de organizações políticas que questionam o progresso técnico. Sua combatividade é seletiva: por exemplo, elas visam as centrais nucleares mais que as centrais térmicas, mesmo sendo aquelas mais poluentes”. E, tratando dos ecologistas na política partidária, diz: “Na França, os ecologistas são mais fracos que em outros países da Europa. Eles aparecem nas eleições europeias de 1979 com um resultado destacado de 4,4%, mas escondidos sob a sigla Europe-Écologie. Em 1981, eles obtêm 3,1% dos votos nas eleições presidenciais e somente conseguem 3,6% nas europeias de 1984. Eles somente nas europeias de 1989 chegaram a 10,6% no dia seguinte ao das eleições municipais, em que tinham obtido grande sucesso em determinadas cidades. Caem a quase 5% nas eleições europeias de 1994.

<sup>6</sup> *Dictionnaire Hachette multimédia encyclopédique*.

<sup>7</sup> *Programme de formation continue*, p. 13.

<sup>7</sup> CARTOU, p. 407.

São os seguintes os dispositivos legais do Tratado de Maastricht<sup>8</sup> (no português de Portugal), que merecem transcrição, dispensados comentários devido à sua clareza:

#### TÍTULO XVI: O AMBIENTE

##### ARTIGO 130º-R

1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- a protecção da saúde das pessoas;
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer essas exigências incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.

3. Na elaboração da sua política no domínio do ambiente, a Comunidade terá em conta:

- os dados científicos e técnicos disponíveis;
- as condições do ambiente nas diversas regiões da Comunidade;
- as vantagens e os encargos que podem resultar da actualização ou da ausência de actualização;
- o desenvolvimento económico e social da Comunidade no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões.

4. A Comunidade e os Estados-membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As formas de cooperação da Comunidade podem ser objecto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas, os quais serão negociados e celebrados nos termos do artigo 228º.

O disposto no parágrafo anterior não prejudica a capacidade dos Estados-membros para negociar nas instâncias internacionais e celebrar acordos internacionais.

##### ARTIGO 130º-S

1. O Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189º-C, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará as acções a empreender pela Comunidade para realizar os objectivos previstos no artigo 130º-R.

2. Em derrogação do procedimento decisório previsto do número anterior e sem prejuízo do disposto no artigo 100º-A, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adoptará:

- disposições de natureza fundamentalmente fiscal;
- as medidas relativas ao ordenamento do território, à afectação dos solos, com excepção da gestão dos lixos e das medidas de carácter geral, e à gestão dos recursos hídricos;
- as medidas que afectem consideravelmente a escolha de um Estado-membro entre diferentes fontes de energia e a estrutura geral do seu aprovisionamento energético.

O Conselho, deliberando nas condições previstas no primeiro parágrafo, pode definir quais os domínios referidos no presente número que devem ser objecto de decisões a tomar por maioria qualificada.

3. Noutros domínios, o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189º-B, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará programas gerais de acção que fixarão os objectivos prioritários a atingir. O Conselho, deliberando nas condições previstas no nº 1 ou no nº 2, consoante o caso, adoptará as medidas necessárias para a execução desses programas.

4. Sem prejuízo de certas medidas de carácter comunitário, os Estados-membros assegurarão o financiamento e a execução da política em matéria de ambiente.

5. Sem prejuízo do princípio do poluidor-pagador, nos casos em que uma medida adoptada nos termos do nº 1 implique custos considerados desproporcionados para as autoridades públicas de um Estado-membro, o Conselho, ao adoptar essa medida, tomará as disposições apropriadas sob a forma de:

- derrogações de carácter temporário e/ou;
- um apoio financeiro proveniente do Fundo de Coesão que será criado até 31 de Dezembro de 1993 nos termos do artigo 130º-D.

##### ARTIGO 130º-T

As medidas de protecção adoptadas por força do artigo 130º-S não obstam a que cada Estado-membro mantenha ou introduza medidas de protecção reforçadas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, no seu artigo 37º, garante a protecção ao meio ambiente nestes termos: "Protecção do ambiente: Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável".

No *site* da EUR-LEX<sup>9</sup>, exatamente no Glossário, lê-se sobre a expressão *environnement*:

A política da Comunidade na área do meio ambiente visa à preservação, protecção e melhoria da qualidade do meio ambiente bem como a protecção da saúde das pessoas. Ela se liga igualmente à utilização prudente e racional dos recursos naturais. Finalmente, ela contribui para a promoção, no plano internacional, de recursos destinados a fazer face aos problemas regionais e planetários do meio ambiente (artigo 174, ex-artigo 130 R).

Ao nível de sua elaboração, ela se submete a vários procedimentos decisórios segundo as áreas a que dizem respeito

<sup>8</sup> <http://www.dgpep.pt/tratado-maastricht.html>

<sup>9</sup> <http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html>

às disposições a tomar. Assim, com vista a realizar os objetivos enumerados no artigo 174, o Conselho:

- estatui conforme o procedimento de cooperação e após consulta ao Comitê Econômico e Social, para as disposições referentes às ações a tomar e à aplicação dos programas;
- estatui por unanimidade e após consulta (parecer simples) do Parlamento Europeu e do Comitê Econômico e Social, quando a questão trata de disposições fiscais, planejamento do território, afetação dos solos (à exceção da gestão de lixo e medidas de caráter geral) ou que afetem sensivelmente as escolhas de um Estado-membro em matéria de energia (art. 175, ex-artigo 130 S, par. 2) (por esse procedimento, o Conselho pode igualmente definir as questões visadas no artigo 175, par. 2, assim decisões sendo tomadas pela maioria qualificada);
- estatui conforme o procedimento de codecisão e após consulta ao Comitê Econômico e Social, no caso de adoção de programas de ação de caráter geral que fixe os objetivos prioritários a atingir.

A noção de desenvolvimento sustentável foi inscrita nos objetivos da União Europeia pelo Tratado de Amsterdam e a integração da proteção do meio ambiente foi reforçada nas outras políticas comunitárias, notadamente no espaço do mercado interno. A possibilidade para um Estado-membro de aplicar normas mais estritas que as harmonizadas foi facilitada e clarificada. Ela se estende nas condições restritivas às medidas novas que deseja adotar esse Estado, em função de algum problema específico de meio ambiente. A Comissão Europeia controla essas normas mais estritas a fim de assegurar que não entrem em funcionamento o bom funcionamento do mercado interno. Por outro lado, quando ela apresenta proposições suscetíveis de incidir significativamente sobre o meio ambiente, a Comissão se encarrega de preparar estudos avaliativos do impacto ambiental. Enfim, a tomada de decisão foi simplificada e o procedimento de cooperação, previsto em determinados casos, foi substituído pelo de codecisão.

### 3 Código do Meio Ambiente

O Código do Meio Ambiente pode ser consultado na íntegra na Internet<sup>10</sup>. No entanto, aqui abordaremos apenas alguns pontos, que entendemos mais relevantes.

O art. L110-1 afirma que fazem parte do patrimônio comum da nação: os espaços, recursos e meios naturais, sítios e paisagens, qualidade do ar, espécies animais e vegetais, diversidade e equilíbrio biológico. Enuncia que a proteção, exploração, restauração, recuperação e gestão dos bens acima enumerados são de interesse geral e concorrem para o objetivo do desenvolvimento sustentável.

Enumera os quatro princípios que regem o Direito Ambiental:

1) princípio de precaução (devem ser tomadas todas as providências efetivas e proporcionais para prevenir riscos de danos graves e irreparáveis ao meio ambiente a um custo economicamente aceitável);

2) princípio da ação preventiva e da correção (devem ser utilizadas as melhores técnicas disponíveis a um custo economicamente aceitável);

3) princípio do poluidor-pagador (devem ser cobradas do próprio poluidor as despesas provenientes das medidas de prevenção, redução da poluição e luta contra ela);

4) princípio da participação (devem todos ter acesso às informações relativas ao meio ambiente, inclusive às relativas às substâncias e atividades perigosas).

Três normas desse Código mostram o alto espírito democrático que o inspiraram:

a) o art. L121-1 abre espaço para a participação popular na elaboração de diplomas legais ligados ao meio ambiente quando diz que um debate público pode ser organizado sobre os objetivos e as características principais dos projetos, durante a fase de sua elaboração;

b) o art. L123-1 afirma que, quando a realização de planejamentos, obras ou trabalhos executados por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado é suscetível de afetar o meio ambiente, deve ser precedida de pesquisa de opinião pública;

c) o art. L124-1 afirma, na sua parte inicial, que toda pessoa tem o direito de ser informada sobre os efeitos prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente - do recolhimento, transporte, tratamento, estocagem e depósito de lixo -, bem como sobre as medidas tomadas para prevenir ou compensar esses efeitos.

Deve-se notar a interferência da Justiça Administrativa inclusive na fase das pesquisas de opinião pública acima mencionadas, pois quem escolhe o comissário pesquisador é o presidente do Tribunal Administrativo competente ou juiz administrativo por ele designado, para os casos de operações de natureza mais simples e de menor importância, enquanto, nos casos de operações mais importantes, é nomeada uma comissão de pesquisa para o trabalho da *enquête*.

O art. L131-1 criou um Conselho Departamental de Meio Ambiente para cada Departamento (como se sabe, a França é dividida administrativamente em Departamentos), enquanto o art. L131-3 trata da Agência do Meio Ambiente e do Controle da Energia com finalidades de orientação e incentivo à pesquisa, prestação de serviços, informação e desenvolvimento nos setores que enumera, dentre os quais a prevenção e a luta contra a poluição do ar.

O art. L132-1 enumera as entidades que podem ajuizar ações judiciais versando sobre questões ambientais que lhes dizem respeito. São essas entidades: a Agência do Meio Ambiente e do Controle da Energia<sup>11</sup>, a Conservadoria do Espaço Litoral e das Orlas Lacustres<sup>12</sup>, as

<sup>10</sup> <http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html>

<sup>11</sup> <http://annuaire.oec.fr/ade00.html>

<sup>12</sup> Data de criação: 1975; Efetivo: 46 postos; Sede: Rochefort-sur-Mer.

[http://www.environnement.gouv.fr/ministere/rapportactivite/2000/Environnement/etab\\_env/cons\\_littoral.htm](http://www.environnement.gouv.fr/ministere/rapportactivite/2000/Environnement/etab_env/cons_littoral.htm)



Agências de Água<sup>13</sup>, a Caixa Nacional dos Monumentos Históricos e dos Sítios, as Câmaras de Agricultura, os Parques Nacionais e os Centros Regionais da Propriedade Florestal, prevendo os arts. L141-1 e L142-1 mais detalhes sobre o assunto, como sejam os requisitos para essas entidades serem reconhecidas como associações agregadas de proteção do meio ambiente e sua legitimidade ativa para ajuizamento de ações frente à Justiça Administrativa.

#### 4 Ministério do Planejamento do Território e do Meio Ambiente

O Ministério do Planejamento do Território e do Meio Ambiente mantém um site na Internet<sup>14</sup>, no qual se verifica que foi criado em 1971 para se ocupar do patrimônio natural do país, sendo os eventos mais importantes, ali relacionados, os seguintes:

.1975: edição de leis: que criaram a Conservadoria do Espaço Litoral e das Orlas Lacustres (10/julho) e sobre a eliminação de lixos e recuperação de materiais (15/julho);

.1976: edição de leis: sobre a proteção da Natureza (extremamente importante) (10/julho) e sobre as instalações classificadas para a proteção do meio ambiente (19/julho); edição dos Planos: de Ação no Mediterrâneo e Salmão; assinatura da Convenção de Barcelona; edição de diretivas da União Européia: sobre a água para beber (16/junho) e sobre a água para banho (8/dezembro);

.1978: edição de lei relativa à proteção e melhoria de água doce para a vida dos peixes;

.1979: edição de diretiva da União Européia referente à conservação dos pássaros selvagens; criação de taxa sobre óleos comestíveis;

.1980: edição de diretiva da União Européia relativa à qualidade da água potável; edição do primeiro plano de modernização de anúncios de enchentes;

.1981: edição de lei relativa à indenização das vítimas de catástrofes naturais; colocação em prática do plano "Exposições aos Riscos";

.1983: edição de leis: relativas à democratização das pesquisas de opinião pública e à proteção do

meio ambiente e repressiva à poluição do mar por hidrocarburetos;

.1984: edição de lei sobre a pesca;

.1985: edição de lei relativa ao desenvolvimento e à proteção das áreas de montanha;

.1986: edição de lei relativa à proteção, planejamento e exploração do litoral;

.1987: assinatura do Protocolo de Montreal sobre a proteção da camada de ozônio; edição de lei relativa à proteção dos riscos maiores;

.1990: criação do Instituto Nacional do Meio Ambiente Industrial e dos Riscos;

.1991: criação de 22 Direções Regionais do Meio Ambiente e do Instituto Francês do Meio Ambiente<sup>15</sup>; edição de lei relativa à circulação de veículos terrestres (chamada Lei 4x4);

.1992: realização da ECO-92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento), no Rio de Janeiro<sup>16</sup>; criação da Agência do Meio Ambiente e do Controle da Energia; edição de leis: básica sobre poluição sonora; sobre lixos (inclusive com proibição de enterrar-se lixo radiativo); sobre a água (criação do Escritório Internacional da Água)<sup>17</sup>

.1993: edição de lei relativa à proteção e exploração das paisagens; assinatura de acordo sobre o programa de controle da poluição de origem agrícola; lançamento da empresa Eco-Emballages<sup>18</sup>; realização do primeiro inventário de sítios poluídos por radiação;

.1994: elaboração do plano Riscos (primeiro inventário dos sítios poluídos); edição de diretivas da União Européia fixando as quantidades-limite de emissão de fumaça por veículos particulares;

.1995: edição de lei sobre reforço de proteção do meio ambiente;

.1996: entrada em vigor do Código do Meio Ambiente; criação de um observatório sobre o preço da água; realização de Reuniões Plenárias Regionais e Nacionais sobre Desenvolvimento Sustentável; edição de lei sobre o ar;

.1997: elaboração da estratégia nacional sobre o desenvolvimento sustentável; participação na Assembléia Geral da ONU sobre o desenvolvimento sustentável; o Ministério do Meio Ambiente se transforma em Ministério do Planejamento do Território e do Meio Ambiente.

<sup>13</sup> Agence de l'Eau Rhône-Méditerranée-Corse: <http://www.rdb.eaurmc.fr>

Agence de l'Eau Adour Garonne: <http://www.eau-adour-garonne.fr>

Agence de l'Eau Artois-Picardie: <http://www.rdb.eaurmc.fr>

<sup>14</sup> <http://www.environnement.gouv.fr>

<sup>15</sup> <http://www.ifen.fr>

<sup>16</sup> O *Almanaque Abril* 97 (97:322/323), falando da ECO-92, informa que o documento mais importante do evento é a Agenda 21, cujo 4º capítulo afirma ser necessário diminuir os padrões de produção e consumo, especialmente nos países industrializados, que são os maiores consumidores dos recursos naturais. E termina afirmando que os países enfrentam enormes dificuldades políticas, econômicas e sociais para atingir essa meta.

<sup>17</sup> [http://www.rnde.tm.fr/rnde\\_fr\\_sa/pr/prpa0014.htm](http://www.rnde.tm.fr/rnde_fr_sa/pr/prpa0014.htm)

<sup>18</sup> Sobre essa empresa pode-se consultar o seguinte endereço na Internet: <http://www.ecoemballages.fr>, onde se lê que: "A empresa Eco-Emballages foi criada pela iniciativa de industriais do grande consumo, dos produtos domésticos e da distribuição para colocar em prática com o Estado e as Coletividades Locais soluções concretas em matéria de tratamento de lixos de embalagens. Sociedade privada agréée pelos Poderes Públicos, Eco-Emballages, tem por missão favorecer a transformação de 75% dos lixos de embalagens em matéria-prima e energia de agora até 2002".

## 5 Instituto Francês do Meio Ambiente

O Instituto Francês do Meio Ambiente (IFEN), entidade pública sediada em Orléans, subordinado ao Ministério do Planejamento do Território e do Meio Ambiente, encarrega-se do serviço estatístico do Ministério, participa da definição e harmonização das metodologias utilizadas para a coleta desses dados com vista a prestar informações úteis e utilizáveis por todos; realiza estudos e sínteses sobre meio ambiente e sua evolução, dimensões econômicas e sociais e elabora baterias de indicadores para medidas estatais, pressões ou performances de políticas colocadas em prática; participa dos trabalhos da EUROSTAT<sup>19</sup>, da OCDE<sup>20</sup>, da ONU<sup>21</sup> e programas bilaterais de cooperação; contribui anualmente para a feitura do relatório da Comissão de Contas da Economia do Meio Ambiente.

Pode-se dizer que o IFEN concentra seus esforços sobre os seguintes pontos: ar (emissões e depósitos), águas continentais (quantidade, qualidade e purificação), águas marítimas, solo, ocupação do território, fauna-flora (espaços protegidos e espécies), lixo (lixo doméstico e das indústrias), riscos (riscos naturais e industriais), população e meio ambiente, tendências econômicas e pressões sobre o meio ambiente (indústria, energia e transportes, construção e agricultura), emprego do meio ambiente e economia.

## 6 Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Limoges

A Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Limoges<sup>22</sup> é um importante centro de estudos sobre Direito Ambiental, merecendo especial menção seu Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente, que, dentre outros, realizou em dezembro/99 um estudo de alto gabarito, sempre lembrado, que se intitula *Le contentieux des inondations: les responsabilités*, que pode ser copiado<sup>23</sup> e lido, em resumo<sup>24</sup>.

### Referências

- ALMANAQUE ABRIL 97. São Paulo: Editora Abril, 1997.
- CARTOU, Louis. *L'Union Européenne*. Paris: Dalloz, 1996.
- DICTIONNAIRE HACHETTE MULTIMÉDIA ENCYCLOPÉDIQUE. Paris, 1997.
- DUVERGER, Maurice. *Le système politique français*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ. Paris: Larousse, 1997.
- PROGRAMME DE FORMATION CONTINUE. École Nationale de la Magistrature. Paris: ENM, 2000.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia jurídica informatizada*. Editora Elfez, 1998.

...

---

<sup>19</sup> <http://europa.eu.int/eurostat.html>

<sup>20</sup> <http://www.oecd.org/oecd/pages/home/displaygeneral/0,3380,FR-home-0-nodirectorate-no-no-no-0,000.html>

<sup>21</sup> <http://www0.un.org/french/news/dpi1814.htm>

<sup>22</sup> <http://www.unilim.fr/mstcf/MSTCF/Access.htm>

<sup>23</sup> <http://www.elunet.org/textof/jurisp/2000/200099.htm>

<sup>24</sup> <http://www.environnement.gouv.fr/dossiers/eau/inondations/010104-contentieuxinondations-resume.htm>

## O princípio da co-culpabilidade

Simone Matos Rios Pinto\*

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Perdemos a conta de quantas vezes este comando é citado nas doutrinas do mundo inteiro. Fruto da consolidação dos direitos humanos, pela Revolução Francesa.

Apesar das repetitivas citações, cada vez mais distante está a concretização de uma sociedade livre, igual, solidária, e que acolhe a todos os seus membros dignamente.

Há liberdade?

Que reciprocidade de identificação de pessoas livres e iguais se pode esperar em uma sociedade demasiadamente fragmentada entre raros detentores e muitos despossuídos de conhecimento e riqueza? Até quando viveremos em *apartheids* que atravessam os destinos e o tempo na geração de pobres mais pobres e ricos mais ricos?

John Rawls demonstra que:

A assimetria fragiliza a estabilidade de compromissos constitucionais e impede a formação do consenso sobreposto falando então da necessidade da atribuição de bens primários para o desenvolvimento das capacidades morais dos indivíduos. Parte do pressuposto de que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais (RAWLS, 1993, p. 213).

Nem todos os membros de uma sociedade podem usufruir da liberdade de escolher entre uma ação lícita e outra ilícita. “E nem sempre os códigos escritos compreendem que a vida é muito mais multifacetada que os artigos, as alíneas, os parágrafos” (TRANJAN, 1994, p. 259). É conhecendo a vida nas favelas, nos morros, nos bairros pobres que detectamos que a tão proclamada liberdade, resultante da luta dos ideais da Revolução Francesa, não se concretiza em face de carências sociais não consolidadas pelo Estado Social. É o caso do Brasil, que tem grande parte de sua população vivendo numa sociedade ilegal, que sobre(vive) do crime como resultado de um processo que começa na infância e se prolonga até a fase adulta. Sair desse mundo clandestino e sobreviver honestamente é um passo que poucos conseguem dar durante a vida.

O direito penal alcança fácil esta parcela da sociedade, aliás, esta parcela tem no sistema penal seu maior inimigo. Fogem dos “home” e do “camburão”, constantemente, numa espécie de guerra entre mocinhos e bandidos, da qual não se sabe mais quem são os ban-

dados. Num passe de mágica o desempregado é transformado no bandido, o estereótipo do delinqüente se fixa na figura do favelado, do desempregado, do pobre, etc. De certa forma, esta classe desprestigiada sente que não tem nada a perder, já que a sociedade não os insere, não têm patrimônio algum, podendo ser classificados como filhos do acaso. Sentem-se injustiçados e ameaçados, porque sabem que, se forem pegos, serão vítimas do sistema penal e de sua “mão pesada”. Chegam a preferir morrer a serem alcançados. Pouco importa que as mortes no trânsito sejam maiores que os homicídios e latrocínios, a figura do matador não é um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado.

Há muito que se avança. A confiança no sistema penal como garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta com a realidade do dia-a-dia, em que infratores são tratados não como pessoas, mas como um ser mau, um animal, causador de violência e, portanto, merecedor do violento direito penal. Para que serve todo o discurso dogmático se este não consegue se inserir nas práticas diárias do sistema penal? O direito penal sancionador deve ser ao mesmo tempo protetor, e isso deve ser revelado.

Precisamos efetivar o discurso. Não basta, por exemplo, conceituar o furto famélico à luz do estado de necessidade. Um homem com fome não é um homem livre. E, nesse sentido, o Princípio da Co-Culpabilidade proporciona ao juiz a possibilidade de declarar, na sentença, que o sistema penal reconhece a liberdade limitada desta parcela da sociedade e que a responsabilidade deve ser dividida entre os demais membros da sociedade em face das carências sociais que imperam nesta sociedade. Dessa forma, há a possibilidade de revelar a consciência de que o acusado, em determinados casos, não era livre para escolher entre o bem e o mal. E há situações em que é quase humanamente impossível alcançar os comandos que a sociedade legal determina a cada um.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 525).

O primeiro dos fundamentos do Princípio da Co-Culpabilidade está em reconhecer que o indivíduo não está totalmente livre para escolher seus caminhos. A liberdade de escolha, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar esta liberdade. E, no dizer de Leonardo Boff, “A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam” (BOFF, 2004, p. 9).

\* Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. Professora Universitária na Universidade do Vale do Rio Verde – UNINCOR. Funcionária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Há desigualdades.

A igualdade de todos perante a lei é uma falácia. O discurso da igualdade visa demonstrar que punir é algo justo e racional, e não um exercício de poder. A única conclusão a que se pode chegar diante da operacionalidade fática do sistema penal é a de que ele é, sim, um instrumento de poder.

As desigualdades sociais propiciam as desigualdades perante a lei. Recursos no trâmite de processos, *amicus curiae*, prescrição, etc. acabam sendo instrumentalizados a favor de quem detém condições financeiras para contratar bons advogados, hábeis em manusear o sistema, em prol de penas mais brandas ou até mesmo de absolvições.

Segundo Bobbio,

Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição da vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devem ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais. Basta formular perguntas do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso às escolas iguais? Mas a que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições de família nas quais cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é suficiente, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar os indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto em certas competições esportivas nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrigem uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades. (BOBBIO, 2000, p. 31-32)

Outro fundamento do Princípio da Co-Culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Esta desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir, é também credor ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos. Então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a Co-Culpabilidade representa uma co-responsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte destes cidadãos credores do Estado.

Na doutrina de Juarez Cirino dos Santos, reafirmando a filosofia de Aristóteles, de que: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem” (Aristóteles, 2000, p.111), coadunamos com a conclusão de que:

Reduzir a criminalização de sujeitos penalizados permanentemente pelas condições de vida é realizar de fato uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais: que o direito realmente iguale os que considere desigualmente indivíduos concretamente desiguais. (SANTOS, 1985, p. 214)

É o momento de refletir sobre a situação social em que encontramos. Vários crimes são praticados em consequência das desigualdades socioeconômicas que geram uma desestrutura na sociedade, desencadeando conflitos internos na instituição familiar, dando ensejo à violência doméstica, maus-tratos a menores, crimes contra o patrimônio, delitos de tóxicos e até homicídios.

Esta realidade obriga a sociedade em geral a refletir e admitir que tal situação é o resultado de uma grave falta de atenção de ordem política, econômica, social e cultural. As sociedades não oferecem o mesmo espaço social. Todos nós somos responsáveis sobre o destino da humanidade, porque estamos inseridos nesta realidade. Entendemos que há também uma co-culpabilidade da sociedade.

Reduzir as desigualdades é um comando que se coaduna com o Estado Democrático e Social de Direito, pleiteando a atuação do Direito Penal de mãos dadas com os direitos humanos. A quantidade da pena deve ser balizada, no caso concreto, levando em conta a culpabilidade e a co-culpabilidade. A pretensão de igualdade e imutabilidade dos seres humanos importaria a um talião, não mais compatível com o Estado Social e Constitucional de Direito.

Assim, neste novo milênio, se pretendemos repensar o Direito Penal e seu papel, devemos partir da premissa básica de que temos responsabilidades, enquanto homens, com esta geração e também com a futura. Se a pena é necessária, então que seja aplicada de maneira justa, levando em conta os princípios constitucionais penais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, evitando que se propaguem movimentos oportunistas de poder, que utilizam o direito penal numa função simbólica e promocional de conter a violência na sociedade. É como um desenvolvimento sustentável, necessitamos de atitudes, sobretudo, que reafirmem os direitos humanos, considerando também a próxima geração.

O excesso de leis penais enfraquece todo o sistema, levando a uma evolução anacrônica, só servindo para a formação de mais delinquentes, distorcendo a conquista de que todos fazemos parte do contrato social. Quanto mais leis, mais infrações e menos garantias. Resultando em uma simples conclusão matemática: mais com mais é igual a menos.

A violência é gerada por vários motivos, um deles é a percepção da ilegalidade e corrupção dos poderes públicos. Quando cresce a miséria, cresce a ilegalidade e conseqüentemente a violência também é causada pela omissão do Estado.

É mister abranger no ensino jurídico penal o conhecimento dos protagonistas diretos do drama penal: acusado e vítima. O novo tempo anseia aparar os exageros do chamado positivismo científico e questionar o livre-arbítrio defendido pela escola clássica.

É inegável que o sistema penal é seletivo, obrigando a doutrina penal a aceitar mudanças efetivas no curso que o direito penal vem tomando, como instrumento de dominação baseado em uma tecnologia de decisão de casos e se coadunando com a tendência autoritária de retirar do homem sua condição humana. Como ressalta Celso Lafer:

O homem, que na sociedade de massas, moderna e consumista, corre sério risco de perder sua condição humana, não sentindo o mundo como sua casa e estando prestes a se tornar um ser descartável, que pode ser trocado por outro, substituído ou igualado como coisa (LAFER, 1988, p. 81).

Alerta Zaffaroni que:

O destino de um saber cujos dados da realidade são desvirtuados empiricamente não é nada promissor. Negar dados da realidade e aceitar o direito penal a serviço de um poder que só é útil ao prestígio do próprio poder é inaceitável. (ZAFFARONI, 1982, p. 70)

Hassemer também ressalta que: “os juristas estão perdendo contato com a sociedade e com a realidade e para a dogmática é um insulto. A dogmática jurídica pretende formular verdades absolutas com análises simplesmente teóricas” (HASSEMER, 1984, p. 254).

Não podemos desconsiderar que cabe aos juristas uma parcela importante de transformação social. Em tempos em que se clamam pelos direitos de fraternidade e solidariedade, também denominados direitos da terceira geração ou dimensão, juntamente com o processo histórico de universalização concreta de direitos fundamentais, que, segundo Paulo Bonavides, compreendem os direitos de quarta dimensão, indagamos onde o direito penal concretiza tais fundamentos? Será que os direitos constitucionais de primeira (individuais), segunda (sociais), terceira (coletivos) e quarta (difusos) dimensões são inerentes somente a uma classe privilegiada de pessoas? Existe fraternidade e solidariedade entre todos? Convém perguntar se uma sociedade que não exerce, a partir de sua própria forma de organização, a solidariedade e a fraternidade, ou cujas práticas políticas não conheçam a experiência da tolerância e da participação, em suma, uma sociedade organicamente violenta e produtora de violência, pode pretender que o sistema penal feche os olhos a esta realidade? Convém igualmente

perguntar se num país cuja administração pública tem uma história que é um hino à esperteza, uma sucessão de negociatas, comissões, ganhos ilícitos, tudo tradicionalmente impune, o direito penal deve atuar somente em face dos pequenos delinquentes? Como discorrer sobre a culpabilidade dos pertencentes das camadas de menor poder aquisitivo equiparada à culpabilidade daqueles infratores da legislação do rol dos “colarinhos brancos”? Qual dos desviados oferece maior prejuízo social? O dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, etc.) supera de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos, isso é levado em consideração?

São indagações que merecem ser discutidas em nível penal, como ensina Ronald Dworkin, em face da coerência interna ou da integridade do direito, numa reconstrução paradigmática entre teoria e prática. Portanto, no momento da individualização da pena, é necessário que se reconheça a pessoa concreta à qual a pena se destina. E, nesse momento, é imprescindível que se considerem todos os fundamentos do Princípio da Co-Culpabilidade, como ressalta Nilo Batista:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu (BATISTA, 1990 p. 105).

Em suma, o Princípio da Co-Culpabilidade é o princípio do direito penal empregado juntamente com a culpabilidade, no momento da verificação da necessidade de se atribuir pena a um infrator. Princípio que reconhece a responsabilidade parcial do Estado e da sociedade na conduta delitativa. Visa equilibrar a sanção penal, atribuindo pena atenuada, com base nas circunstâncias genéricas, com previsão no art. 66 do Código Penal, ou mesmo não aplicando a sanção penal, por inexigibilidade de conduta diversa, a sujeitos que vivem em condições desfavoráveis e que se tornam vulneráveis dentro da sociedade. É reconhecer que a sociedade não atribui a todos as mesmas possibilidades de ação dentro da legalidade imposta, podendo não ser alcançada, devido às condições desumanas vividas por parte da sociedade. E aceitar tais circunstâncias é dever do direito como um todo, especialmente do direito penal, que lida diretamente com pessoas carentes de efetivas prestações do Estado Social.

#### Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Petro Nasseti. Ed. Martin Claret, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

RAWS, John. *O direito dos povos*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1967.

RAWS, John. *Teoría de la justicia*. Tradução: Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TRANJAN, Alfredo. *A beca surrada, meio século no foro criminal*. Civilização Brasileira, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

...

## Responsabilidade civil extracontratual do Estado por acidentes de trânsito

Bárbara Natália Lages Lobo\*

Resumo: Análise do instituto da responsabilidade civil do Estado, reconhecidamente um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, o que nem sempre ocorreu, devido a períodos e teorias de irresponsabilidade do Estado. A aplicação do referido instituto nos acidentes de trânsito será feita através do estudo da legislação específica e da análise da jurisprudência brasileira sobre o tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; acidentes de trânsito.

### 1 Introdução

O instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado é fruto de evolução do Direito Administrativo. O paradigma do Estado Democrático de Direito, sustentado por seus pilares de justiça, dignidade da pessoa humana, cidadania e segurança jurídica requer que todos que causem um dano a alguém ou a uma coletividade sejam responsabilizados por seus atos. Nos dizeres do Professor argentino Agustín Gordillo (2007): *“No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos”*.

O tema deste trabalho “Responsabilidade civil extracontratual do Estado por acidentes de trânsito” foi escolhido em função da constatação, por meio da mídia e de outros indicadores, de os acidentes de trânsito figurarem como principal causa de mortes em nosso país. Segundo dados da pesquisa de mortalidade por acidentes de transporte terrestre, divulgada no dia 25 de abril de 2007, na Primeira Semana Mundial das Nações Unidas de Segurança no Trânsito promovida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), 35 mil pessoas morreram em 2005 no País. Desse total, 81,5% são do sexo masculino e 18,5% do sexo feminino. De acordo com o levantamento, metade das vítimas fatais são jovens (Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/04/25/materia.2007-04-25.4628403790/view>>. Acesso em 22 nov. 2007).

O aumento da quantidade de veículos se apresenta como um problema a ser enfrentado pelo País, tendo em vista as conseqüências que acarreta: lentidão do trânsito, aumento do número de acidentes, aumento da poluição.

Importante ainda ressaltar que, em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

(Ipea), os acidentes dão prejuízos altos aos cofres públicos. “Entre os anos de 2001 e 2003, os custos dos acidentes de trânsito por perdas anuais chegaram a R\$ 5,3 milhões. Em 2006, os impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito foram estimados em R\$ 24,6 bilhões”. (Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/04/25/materia.2007-04-25.4628403790/view>>. Acesso em 22 nov. 2007).

Estudos realizados pelo Denatran, juntamente com o Ipea (Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/destaques/destaques2/apresentacoes\\_acidentedetransito/sequelas.ppt](http://www.ipea.gov.br/destaques/destaques2/apresentacoes_acidentedetransito/sequelas.ppt)), demonstram que os danos causados por um acidente de trânsito não atingem somente o envolvido no acidente, mas também os familiares, gerando transtornos sociais maiores, como, por exemplo, seqüelas psicológicas, com a possibilidade de desenvolvimento de doenças motivadas pelo trauma e estresse sofridos por parentes das vítimas.

Quanto à responsabilidade do Estado, em reportagem veiculada na *Revista Época*, utilizando-se de dados obtidos junto ao Departamento da Polícia Rodoviária Federal e ao Denatran, divulgou-se que, em 2004, 1,4% dos acidentes são causados por defeito na via; 2,1%, por buracos na via e 11,1%, por excesso de velocidade.

Considerando tais informações e que é dever do Estado zelar pela vida dos cidadãos, bem como prestar serviços públicos de forma eficiente, o desenvolvimento deste trabalho é um estudo sobre as possibilidades de se responsabilizar o Estado quando este é o responsável por danos em acidentes de trânsito, seja por ação, seja por omissão.

### 2 Conceito

A responsabilidade do Estado é reparar os cidadãos por danos por eles sofridos a que tenha dado causa.

Vários autores conceituam o presente instituto, aqui vamos citar alguns, com o objetivo de contextualizar o tema.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005) conceitua-o, levando em consideração que o Estado, e não a Administração, visto que esta não possui personalidade jurídica, é responsável por danos aos quais tenha dado causa o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, sendo esta responsabilidade sempre civil, por tratar-se de “ordem pecuniária”.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência

\* Mestranda em Direito Público na PUC-MG. Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito.

de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2007, p. 961)

Quanto ao dano, o Professor Marçal Justen Filho (2006) define-o como a diminuição de patrimônio, suprimindo ou diminuindo o valor econômico dos bens ou dos direitos que alguém possuía ou viria a possuir. Caracterizando, ainda, o dano moral como “a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 809)

### 3 Evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado

Antes de estudarmos aspecto tão restrito do instituto da responsabilidade civil, é importante acompanhar o seu desenvolvimento histórico, tendo em vista a dinamicidade do Direito. Reconhece-se como marco da passagem da irresponsabilidade do Estado para sua responsabilização o caso de Agnès Blanco, menina atropelada por vagonete, em Bordeaux, em 1872, cujo pai processou os funcionários que operavam tal vagonete e o Estado, pleiteando indenização.

As diversas concepções de Estado, bem como a evolução dos paradigmas, transformam a responsabilidade civil em um direito fundamental do Estado Democrático de Direito, apresentando-se como fundamento de segurança jurídica dos cidadãos perante as atuações estatais ofensivas a seus direitos.

#### 3.1 Teoria da irresponsabilidade

A presente teoria, embora ao final da exposição e tendo em vista os princípios do Estado Democrático de Direito possa parecer absurda, perdurou até o século XVIII.

A irresponsabilidade do Estado já estava presente na Antiguidade, mas atingiu seu auge no Absolutismo (*the king can do no wrong* e diante da teocracia - figura divina dos reis pela indissociação entre Estado e religião) e fundamentava-se na idéia de soberania do Estado. O soberano “ditava” as leis, mas a elas não se vinculava.

Após as revoluções, ainda não se imputava responsabilidade ao Estado, sob o temor de seu enfraquecimento, inicialmente, chancelada pela doutrina de separação dos Poderes.

A doutrina classifica como atos principais para o fim da teoria da irresponsabilidade o *Tort Claim Act* (EUA - 1946) e o *Crown Proceeding Act* (Inglaterra - 1947), que possibilitaram a responsabilização do Estado, quando de seus atos decorressem danos aos administrados.

#### 3.2 Teorias civilistas

Com a superação da teoria da irresponsabilidade no século XIX, tem-se o surgimento de uma teoria da responsabilidade do Estado embasada no Direito Civil.

Sobre a fase civilista, ensina-nos o Professor Edimur Ferreira de Faria (2007) que, embora se admitisse a culpa do Estado e do agente, as vítimas deveriam comprovar a culpa dos mesmos, norteando-se, contudo, a jurisprudência para a culpa objetiva.

Ganha importância a distinção entre atos de império e atos de gestão. Atos de império são aqueles que a Administração pratica em situação de supremacia aos administrados, enquanto os atos de gestão são praticados pela Administração em situação igualitária à dos particulares.

Na fase civilista do instituto da responsabilidade, apenas os atos de gestão implicavam responsabilidade civil do Estado.

#### 3.3 Teorias publicistas

As teorias publicistas levam em consideração que o servidor público é representante do Estado e, portanto, visto como se fosse o próprio Estado. Nos dizeres de Yussef Cahali (2007, p.34), “o que caracteriza a teoria publicística é a despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”.

O Direito francês foi pioneiro no desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil embasado em princípios do Direito Público. A partir daí, outras teorias foram desenvolvidas. Aqui trataremos das duas principais: a teoria da culpa administrativa e teoria do risco.

##### 3.3.1 Teoria da culpa administrativa

Para essa teoria, a culpa é do serviço público, e não do agente. Nos dizeres de Júlio César dos Santos Esteves: “Não se trata de culpa do funcionário, mas da falta ou falha do serviço público por si mesmo considerada”. (ESTEVES, 2003, p. 53)

Di Pietro discorre sobre essa teoria:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (DI PIETRO, 2005, p. 565)

##### 3.3.2 Teoria do risco

Essa teoria fundamenta a responsabilidade civil do Estado na medida em que não é importante aqui a culpa do Estado (elementos subjetivos, como, por exemplo, “se o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular” (DI PIETRO, 2005, p. 565), mas o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo administrado. Para essa teoria, o Estado assume o risco do dano pela sua atuação.



Por essa teoria, não se cogita da idéia de falta, senão da existência do dano e do nexa causal entre o prejuízo e a atuação do Estado. Trata-se de reconhecer que, sendo próprio do Estado garantir o bem-comum, não há como, sem ofensa aos princípios do Direito público, admitir-se que o lesado pelo Estado possa permanecer ao desamparo. Se assim é, caberá à comunidade - destinatária do proveito resultante da atuação do Estado - assumir o ônus de ressarcir o lesado, como forma de restabelecer o equilíbrio ínsito da idéia de igualdade de todos em face do Estado [...]. (ESTEVES, 2003, p. 57).

Partindo do princípio da igualdade, na forma da definição acima, a presente teoria insere a responsabilidade objetiva do Estado. Decorrem daí desdobramentos da teoria do risco: teoria do risco integral (não importando aqui o dolo ou a culpa da vítima); teoria do risco administrativo (que desonera o Estado de culpa em casos tais como força maior, culpa da vítima, dentre outros).

A doutrina passa então a reconhecer como indisociáveis a segurança jurídica e a responsabilidade civil do Estado.

### 3.4 Evolução no Direito brasileiro

Nesse ponto, faremos breve resumo da evolução da responsabilidade do Estado no Direito brasileiro.

- *Constituição do Império (1824)*: responsabilidade pessoal dos empregados públicos, caso exercessem suas funções com abuso ou omissão; porém, na forma do Absolutismo, inadmitia-se que o monarca pudesse errar.

Alguns autores, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005), Edimur Ferreira de Faria (2007) e Yussef Cahali (2007) afirmam que, no Brasil, nunca se aceitou a teoria da irresponsabilidade, tese da qual discorda o Professor Ronaldo Brêtas (2004), fundamentando-se no art. 99 da Constituição imperial, cujo texto era o seguinte: "A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma". Com o referido autor concordamos, tendo em vista que, se não era o patrimônio estatal (erário) atingido, considerando que quem tinha o dever de indenizar era o funcionário causador do dano; logo, o Estado era irresponsável.

- *Constituição Republicana (1891)*: ainda vale a teoria subjetiva da culpa.

Di Pietro (2005) cita a existência de leis ordinárias nesse período que continham a possibilidade de responsabilização solidária do Estado e do agente.

- *Código Civil (1916)*: trata da responsabilidade civil do Estado no seu art. 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Segundo alguns autores, introduz-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva.

- *Constituição de 1934 e 1937*: os funcionários são solidariamente responsáveis se omissos, negligentes ou praticam atos com abuso.

- *Constituição de 1946*: institui de forma definitiva a responsabilidade objetiva, com possibilidade de regresso do Estado contra o causador do dano, o que não foi recebido sem muita polêmica.

- *Constituição de 1967*: mantida a disposição anterior, porém, condicionando o direito de regresso à verificação de dolo ou culpa no ato do causador do dano.

- *Constituição de 1988*: Adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente.

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo Cahali (2007), qualquer legislação infra-constitucional que venha a diminuir a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público ou modificar as condições do direito de regresso contra seus agentes é inadmissível.

- *Código Civil (2002)*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O que se percebe atualmente, no Estado Democrático de Direito, é que, para a efetividade da segurança jurídica, necessário o reconhecimento pleno da responsabilidade civil do Estado, entendido aqui não somente como a função do Executivo, mas também do Judiciário e do Legislativo.

### 4 Responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado

Acompanhado o desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil do Estado, importa-nos estudar os dois tipos de responsabilização possíveis.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) conceitua a responsabilidade subjetiva como o dever de indenização pertencente àquele que, por agir contrariamente ao Direito, dolosa ou culposamente, causou dano a outrem ou não impediu que o mesmo ocorresse, quando no dever de fazê-lo.

A responsabilidade subjetiva difere da objetiva na medida em que, para esta se configurar, basta a relação de causalidade entre o comportamento e o dano, enquanto, para aquela, a licitude do comportamento do agente deve ser observada para sua configuração.

Ao tratar da relação de causalidade, Marçal Justen Filho enuncia:

É evidente que, se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado.

Mas se o evento foi propiciado pela atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais, existe responsabilidade civil; assim, o caso sempre lembrado é o do acidente de trânsito causado por ausência de sinalização apropriada e propícia ou o equívoco técnico da implantação da rodovia, dando oportunidade à ocorrência de acidentes por ter sido mal concebida ou mal executada a obra pública. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 810)

Yussef Cahali afirma que nem sempre o nexa causal é facilmente identificável, principalmente nos:

[...] casos de atos omissivos da Administração, substancialmente identificados como falha anônima do serviço, quando então se examina se o ato omitido seria razoavelmente exigível, para se deduzir da sua omissão ou falta a causa primária do prejuízo do reclamado. (CAHALI, 2007, p. 45)

O referido autor estabelece então enunciados gerais na tentativa de solucionar tal problema, devendo-se observar se a causa do dano foi, exclusivamente, a “deficiência ou falha do serviço público” (CAHALI, 2007, p. 46), bem como se o dano não decorreu de caso fortuito, força maior ou culpa da vítima.

Os atos omissivos também se apresentam complexos para Marçal Justen Filho, pois podem se realizar de duas formas:

1 - Omissão própria: casos em que o agente ao qual era incumbida a função de agir de certa forma não o fez.

2 - Omissão imprópria:

É aquela situação em que não há norma impondo explicitamente o dever de agir, mas em que o agir é o meio para evitar a consumação de um resultado danoso e prejudicial, reputado antijurídico. *Tal se passa, por exemplo, quando um servidor público deixa de sinalizar a existência de um defeito na pavimentação rodoviária, dando oportunidade à consumação de acidente de trânsito.* Não é necessário existir lei determinando o dever de agir. Ele se configura como inerente ao cumprimento diligente das funções públicas exercidas (JUSTEN FILHO, 2006, p. 815) (grifos nossos).

E é a ocasião acima o foco deste trabalho, ou seja, quando a causa de um acidente de trânsito é a omissão estatal de um dever de agir, em inobservância ao princípio constitucional de eficiência. De toda forma, a responsabilização dependerá da análise do caso concreto, para tanto, nos utilizaremos de jurisprudências.

#### 4.1 Excludentes de responsabilidade do Estado

Os autores citados ao longo deste trabalho apontam como excludentes da responsabilidade do Estado:

comportamento/culpa da vítima, comportamento/culpa de terceiros, caso fortuito e força maior. É importante ressaltar que a referida doutrina não é unânime quanto a uma ou a outra excludente, mas, de forma geral, é assim que se apresentam.

Ao Estado incumbe o dever de provar a incidência de alguma excludente de responsabilidade.

Não pretendemos discutir aqui a natureza de cada excludente, visto que estenderia o trabalho em demasia, desvirtuando a tese central que propomos.

Vistos os aspectos gerais da teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e a supracitada responsabilidade civil do Estado por omissão, adentraremos no tema deste trabalho.

#### 5 Responsabilidade civil extracontratual do Estado por acidentes de trânsito

Cotidianamente os noticiários apresentam-nos um sem-número de acidentes nas estradas brasileiras, pelos mais variados motivos, e a imprudência está entre as causas principais. Outros motivos aliam-se a esse para o aumento das drásticas estatísticas de mortes por acidentes de trânsito, dentre os quais a situação lamentável das rodovias.

O que se verifica é que a omissão estatal, em muitos aspectos, ocasiona vários acidentes de trânsito, valendo destacar algumas situações: defeitos nas rodovias, como, por exemplo, a falta de sinalização e a enorme quantidade de buracos; a ausência de políticas de prevenção, como a instalação de radares em trechos onde a maior causa dos acidentes é o excesso de velocidade; a ausência de fiscalização das empresas de ônibus e de transportes cujos motoristas trabalhem em regime de sobrejornada, levando-os a fazer uso dos chamados “rebites”, ou, trabalhando cansados, dirijam em excesso de velocidade para chegarem mais rápido ao destino, ou, ainda, em decorrência do cansaço, durmam no trânsito.

Preocupa-se também com o tema Rui Stoco (2004), destacando a diferença entre as vias brasileiras, umas são conservadas, enquanto outras, intransitáveis.

A responsabilidade por acidentes de trânsito encontra fundamento na omissão do Estado, uma vez que este tem o dever de evitar danos, bem como de prestar serviços com eficiência, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enseja a responsabilidade subjetiva:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. (MELLO, 2007, p. 981)

O referido autor, nos casos de omissão do Estado, reconhece a conduta ilícita do mesmo por sua culpa (seja agindo com negligência, imprudência ou imperícia), aplicando-se a ele a responsabilidade subjetiva.

Analizadas as excludentes de responsabilidade do Estado, poderia ele se eximir da responsabilidade amparando-se na força maior, em razão de a maioria dos acidentes de trânsito decorrerem desse fato. Porém, em grande parte dos casos de acidente de trânsito, tal fator não operará como excludente, conforme afirma o Professor Brêtas:

[...] mesmo ocorrendo motivo de força maior, despontaria a responsabilidade do Estado, se ficasse demonstrada sua omissão em realizar determinados serviços que impedissem a ocorrência dos danos verificados. Entretanto, é mister observar, nesta hipótese considerada de ato ou comportamento omissivo do Estado, a responsabilidade não seria objetiva, seu fundamento seria outro, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público, isto é, o serviço público não teria funcionado ou, caso contrário, funcionado, mas tardia ou ineficientemente, do que resultou o dano [...]. (BRÊTAS, 2004, p. 39)

Esses casos o autor enquadra na responsabilidade subjetiva, assim como Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), admitindo ambos os autores que no Direito brasileiro a responsabilidade subjetiva (casos de omissão) convive com a responsabilidade objetiva (casos de comissão), no que tange ao Estado. O Professor Brêtas afirma, ainda, que, caso o Estado não preste serviços públicos de “boa qualidade” (2004, p.57) e, em razão disso, ocorra prejuízos aos particulares, o mesmo atua de forma comissiva, configurando, assim, a responsabilidade subjetiva.

É importante ressaltar que o Estado tem o dever de prestar os serviços públicos com qualidade, em observância ao princípio da eficiência, pilar da Administração Pública, conforme o art. 37 do Texto Constitucional.

Segundo Marçal Justen Filho (2006, p. 813), o Estado, por meio de seus agentes, tem o “dever específico de diligência”; dessa forma, precisa evitar que ocorram danos pela sua atuação ou omissão: “Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, responsabilidade civil”.

Assim, em consonância com a doutrina de Marçal Justen Filho, pode-se afirmar que a existência de norma, mesmo que seja técnica, que determine o dever de atuação do Estado em dadas situações, o obriga a atuar de forma a prevenir a ocorrência de danos. No caso em que não houver regras, deverá ser observada a possibilidade de previsão do fato acarretador do dano e o dever de evitar tais fatos danosos, hipóteses estas que acarretam a responsabilidade civil do Estado.

Mesmo que a culpa seja de terceiro, hipótese referida acima como excludente de responsabilidade, no ensinamento do autor supracitado, o Estado não se exclui da responsabilidade se “a ele incumbia um dever de diligência especial, destinado a impedir a concretização de danos”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 818)

Responsáveis são também as concessionárias e permissionárias dos serviços de exploração e conservação das rodovias que cobram pedágio, visto que prestam serviço público.

### 5.1 Responsabilidade estatal prevista no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) - Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997

Estudadas as posições doutrinárias acerca da responsabilidade civil do Estado e embasadas nas teorias acima citadas, importa-nos analisar a legislação sobre o tema.

O CTB prevê no art. 1º, §§ 2º e 3º:

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

§ 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Acerca dos dispositivos acima, podemos concluir que o trânsito seguro é um direito de todos os cidadãos e dever do Estado, por meio do Sistema Nacional de Trânsito, devendo o mesmo adotar medidas assecuratórias desse direito. Fazendo uma conexão com o que foi estudado, podemos afirmar que, nos casos em que o Estado se omite na prestação de medidas que proporcionem a seguridade do trânsito ou as preste de forma ineficaz, infringe o princípio da eficiência e, nos casos em que haja dano ao administrado, caberá a responsabilização estatal objetiva, na forma prevista no § 3º do art. 1º do CTB.

Nos dizeres de Paulo Alves Franco:

A omissão caracteriza a negligência dos representantes dos órgãos públicos que não se prestam a reparar as estradas e que em virtude dessa negligência ocorrem acidentes que deixam vítimas de lesões corporais e fatais. Além de responder pelos danos causados ao motorista que em virtude do acidente tiver seu veículo danificado, o omissor poderá responder criminalmente, se for o caso. (FRANCO, 2004, p. 12)

A título de exemplo, podemos citar a má conservação das estradas pelo DER, com a falta de sinalização, buracos na pista e várias outras causas de acidente com as quais nos deparamos, seja pessoalmente, seja por meio dos noticiários. A competência pela manutenção,

conservação e implantação de sinalização das vias federais é do DNER. Das vias estaduais, a competência é dos órgãos estaduais. Já dos municípios, as vias urbanas e recursais, desde que não sejam classificadas como rodovias. Assim, configurada a omissão desses órgãos, pode-se responsabilizar o Estado pelos danos decorrentes dessa má atuação.

O dever de preservação das estradas, rodovias, ruas etc. é fundamental para que se evitem acidentes de trânsito e proteção à vida. No referido Código, tais direitos são almeçados pelo art. 5º, § 5º: "Os órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito darão prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio ambiente".

Consideramos, ainda, como dever do Estado, em razão do conhecimento deste dos trechos onde ocorrem mais acidentes por excesso de velocidade, a instalação de radares e redutores de velocidade como forma de prevenção de acidentes nesses locais, caracterizando a sua omissão como ensejadora de responsabilidade, tendo em vista que a atuação estatal também é preventiva.

Importa destacar também a ausência ou a pouca fiscalização dos motoristas de ônibus e caminhões, os quais trabalham em jornada excessiva, utilizando-se dos chamados "rebites" (substâncias para se manterem acordados) ou entorpecentes. A fadiga de tais motoristas, aliada ao sono e ao desejo de chegar rapidamente ao destino, é causa de grande parte dos acidentes. Considerando que o Estado tem conhecimento de tal fato, é dever do mesmo fiscalizar, através do Ministério do Trabalho, as empresas que adotam tal prática. A ausência dessa fiscalização é também omissão do Estado, que gera danos aos cidadãos.

Portanto, caracterizada a omissão do Estado no seu dever de garantir o trânsito seguro aos cidadãos, caberá a responsabilização do mesmo e o dever de indenizar aquele que sofreu o dano.

## 5.2 Jurisprudência

Em virtude da necessidade de concretização do dano para que haja a responsabilidade do Estado por omissão, vamos analisar alguns casos em que a responsabilidade estatal foi configurada, porém, não pretendemos esgotar o tema, tendo em vista a amplitude de possibilidades para que a mesma se configure.

As jurisprudências encontradas versam sobre a responsabilidade civil do Estado por acidentes de trânsito nos casos de veículos oficiais em mau estado de conservação; em colisão com viaturas em perseguição policial; pela falta ou incorreta sinalização; por defeitos na pista; buracos e obstáculos em via pública; semáforo com defeito etc.

Buraco em rodovia:

Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Acidente de trânsito provocado por falha na pavimentação (buraco) de rodovia federal. Indenização por danos materiais. Rito sumário. Alegada violação do art. 277, § 5º, do CPC. Não-ocorrência. Conversão para o rito comum ordinário. Desnecessidade. Desprovemento.

1. A ação de indenização por danos materiais causados em acidente de veículo de via terrestre processar-se-á pelo rito comum ordinário, independentemente do valor da causa (CPC, art. 275, II, d).

2. O art. 277, § 5º, do CPC autoriza a conversão do rito sumário para o ordinário quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.

3. O TRF da 1ª Região, com base nos fatos e provas, conclui que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, os danos materiais, o nexo de causalidade e a omissão do Estado; (III) não houve culpa (negligência) do motorista no acidente.

4. O conjunto de provas produzidas nos autos (documentos, testemunhas e perícia técnica) foi suficiente para julgar a lide. Portanto, revela-se completamente desnecessária a realização de prova técnica complexa e, assim, totalmente impertinente a conversão do procedimento.

5. Recurso especial desprovido (REsp 647216/DF - 2004/0037073-9 - Relatora: Ministra Denise Arruda - TRF 1ª Região - j. em 27.03.2007 - Data da publicação/fonte: DJ de 30.04.2007, p. 284).

Animais na pista cujo dever de guarda e sinalização compete à autarquia:

Civil e processual civil. Acidente de trânsito. Rodovia federal. Animal na pista. Colisão. Responsabilidade objetiva. Autarquia responsável pela guarda e sinalização das rodovias federais. Omissão. Danos permanentes. Seqüelas. Indenização por dano material e moral. Redução do valor da indenização por dano moral. Ausência de culpa concorrente. Juros de mora aplicados com base no Código Civil (Ap. Cível 2003.38.03.006124-0/MG; Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida - TRF 1ª Região - Quinta Turma - Publicação: DJ de 05.10.2007, p. 76 - Data da decisão: 26.09.2007).

Responsabilidade objetiva do DER:

Processual civil. Administrativo. Acidente de trânsito. Alegação de má conservação das estradas. Não-comprovação. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Danos materiais. Indenização.

1. A responsabilidade objetiva da Administração no Brasil segue a teoria do risco administrativo, e não a teoria do risco integral. Na primeira, aqui adotada, a responsabilidade demanda uma ação de agente da Administração, um dano e um nexo de causa e efeito entre ambos, mas este liame pode ser afastado por culpa total ou parcial da vítima, de terceiro ou por caso fortuito/força maior.

2. O Departamento de Estradas de Rodagem (DER), como órgão responsável pela conservação das rodovias, responde objetivamente pelos danos causados a seus usuários, em decorrência da falta de adequada manutenção das aludidas rodovias (CF, art. 37, § 6º).

3. Contudo, o dever de provar o dano causado, bem como a sua atribuição exclusiva ao Estado e o nexo causal entre ele e o ato estatal, passa a ser da própria vítima.

4. Na hipótese dos autos, não restando demonstrado que o acidente que deu origem à pretensão indenizatória foi causado por omissão da Administração quanto à sinalização e conservação da pista, bem como não restando delimitados os danos sofridos pelo automóvel, indevida a indenização.

5. Remessa oficial desprovida (REO 1999.41.00.003324-6/RO - Remessa *ex-officio* - Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro - TRF 1ª Região - Sexta Turma - Publicação: DJ de 02.07.2007, p. 38).

Várias outras jurisprudências foram encontradas a respeito do tema, visto que muito amplo. Dessa forma, fica demonstrado de que forma os juízes tratam o tema.

## 6 Conclusão

Vimos neste trabalho algumas teorias acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado, bem como a evolução das mesmas. De forma breve, estudamos a aplicação do referido instituto aos acidentes de trânsito de responsabilidade estatal.

Considerando a matéria estudada, permitimo-nos uma tentativa de ampliação do tema, em observância ao princípio da eficiência da Administração Pública e o dever de proteção à vida do Estado.

Tendo em vista o previsto no art. 5º, § 2º, do CTB, o trânsito seguro é um direito do cidadão e cabe ao Estado, através das entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, adotar medidas que assegurem esse direito, devendo ser responsabilizado nas situações em que for omissor.

Inclui-se nessas medidas a fiscalização das estradas, tendo em vista que a legislação de trânsito não abrange todas as situações que possam ocasionar acidentes.

Dessa forma, a fiscalização das estradas também deve ser embasada por estudos estatísticos, anuários etc. Não devem ser desconsideradas também as informações trazidas pelos noticiários, muitas vezes, instrumento de denúncia das omissões estatais.

Com base nessas informações, deve o Poder Público detectar trechos onde ocorre o maior número de acidentes e atuar de forma a preveni-los, com a utilização de pessoal e de equipamentos eletrônicos (radares, redutores de velocidade etc.).

Em Minas Gerais, de setembro de 2007 a março de 2008, os radares fixos instalados nas rodovias federais que passam pelo Estado ficaram desativados, pois o contrato entre as empresas controladoras desses equipamentos e o Estado venceu e não foi renovado, ficando os aparelhos fora de uso até nova licitação. Enquanto isso, a vida de inúmeros cidadãos que passaram por essas estradas ficou sem a devida proteção, em razão da burocracia.

Na sociedade - plural - em que vivemos, não podemos esperar que todos sejam prudentes, mas podemos punir os que não forem e, dessa forma, prevenir que isso não ocorra.

O Estado Democrático de Direito arma o cidadão com a possibilidade de responsabilização do Estado quando este for omissor, sendo o instituto da responsabilidade civil do Estado um direito fundamental, expressão de segurança jurídica para os indivíduos. E, embora o mesmo deva ser responsabilizado em vários casos de acidente, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, não se pode nunca deixar de ter consciência de que o trânsito responsável é dever de todos.

## Referências

AGÊNCIA BRASIL. Radiobrás. 25 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/04/25/materia.2007-04-25.4628403790/view>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DENATRAN. *Seqüelas invisíveis dos acidentes de trânsito*. Disponível em: <>. Acesso em: 12 mai. 2008

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo - atualizado com a Emenda Constitucional nº41/03*. 6 ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANCO, Paulo Alves. *Código de Trânsito anotado*. Leme: J. H. Mizuno, 2004.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Capítulo XIX. Disponível em : <>. Acesso em: 22 nov. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas.

*Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias.* Belo Horizonte, 2007.

Disponível em <[http://www.pucminas.br/biblioteca/normalizacao\\_monografias.pdf](http://www.pucminas.br/biblioteca/normalizacao_monografias.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

UM avião a cada dois dias: O trânsito brasileiro mata pelo menos 35 mil pessoas todo ano - o equivalente a 180 desastres aéreos da TAM. Como enfrentar essa guerra invisível. *Revista Época*. n. 488, 2007. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0EDG79211-6009,00-UM+AVIAO+A+CADA+DOIS+DIAS.html>>. Acesso em: 12 mai. 2008.

...

## Termo inicial de contagem do prazo para incidência da multa pelo não-cumprimento voluntário do comando sentencial

Rodrigo Martins Faria\*

*Resumo: Considerações sobre o termo inicial de contagem do prazo para incidência da multa pelo não-cumprimento voluntário do comando decisório.*

*Palavras-chave: Cumprimento de sentença; multa; prazo; contagem; início.*

Após o reconhecimento da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material, a ciência do processo surge no cenário jurídico como ramo autônomo de direito e, superando uma fase inicial essencialmente introspectiva, passa a se preocupar com a efetivação dos direitos materiais, projetando-se como instrumento de realização dos valores humanos. Surge, então, o paradigma da instrumentalidade do processo.<sup>1</sup>

Nessa fase evolutiva, a ciência do processo passa a se preocupar com a solução das necessidades práticas da sociedade, identificando nos denominados pontos sensíveis do processo os elementos necessários para proporcionar ao jurisdicionado a entrega de uma prestação jurisdicional adequada. Supera-se, então, o antigo paradigma do acesso à justiça enquanto simples ingresso em juízo, passando-se a uma concepção realista da necessidade social, no que se inclui o acesso a uma ordem jurídica justa, com destaque para a efetividade do processo.

É que o processo, muito mais do que simples instrumento de composição do litígio, firma-se como importante instrumento de realização dos valores humanos, razão pela qual se lhe tornou inescapável a necessidade de proporcionar a entrega de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, atendendo-se, por conseguinte, às legítimas expectativas do jurisdicionado. A pacificação social, torna-se, assim, “escopo magno da jurisdição”.<sup>2</sup>

Nosso Código de Processo Civil, num primeiro momento, concentrou suas preocupações na segurança das relações jurídicas, apegado a um formalismo procedimental que, de certa forma, mitigava a possibilidade de lesão a direito das partes. Tal prioridade, todavia, mostrou-se intimamente relacionada à morosidade na

prestação jurisdicional, o que, em tempos demandistas, fez inverter o foco do problema.

A partir de então, as reformas da legislação processual focaram-se na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, ao ponto de se explicitar, no Texto Constitucional, enquanto garantia de natureza fundamental, o princípio da razoável duração do processo, outrora com previsão restrita aos documentos internacionais.

Entre as reformas por que passou nosso Código de Processo Civil, destacam-se as propostas do projeto de lei PLC 3.253/04, que culminou com a promulgação da Lei 11.232/05,<sup>3</sup> instituindo a denominada reforma do processo de execução dos títulos executivos judiciais.

Conforme ressaltado na Exposição de Motivos que acompanhou o anteprojeto de lei apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual<sup>4</sup>, pelas mãos de seu Secretário Geral, o Sr. Procurador de Justiça Petrônio Calmon Filho, e ainda, pelos eminentes Ministros do Superior Tribunal de Justiça Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Fátima Nancy Andrighi,

É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.

Assim é que a reforma, dispensando a necessidade de instauração de uma nova relação jurídica processual – por meio do ajuizamento da ação de execução por título executivo judicial – estabeleceu a fase de cumprimento de sentença enquanto mero desdobramento da relação jurídica de acerto, com procedimento mais simplificado.<sup>5</sup>

Além da simplificação do procedimento, a reforma trouxe, também, instrumentos coercitivos capazes de motivar o devedor a cumprir espontaneamente a sentença condenatória, dentre os quais se destaca a multa pelo não-cumprimento voluntário do comando decisório, prevista pelo artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Inicialmente, a multa visa motivar o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação em atenção aos princípios da celeridade e efetividade. Caso sua função coercitiva inicial não se revele eficaz, a multa, dada sua natureza jurídica de pena civil, assume a tarefa de penalizar o devedor pela sua insubmissão, revelando função preventiva geral (servindo de exemplo para toda sociedade) e preventiva especial (para que o devedor não volte a se omitir).

\* Bacharel em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

<sup>1</sup> THEODORO JR., *A busca da tutela da efetividade jurisdicional*, 2008, p. 19.

<sup>2</sup> CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2008, p. 30-31.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

<sup>4</sup> BRASIL. Exposição de Motivos 34-MJ, de 18 de março de 2004.

<sup>5</sup> THEODORO JR., 2008, p. 18-19

Araken de Assis, em sua obra *Cumprimento de sentença*, esclarece-nos que “O objetivo da multa pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante”.<sup>6</sup>

Não obstante, há que se ressaltar que a multa, por via reflexa, revela importante instrumento de compensação pelo dissabor da insatisfação da pretensão creditícia, assumindo, assim, função reparadora, mesmo que esta não seja, tecnicamente, sua função essencial.

Aí, portanto, a ratio essendi em que se assenta e se justifica o novo instrumento coercitivo, ao estabelecer:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.<sup>7</sup>

Vê-se que o prazo de quinze dias conta-se a partir da condenação. Todavia, houve severa falha do legislador ao não estabelecer o termo inicial de sua contagem, causando significativa cisão da doutrina e jurisprudência, como constata Alexandre Freitas Câmara:<sup>8</sup>

Trata-se de dispositivo absolutamente inédito no direito processual civil brasileiro, sem qualquer precedente na legislação anterior, por força desse dispositivo, terá o devedor um prazo de quinze dias para efetuar o pagamento espontâneo do valor da condenação [...] sob pena de ver incidir sobre sua dívida uma multa de dez por cento. [...]

Uma série de questões, porém, têm de ser examinadas, para que se compreenda o exato sentido da norma aqui veiculada. Em primeiro lugar, deve-se buscar estabelecer o termo a quo desse prazo quinzenal.

Autores há que sustentam que o prazo corre automaticamente, a partir do momento em que a sentença condenatória (ou a decisão do incidente de liquidação) começa a produzir efeitos, o que se dá quando o provimento jurisdicional transita em julgado ou quando se recebe recurso contra ele interposto que não tenha efeito suspensivo.

Há, também, quem considere que o prazo começa a correr de intimação, que deve ser dirigida ao advogado do devedor.

Com efeito, três são as correntes que representam o entrave doutrinário e jurisprudencial ocasionado pela omissão legislativa.

Em primeiro lugar, encontram-se os defensores da tese segundo a qual a intimação do devedor deverá se dar

pessoalmente, por via postal ou através de mandado, conquanto se trate de comando jurisdicional determinando que a parte cumpra uma obrigação personalíssima.

A razão de ser desse entendimento é essencialmente atrelada ao princípio da segurança jurídica, conquanto vise preservar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CR),<sup>9</sup> pilares essenciais do princípio constitucional fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, CR).<sup>10</sup>

O contraditório, princípio processual erigido à estatura constitucional e, portanto, direito-garantia de natureza fundamental, assegura ao jurisdicionado o direito de ser informado sobre os termos e atos do processo, como elementar de seu direito de defesa.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, atua em conjunto com o princípio do contraditório, mas em momento processual posterior, cientificando a parte da atuação da função jurisdicional e oportunizando-a a adotar as medidas necessárias para a preservação de seus direitos.

Nesse sentido são as considerações de Luiz Guilherme Marinoni:<sup>11</sup>

[...] como a participação exige conhecimento, e para tanto é imprescindível adequada comunicação, é necessário que a parte seja ‘devidamente comunicada’ dos atos processuais. Adverte Trocker, considerando a estreita relação entre *notificazione* e contraditório, que é necessário garantir que a efetividade do segundo não seja prejudicada pela inadequação e ineficiência dos modos de execução da primeira: trata-se, segundo o jurista italiano, de assegurar a concreta idoneidade do rito notificatório a produzir o efeito conhecimento no sujeito interessado. A interpretação das normas relacionadas com o contraditório tem exigido muito da Corte Constitucional italiana. Vincenzo Vigoriti lembra que a Corte, frisando que a finalidade da comunicação é o ‘conhecimento real’, já deixou estabelecido que o princípio constitucional não é respeitado quando, embora sendo possível adotar uma forma de *notificazione* capaz de colocar o conteúdo do ato na efetiva esfera de conhecimento do destinatário, é feito recurso a uma forma de notificação da qual derive apenas uma ‘presunção legal de conhecimento’.

Em precisa síntese, “o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação”.<sup>12</sup> Assim, há de se entendê-lo pelo conhecimento, pela ciência, que viabiliza a defesa; e por ampla defesa, a defesa efetiva, concreta, através de todos os meios colocados à disposição dos litigantes.

A título de ilustração, veja-se o caso em que, não raras vezes, as partes, domiciliadas em comarcas do interior, constituem novos advogados para acompanhamento

<sup>6</sup> ASSIS, 2007, p. 213.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>8</sup> CÂMARA, 2007, p. 114.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988).

<sup>10</sup> Op. cit.

<sup>11</sup> MARINONI, 2006, p. 412.

<sup>12</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 63.



de suas ações perante os órgãos jurisdicionais de revisão, ordinários e extraordinários. Em razão da morosidade da prestação jurisdicional, a sentença condenatória, quando transitada em julgado, já caiu na desatenção daqueles que agora estão vinculados aos seus comandos, após anos, senão décadas em trâmite pelas extensas vias processuais.

Daí por que alguns pretórios, em atenção aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, não descartaram a necessidade de intimação pessoal da parte, a quem toca cumprir o comando decisório.

○ Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu:

Cumprimento de sentença - Multa - Art. 475-J, CPC - Intimação pessoal.

1 - a intimação do devedor para cumprimento da sentença, deve ser pessoal, não bastando a publicação, para ciência de seu advogado.

2 - quem realmente cumpre o julgado é o devedor e não o seu patrono, sendo imprescindível a ciência pessoal da obrigação imposta, para que se possa aplicar a multa prevista no artigo 475-j, do código de processo civil.

3 - recurso conhecido e não provido. Decisão unânime.<sup>13</sup>

Num segundo plano, surgem os filiados à corrente intermediária a propugnar pela necessidade de que o juízo da execução, após o retorno dos autos à origem, determine a intimação do devedor para cumprimento do comando decisório, que deverá ser publicada no órgão oficial. Nesse caso, a intimação do devedor se dá através de seu advogado, conforme nos esclarecem Nery Júnior & Nery:<sup>14</sup>

O devedor deve ser intimado para que, no prazo de quinze dias a contar da efetiva intimação, cumpra o julgado e efetue o pagamento da quantia devida. A intimação do devedor deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela Reforma da Lei 11.232/05 para a comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento da sentença.

Ainda:

Se a sentença for líquida, o devedor deverá cumpri-la no prazo de quinze dias -, contado também da intimação da sentença ao seu advogado -, e, caso não o faça, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento, podendo o credor, com o demonstrativo do débito atualizado 'até a data da propositura da ação (*rectius*, requerimento executório) requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação.<sup>15</sup>

Essa corrente intermediária, como se observa, sem se afastar da proteção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, procura atenuar a excessividade da burocratização emprestada pelo primeiro entendimento.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu:

Agravo de instrumento - Execução - Discussão acerca da incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC - Necessidade de intimação do devedor - Decisão reformada. - A obrigatoriedade da intimação decorre do fato de não ser crível e razoável obrigar-se o devedor a ficar acompanhando a data do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, com o intuito de não se sujeitar à multa estipulada pelo dispositivo legal em análise, bem como de se dever considerar que, na maioria das vezes, os autos somente retornam à vara de origem bem depois de transcorridos quinze dias do trânsito em julgado da decisão (reg. Ac. 291952). [...]<sup>16</sup>

Por derradeiro, há a corrente que defende a intimação do devedor através de simples publicação do trânsito em julgado da sentença condenatória no órgão oficial, como suficiente para deflagrar a contagem do prazo.

Um reforço aos meios coercitivos empregáveis para abreviar o cumprimento da sentença referente às obrigações por quantia certa, foi adotado por meio de uma pena pecuniária aplicável ao devedor que se atrasa no pagamento da prestação que lhe foi imposta.

Nesse sentido, o montante da condenação será acrescido de multa de 10%, sempre que o devedor não proceder ao pagamento voluntário nos quinze dias subseqüentes à condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica. Havendo pagamento parcial no referido remanescente (art. 475-J, § 4º). Trata-se de multa única, que não se amplia em razão do tempo de atraso, diversamente do que acontece com as *astreintes*.

Não tem cabimento a multa se o cumprimento da prestação se der dentro dos quinze dias estipulados pela lei. Vê-se, destarte, que o pagamento não estará na dependência de requerimento do credor. Para evitar a multa, tem o devedor que tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna executável.<sup>17</sup>

○ Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Descumprimento. Multa. Intimação. - A multa pelo não-cumprimento voluntário da decisão executória incide a partir da intimação de seu trânsito em julgado através do órgão oficial.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ap. Civ. nº 20020610063356.

<sup>14</sup> NERY JR., Nery, 2007, p. 733.

<sup>15</sup> ALVIM; CABRAL, 2006, p. 66.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de instrumento nº 2008.0020029409.

<sup>17</sup> SANTOS, 2006, p. 56.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AI nº 1.0024.06.050268-9/002.

Colocadas essas questões, o fato é que ao operador do Direito não resta outra alternativa senão a interpretação e aplicação da norma legal em consonância com o ordenamento jurídico considerado em seu conjunto.

Se, por um lado, a intimação pessoal do devedor, ou mesmo através de seu procurador, prestigia os princípios do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, o princípio da segurança jurídica; por outro, há de se reconhecer: tal interpretação apega-se de maneira excessiva a uma burocratização repelida pela modernidade da ciência processual, inclusive com a violação do novel princípio constitucional da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII, CR),<sup>19</sup> intimamente relacionado com o princípio da efetividade do processo.

Nesse ponto, há de se ressaltar que o hermenauta, ao aplicar normas de *status* constitucional, deve obediência ao princípio da unidade da constituição, harmonizando eventuais pontos de tensão, conquanto a elevada carga axiológica de que são dotadas não admite a aplicação de uma em detrimento de outra.

Partindo da idéia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando-se, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da idéia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.<sup>20</sup>

Não obstante, há de se ter em vista, sob especial relevo, o caráter normativo que os princípios jurídicos, especialmente os constitucionais, assumem após a afirmação do pós-positivismo jurídico como paradigma reinante dos sistemas jurídicos.

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantido, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.<sup>21</sup>

Com efeito, em atenção à melhor técnica de hermenêutica jurídico-constitucional, entendemos que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devem ser relativizados na hipótese vertente, dando-

se prevalência ao novel princípio constitucional da razoável duração do processo, intimamente relacionado com o princípio da efetividade processual, harmonizando-se a aplicação das novas regras processuais com o ambiente jurídico surgido após a reforma legislativa, e, notadamente, com a carga valorativa imprimida pelo Texto Constitucional, vetor de todo o sistema jurídico.

Compartilham dessa tese, entre outros, nomes como Athos Gusmão Carneiro,<sup>22</sup> Araken de Assis,<sup>23</sup> Humberto Theodoro Júnior<sup>24</sup> e Ernane Fidélis dos Santos.<sup>25</sup>

Nesse sentido, a propósito, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, corte máxima na interpretação da legislação infraconstitucional, ao julgar o Recurso Especial nº 954.859/RS,<sup>26</sup> solucionando divergência jurisprudencial fundada por cortes estaduais:

Lei 11.232/2005. Artigo 475-J, CPC. Cumprimento da sentença. Multa. Termo inicial. Intimação da parte vencida. Desnecessidade.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa se consuma mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.
3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.

Hipóteses excepcionais, todavia, devem ser ressaltadas. Uma delas seria a de cumprimento de sentença condenatória de obrigação de trato sucessivo, em que o cumprimento da decisão judicial se protraí no tempo, portanto passível de inadimplemento a qualquer tempo. Nessa hipótese, sobrevindo a frustração da pretensão creditícia, o credor deve pedir ao juízo a intimação do devedor para que cumpra o comando decisório. Saliente-se, segundo nossa modesta opinião, que se mostra desnecessário requerimento do credor para a incidência da multa, que incide automaticamente, pelas menos razões supra-alinhavadas.<sup>27</sup>

Outra situação que deve ser colocada sob especial relevo é a execução provisória da sentença, possível quando pendente julgamento de recurso não dotado de efeito suspensivo (art. 475-I, § 1º, CPC). Isso porque,

19 BRASIL. Constituição (1988).

20 LENZA, 2008, p. 73.

21 CANOTILHO, 1993, citado por LENZA, op. cit, p. 72.

22 CARNEIRO, 2006, p. 102.

23 ASSIS, p. 187/188.

24 THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 51.

25 SANTOS, 2005, p. 56.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 954.859/RS (2007/0119225-2).

27 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AI nº 1.0702.03.092103-4/001.

conforme salientado, a incidência automática da multa exige o trânsito em julgado da sentença exequenda.

A multa do art. 475-J, porém, não se aplica à execução provisória, que só se dá por iniciativa e por conta e risco do credor, não passando, portanto, de faculdade ou livre opção de sua parte. Acontecendo, todavia, de haver trânsito em julgado no correr da execução provisória, inicia-se o prazo para pagamento voluntário, sob pena de aplicação da multa.<sup>28</sup>

Nesse sentido, considerando que a execução provisória se fará do mesmo modo que a definitiva (art. 475-O, CPC), cabendo ao exequente a responsabilidade por eventuais danos decorrentes da reforma da sentença (art. 475-O, I, CPC), entendemos adequado o entendimento segundo o qual a intimação do devedor sobre a execução provisória, informando-o de que o credor assumiu tal responsabilidade, deflagra a contagem do prazo para a incidência da multa.<sup>29</sup>

Essas, portanto, as considerações que entendemos pertinentes e adequadas à interpretação da multa pelo não-cumprimento voluntário da sentença, novo instituto processual que deve ser aplicado em consonância com os novos valores e desafios do direito processual civil e, notadamente, em harmonia com carga valorativa dos princípios constitucionais de natureza fundamental, que assumem, no atualíssimo paradigma de pós-positivismo jurídico, aplicabilidade e poder vinculante supremos.

#### Referências bibliográficas:

ALVIM, Carreira José Eduardo; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento de sentença: comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no Código de Processo Civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 406 p.

\_\_\_\_\_. *Manual de execução*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. 1.278 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos nº 00034-

MJ, de 18 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 03 de outubro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 954.859/RS (2007/0119225-2), 3ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 27.08.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20020610063356, Relatora Desembargadora Haydevalda Sampaio, publicado em 13.12.2007. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de instrumento nº 2008.0020029409, Relator Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, publicado em 28.05.2008. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.050268-9/002, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Flávio de Almeida, publicado em 01.03.2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento nº 1.0702;03.094103-4/001, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Flávio de Almeida, publicado em 14.06.2008. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em: 02 de outubro de 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006. 185p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 384p.

CONGRESSO NACIONAL DE PROCESSO CIVIL, 2007, Belo Horizonte. *Reflexões acerca do art. 475-J DO CPC: Fátima Nancy Andrichi, Ministra do Superior Tribunal de Justiça*. Notas taguigráficas.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: SARAIVA, 2008. 811p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, v. 1, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>28</sup> SANTOS, loc. cit.

<sup>30</sup> CONGRESSO NACIONAL DE PROCESSO CIVIL. 2007.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito proces-*

*sual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2006.

...

## O consumidor por equiparação e o direito de ação em face de terceiros

Vítor Vilela Guglinski\*

A elaboração do presente artigo foi estimulada após uma indagação feita recentemente a um amigo, docente de uma instituição privada de ensino superior, o qual leciona a disciplina intitulada "Consumerismo". Um de seus alunos propôs a seguinte questão: "É possível que os alunos acionem judicialmente um concessionário de serviços de fornecimento de energia elétrica caso haja um 'apagão' na universidade, o qual venha a prejudicar totalmente determinada atividade acadêmica que aqueles estejam realizando no momento do fato danoso?"

Tomou-se como exemplo a situação fática vivenciada pelo alunado, que, por sucessivos dias, ficou impossibilitado de assistir às aulas, em virtude de piques de luz ocorridos na universidade, vindo a prejudicar sobremaneira o normal andamento das atividades acadêmicas.

Diante de tal questionamento, passamos a analisar o direito de ação do consumidor em face do dano causado por terceiro, com o qual não guarda qualquer relação de direito material.

Inicialmente, entendemos ser salutar uma recordação sumária da natureza jurídica do direito de ação do indivíduo perante o Estado. Ada Pellegrini Grinover fornece-nos o seguinte conceito:

Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000).

De início, a primeira conclusão a que se chega, à luz da Teoria Geral do Processo, é de que tal possibilidade então existe, não se levando em conta qualquer questão de mérito diante de tal direito.

Ultrapassada essa questão, a legislação processual civil pátria dispõe que, para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º do CPC).

Nesse ponto, algumas indagações afetas ao direito material poderiam vir a lume, na medida em que no presente caso afirmamos mais uma vez que inexistente, aparentemente, relação de direito material entre as partes que eventualmente venham a integrar a relação jurídica processual, no caso os alunos prejudicados (que mantêm contrato de prestação de serviços com a instituição de ensino) e o concessionário.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) inseriu inovações de natureza processual em

nosso ordenamento jurídico, em homenagem à vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, a fim de facilitar sua defesa e seu acesso à Justiça para a satisfação efetiva de seus direitos.

Após analisar o problema proposto, entrevemos, todavia, não estarmos diante do consumidor padrão (*standard*), assim definido no *caput* do art. 2º do CDC, mas do consumidor por equiparação (*bystander*), cuja definição se encontra no parágrafo único do dispositivo retro, que diz:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Passemos, então, a analisar a posição do consumidor perante o fornecedor com o qual guarda a relação de direito material, ou seja, a instituição de ensino à qual está vinculado por força de um contrato de prestação de serviços educacionais.

O CDC consagrou o instituto da responsabilidade objetiva do fornecedor, significando que este responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados ao consumidor, sendo verdadeiro corolário da Teoria do Risco do Empreendimento, tendo em vista os riscos aos quais os fornecedores estão sujeitos na cadeia de produção e no fornecimento de serviços. Assim, basta ao consumidor provar o dano e o nexo causal para que nasça o direito a reparação civil por ato ilícito.

Visto que tratamos, aqui, de um prestador de serviços, não seria, então, o caso de o consumidor acionar o fornecedor com quem mantém o vínculo contratual, uma vez que, em princípio, seriam as partes legítimas a compor os pólos ativo e passivo da lide? A resposta se encontra na dicção do art. 14, § 3º, II, do CDC, *in verbis*:

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.

[...].

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

[...];

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A regra contida no artigo sob comento corrobora a idéia supra. Todavia, a resposta que procuramos se encontra na exceção transcrita no § 3º, II, uma vez que quem causou o dano foi a empresa fornecedora de energia elétrica, e não a universidade.

\* Assessor jurídico da 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora.

É de bom alvitre frisar que, no caso em tela, o fornecedor (instituição de ensino) também foi vitimado pelo evento danoso, não concorrendo sequer culposamente para que o mesmo ocorresse, estando, assim, amparado pela regra supratranscrita, a fim de se desincumbir de qualquer responsabilidade pelos danos causados.

Vejamos agora a regra contida no art. 17 do CDC: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento”.

Abstraindo-nos de qualquer discussão sobre a relação existente entre as duas pessoas jurídicas envolvidas no problema proposto, isto é, se é relação de consumo ou não, patente está, lado outro, que tal relação existe entre o alunado prejudicado e a empresa de fornecimento de energia elétrica, à luz do artigo acima exposto.

Posto isso, comprovada a culpa exclusiva da empresa fornecedora de energia elétrica, presentes a legitimidade e o interesse de agir dos consumidores diante do dano sofrido, concluindo-se no sentido da plena possibilidade do exercício do direito de ação daqueles em face de um terceiro, com o qual não mantenha relação estrita de direito material como requisito exigido pela legislação processual brasileira para que a relação jurídica processual se aperfeiçoe. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor constitui-se como disciplina jurídica autônoma, uma vez que encerra um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe conferem identidade própria, elementos necessários ao efetivo cumprimento de seu desiderato.

...

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS CORTE SUPERIOR

### Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Orgânica Municipal - Prefeito - Julgamento - Afastamento prévio - Procedimento - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei 201/67 - Art. 170, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Orgânica Municipal. Procedimento para julgamento de Prefeito, com o afastamento de suas funções. Falta de observância da norma geral específica (Decreto-Lei nº 201/67).

- Nas disposições do art. 170 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que tratam da autonomia política, administrativa e financeira do Município, há previsão expressa sobre a competência privativa para elaboração e promulgação de sua Lei Orgânica, mediante a observação obrigatória da norma geral respectiva, federal ou estadual (parágrafo único), preceito este reforçado no art. 171, I, d, que, ao se reportar ao inciso I do art. 170, reserva à Lei Orgânica dispor, principalmente, sobre assuntos de interesse local.

- As inovações do procedimento de apuração e responsabilização de Prefeito Municipal, pela prática de infração político-administrativa e de crimes de responsabilidade, contidas nos §§ 1º a 13 do art. 65 e no art. 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva conflitam com a Constituição do Estado (art. 170, parágrafo único), porque não observam as regras gerais específicas do Decreto-Lei nº 201/67.

- Acolhe-se parcialmente a representação e declaram-se inconstitucionais os §§ 1º a 13 do art. 65 e o art. 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.000.07.450361-6/000 (2) - Comarca de Pouso Alegre - Requerente: Prefeito Municipal de Estiva - Requerida: Câmara Municipal de Estiva - Relator: DES. ALMEIDA MELO**

#### Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de maio de 2008 - Almeida Melo - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO - Esta representação foi proposta pelo Prefeito Municipal de Estiva, visando à declaração de inconstitucionalidade dos arts. 65 e 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva, que definem as infrações político-administrativas, dispõem sobre o respectivo procedimento de julgamento do Prefeito pela Câmara Municipal e estabelecem a suspensão do agente político, de suas funções, quando recebida denúncia ou queixa, pelo Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e de responsabilidade, ou admitida a acusação e instaurado o processo, pela Câmara Municipal, nas infrações político-administrativas.

O representante alega que os dispositivos mencionados contrariam normas da Constituição Estadual (arts. 4º, § 4º; 13; 165, § 1º; 170, parágrafo único; 172 e 178). Indica, em abono de sua tese, precedentes da Corte Superior deste Tribunal de Justiça. Diz que são evidentes os vícios materiais e formais que atingem os dispositivos impugnados, que dispõem sobre matérias que não se inserem na competência do Município.

Deferi parcialmente a cautelar requerida para suspender a eficácia dos §§ 1º a 13 do art. 65 e do art. 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva, nos termos da decisão de f. 124/126-TJ, que foi ratificada no acórdão de f. 130/134-TJ.

A Câmara Municipal de Estiva não apresentou informações, a teor da certidão de f. 144-TJ.

Conforme salientei ao deferir, em parte, a medida cautelar suspensiva, nas disposições do art. 170 da Constituição Estadual, que tratam da autonomia política, administrativa e financeira do Município, há previsão expressa sobre a competência privativa para elaboração e promulgação de sua Lei Orgânica, mediante a observação obrigatória da norma geral respectiva, federal ou estadual (parágrafo único), preceito este reforçado no art. 171, I, d, da Constituição Estadual que, ao se reportar ao inciso I do art. 170, reserva à Lei Orgânica dispor, principalmente, sobre assuntos de interesse local.

De acordo com o quadro comparativo de f. 19/22-TJ da petição inicial, o *caput* e os incisos I a X do art. 65 da Lei Orgânica do Município de Estiva apenas reproduzem o conteúdo do art. 4º, I a X, do Decreto-Lei nº 201/67.

Entendo que, quando se trata de normas de mera repetição, a inconstitucionalidade não existe, pois é natural que a Câmara Municipal, destinatária de competência federal para processar e julgar infrações político-administrativas do Prefeito, insira na Lei Orgânica aqueles preceitos, até por motivo didático e de consulta imediata para procedimentos que venha a adotar.

Mas, quanto ao rito a ser observado no processo político e à suspensão do Prefeito de suas funções, os §§ 1º a 13 do art. 65 e o art. 66 da Lei Orgânica não encontram sustentáculo na Constituição Estadual, por não observarem a norma geral específica, ou seja, o Decreto-Lei nº 201/67 que, por guardar harmonia com os princípios da Constituição Federal de 1988, continua, pela regra da recepção, a regular o processo por infrações político-administrativas dos Prefeitos e Vereadores.

O Decreto-Lei nº 201, de 1967, foi considerado recepcionado pela Constituição de 1988, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, a esse respeito, a decisão no acórdão do *Habeas Corpus* 69.850-RS, Relator o Ministro Francisco Rezek, publicado no DJ de 27 de maio de 1994, segundo o qual o Decreto-Lei nº 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967-69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. Essa decisão foi confirmada nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 70.671-PI e 71.669-PI, de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso.

O quadro comparativo de f. 19/22-TJ demonstra que os §§ 1º a 13 do art. 65 da Lei Orgânica do Município de Estiva alteram, parcialmente, o rito do processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara Municipal.

O art. 66 prevê a suspensão do cumprimento do mandato pelo acusado, nos casos de crimes comuns e de responsabilidade, se recebida a denúncia ou queixa pelo Tribunal de Justiça, ou de instauração do processo político na Câmara, nos casos de infrações político-administrativas. Referida medida, quanto à apuração de infrações político-administrativas, não está expressa no Decreto-Lei nº 201/67 e, no processo por crimes de responsabilidade, durante a instrução criminal, não ocorre automaticamente, dependendo de pronunciamento do Juiz.

Na Corte Superior deste Tribunal de Justiça é reiterado o entendimento pela inconstitucionalidade de dispositivos de Lei Orgânica Municipal que definem infrações político-administrativas e o respectivo procedimento para apuração de sua prática e responsabilização dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, quando não se tratar de normas de mera repetição.

Estando em vigor o Decreto-Lei nº 201/67, não há espaço para o Município, com base na competência decorrente de matérias que envolvam o interesse local, inovar, em sua Lei Orgânica, o procedimento para cassação do mandato dos agentes políticos, principalmente com a previsão do afastamento prévio do denunciado ou acusado.

Portanto, os §§ 1º a 13 do art. 65 e o art. 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva não se compatibilizam com as normas gerais federais mencionadas, razão pela qual conflitam com o princípio do parágrafo único do art. 170 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Julgo procedente, em parte, a representação e declaro inconstitucionais os §§ 1º a 13 do art. 65 e o art. 66 da Lei Orgânica do Município de Estiva.

Façam-se as comunicações previstas no art. 285 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, CÉLIO CÉSAR PADUANI, HYPARCO IMMESI, KILDARE CARVALHO, DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, JARBAS LADEIRA, ALVIM SOARES, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, DUARTE DE PAULA, ALVIMAR DE ÁVILA, EDELBERTO SANTIAGO, ANTÔNIO HÉLIO SILVA, CLÁUDIO COSTA, SÉRGIO RESENDE, RONEY OLIVEIRA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, JOSÉ FRANCISCO BUENO, WANDER MAROTTA, AUDEBERT DELAGE e BITENCOURT MARCONDES.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE EM PARTE.

...

**Mandado de segurança - Concurso público - Vaga reservada - Deficiente - Visão monocular - Comprovação - Nomeação - Direito líquido e certo - Concessão da ordem**

Ementa: Mandado de segurança. Concurso público. Vaga reservada para deficiente. Visão monocular. Deficiência visual. Comprovação. Concessão da segurança.

- Consoante orientação jurisprudencial pátria, "o candidato portador de visão monocular enquadra-se no conceito de deficiência, que o benefício de reserva de vagas tenta compensar. Exegese do art. 3º c/c art. 4º do Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência".

Concede-se a ordem.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.469078-3/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Leandro Filipe Silva Zolini - Autoridade coatora: Desembargador Segundo Vice-Presidente do TJMG - Relator: DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI**

**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, VENCIDO O DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.**

Belo Horizonte, 11 de junho de 2008. - *Célio César Paduani* - Relator.



## Notas taquigráficas

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - Leandro Filipe Silva Zolini apresenta este mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato atribuído ao eminente Sr. Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à consideração de que, não obstante tenha sido aprovado no Concurso Público nº 01/2005, no qual concorreu a uma das vagas destinadas a portadores de deficiência física, foi surpreendido com a sua desclassificação pelo "Corpo Clínico", uma vez que não preencheu os requisitos de deficiente visual.

Afirma o impetrante que, ao contrário do decidido, preenche os requisitos para o reconhecimento de sua deficiência; ressalta que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que basta a simples visão monocular para o reconhecimento da limitação informada; aduz que tal limitação impõe barreiras psicológicas e laborais; colaciona arestos sobre o tema e, por fim, afirma que, ao prevalecer o ato de desclassificação impugnado, tal circunstância trará sérios prejuízos.

Liminar indeferida, *ut* decisão de f. 135/136-TJ.

Nas informações prestadas às f. 149/150-TJ, o impetrado afirma que não restou comprovada a inaptidão física do impetrante, conforme disposição contida no art. 4º do Decreto nº 3.298/99, bem como alega que não houve violação a qualquer direito líquido e certo do postulante.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 196/200-TJ, opina pela denegação da segurança.

Decido.

Colhe-se dos autos que o autor impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, porquanto, concorrendo às vagas destinadas a portadores de deficiência (visual), logrou aprovação, considerado inicialmente apto à nomeação.

Todavia, submetido aos exames admissionais junto à Gerseq (Gerência de Saúde Ocupacional, Segurança do Trabalho e Qualidade de Vida) deste eg. Tribunal de Justiça, com vistas à avaliação médica para constatação da deficiência informada e compatibilidade para o cargo pretendido, não restou ratificada a alegada deficiência visual, nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/04, que dispõe que:

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo

visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores.

A Junta Médica Oficial do TJMG, em resposta ao recurso interposto pelo impetrante, reiterou seu parecer no sentido de que o melhor olho do candidato apresenta visão 20/20, conforme atestado pelo seu próprio oftalmologista-assistente, não preenchendo os critérios para reconhecimento da deficiência alegada (f. 07/08-TJ).

Assim, conforme entendido pela Gerseq, a visão do impetrante não atende aos ditames insertos na lei de regência.

O autor afirma que possui visão monocular, comprovando-se, dessa forma, a deficiência informada.

Colhe-se do exame médico admissional de f. 66-TJ que o ora impetrante apresenta "quadro de retinoblastoma em olho "E" há 20 anos, em uso de prótese no mesmo olho. Controle oftalmológico regular" (f. 66-TJ), restando reconhecida a visão monocular.

Ora, a jurisprudência pátria tem admitido que o "candidato portador de visão monocular enquadra-se no conceito de deficiência que o benefício de reserva de vagas tenta compensar".

No mesmo sentido:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Candidato com visão monocular. Portador de deficiência. Inclusão no benefício de reserva de vaga. 1. O candidato portador de visão monocular enquadra-se no conceito de deficiência que o benefício de reserva de vagas tenta compensar. Exegese do art. 3º c/c art. 4º do Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Precedentes desta Quinta Turma. 2. Recurso conhecido e provido. (STJ, RMS nº 22489/DF, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 18.12.2006, p. 414.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Deficiente visual. Visão monocular. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Ilegalidade. Recurso provido. I - A deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular. II - 'A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício da reserva de vagas tem o objetivo de compensar'. III - Recurso ordinário provido. (STJ, RMS nº 19291/PA, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 03.04.2006, p. 372.)

Isso posto, forçoso concluir que o impetrante possui direito líquido e certo à nomeação.

Concedo a segurança.

Custas, *ex lege*.

Sem honorários (STF, Súmula nº 512).

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente. Dei atenção à sustentação oral proferida pelo ilustre Procurador do Estado e tenho voto escrito acompanhando

o eminente Relator. Apenas esclareço que o impetrante é portador de uma prótese em um dos olhos, olho de vidro, então, este assunto, no meu modo de entender, dispensa qualquer dilação probatória.

A questão posta em debate se restringe à análise da legalidade do ato que desclassificou o impetrante do Concurso Público nº 01/2005, no qual concorreu e foi aprovado para uma das vagas de Oficial de Apoio Judicial, classe D, reservadas aos deficientes físicos.

De acordo com a avaliação realizada pelo Corpo Clínico deste Tribunal de Justiça, o requerente não foi considerado portador de deficiência, por não preencher os critérios, de deficiência visual estabelecidos no Decreto nº 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004.

De acordo com o edital do concurso, o conceito de deficiência capaz de habilitar o candidato às vagas para tal fim reservadas encontra-se definido no § 2º do art. 1º da Lei Estadual nº 11.867/95 e no Decreto Federal nº 3.298/99, que assim dispõem:

Art. 1º Fica a administração pública direta e indireta do Estado obrigada a reservar 10% (dez por cento) dos cargos ou empregos públicos, em todos os níveis, para pessoas portadoras de deficiência.

§ 1º [...];

§ 2º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, pessoa portadora de deficiência é aquela que apresenta, em caráter permanente, disfunção de natureza física, sensorial ou mental que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro de um padrão considerado normal para o ser humano.

Decreto nº 3.298/99:

Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Art. 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:  
[...]

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

Em que pese a conclusão da junta médica, a desclassificação do impetrante se deu em inobservância da legislação acima transcrita, segundo a qual é considerada deficiência toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade.

É que de acordo com as observações constantes do exame médico admissional de f. 66-TJ:

Quadro de retinoblastoma em olho 'E' há 20 anos, em uso de prótese no mesmo olho. Controle oftalmológico regular.

Diante de tais informações, é fácil concluir que o candidato ora requerente é portador de visão monocular, afigurando-se desnecessária a produção de qualquer prova técnica para tal constatação.

A propósito, sobre a interpretação do Decreto nº 3.298/99, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se nos seguintes termos:

Administrativo. Concurso público. Portador de visão monocular. Direito a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Recurso ordinário provido.

1. O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de visão monocular da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido (RMS nº 19.257/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 10.10.2006, DJ de 30.10.2006, p. 333).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Deficiente visual. Visão monocular. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Ilegalidade. Recurso provido.

1 - A deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular.

2 - A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício da reserva de vagas tem o objetivo de compensar.

3 - Recurso ordinário provido (RMS nº 19.291/PA, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 16.02.2006, "DJ" 03.04.2006, p. 372).

Nesse sentido, também entendeu esta Corte Superior, quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 1.0000.07.458239-6/000, Relator Desembargador Almeida Melo e 1.0000.07.455619-2/000, Relator Desembargador Dorival Guimarães Pereira.

Diante do exposto, concedo a segurança rogada, para reconhecer a ilegalidade da exclusão do impetrante do certame.

DES. ALVIM SOARES - Acompanho o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Com a vênua devida dos votos que me precederam, estou a denegar a segurança, porque estaríamos, através do mandado de segurança, indo de encontro à definição de deficiência da pessoa portadora de visão monocular, estabelecida no Decreto nº 5.296/2004, que, realmente, no seu art. 4º, item III, estabelece essa deficiência no melhor olho, quer dizer, no único que o impetrante possui, uma vez que o outro ostenta uma prótese, que, no melhor olho ele teria que ter 0,05. O assistente oftalmologista da junta médica oficial do Tribunal de Justiça estabeleceu que, no melhor olho, ele realmente tem uma visão 20X20 e, por isso, ele não está enquadrado naquela deficiência da visão monocular, para se conceder, *data venia*, a segurança.

Estou a denegar, justamente, porque não se enquadra a situação do impetrante no conceito de deficiência visual monocular estabelecida justamente no dispositivo legal, que venho de mencioná-lo.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral feita pelo Dr. José Marcos Rodrigues Vieira, ilustre Procurador do Estado.

Quanto ao voto, acompanho o eminente Relator, *data venia*.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Com o Relator.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Com o Relator, *data venia*.

DES. EDELBERTO SANTIAGO - Com o Relator, *data venia*.

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA - Sr. Presidente. Encontro-me impedido de participar deste julgamento.

DES. SÉRGIO RESENDE - Com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - Com o Relator.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Com o Relator.

DES. CARREIRA MACHADO - Com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - Com o Relator.

DES. EDILSON FERNANDES - Sr. Presidente. Com a devida *vênia*, quando se estabelece o percentual mínimo da visão para o melhor olho, parece-me que o legislador quis dizer ao portador da visão bem rudimentar dos dois olhos. No caso específico dos autos, não há nenhuma controvérsia de que o impetrante é portador de uma prótese, de forma que, com respeitável *vênia*, dispensa-se a dilação probatória, na medida em que o exame, embora com a presunção de veracidade, feito pela Administração Pública, não levou em consideração a visão bilateral.

Com essa pequena consideração, acompanho o eminente Relator.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Com o Relator.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA, VENCENDO O DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

...



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

**Ação ordinária - Produção de prova -  
Requerimento feito na inicial - Admissibilidade -  
Especificação de provas - Despacho -  
Descumprimento - Preclusão - Juiz -  
Destinatário da prova - Princípio da verdade real -  
Aplicabilidade**

Ementa: Ação ordinária. Produção de provas. Requerimento formulado na inicial. Despacho de especificação de provas. Não-reiteração. Preclusão. Juiz. Destinatário da prova. Elemento fundamental para a composição da lide de forma justa. Princípio da verdade real. Sentença cassada para produção da prova.

- Em face das tendências atuais de flexibilização do Direito Processual Civil, com a observância constante do princípio da instrumentalidade das formas e, ainda, da ampliação do alcance do princípio da ampla defesa, vem-se admitindo o protesto genérico de provas na exordial e na contestação. Contudo, determinado pelo julgador que as partes especifiquem quais os meios probatórios serão efetivamente utilizados na demonstração dos fatos alegados na fase postulatória, cabe a elas a exata indicação destes, sob pena de preclusão. No caso dos autos, faltam elementos para se chegar à verdade dos fatos.

- É de se considerar que o destinatário da prova é o juiz e que, se os elementos presentes nos autos não são suficientes para se desvendar a verdade dos fatos, deve ele determinar a produção da prova necessária. Não se pode perder de vista que o processo civil contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior intensidade, o princípio da verdade real, pelo que o julgador não pode contentar-se com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial.

Sentença cassada, para determinar o retorno dos autos ao juízo primevo para a produção de prova necessária.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0284.06.003763-7/001 - Co-  
marca de Guarani - Apelante: Priscila Rodrigues Corrêa  
Nunes ME (microempresa) - Apelada: Telemig Celular  
S.A. - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata

dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR ARGÜIDA NA APELAÇÃO E ACOLHER A PRELIMINAR, SUSCITADA DE OFÍCIO, PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE PROVA.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação ordinária proposta por Priscila Rodrigues Corrêa Nunes - ME em face de Telemig Celular S.A., alegando ter assinado com a ré um contrato de disponibilização de linha telefônica, nº (32) 9972-2310. Disse que, após mais de um ano de utilização da linha, solicitou o seu cancelamento. Afirmou que pagou regularmente a fatura emitida pela ré, com vencimento em 31.10.2005, no valor de R\$ 93,96 e que, posteriormente, recebeu mais uma fatura, com vencimento em 25.11.2005, no valor de R\$ 425,00, sendo que, deste importe, R\$ 400,00 referiam-se à multa por infração contratual e o restante, ao valor do aparelho telefônico. Não concordando com a cobrança da multa, alegou que entrou em contato telefônico com a ré, sendo informada que desconsiderasse a referida fatura. Não obstante, foi posteriormente surpreendida com a negativação de seu nome no SPC e na Serasa em face do não-pagamento da fatura, no valor de R\$ 425,90. Objetivando limpar o seu nome, disse que teve que pagar o valor cobrado indevidamente. Requereu a declaração da inexistência da dívida, a exclusão de seu nome dos cadastros de inadimplentes, a condenação da ré ao pagamento de danos morais. Pediu, ainda, a exibição, pela requerida, da gravação da conversa telefônica, por meio da qual disse para que fosse desconsiderada a fatura cujo não-pagamento gerou o abalo de crédito.

Regularmente citada, a ré apresentou contestação, aduzindo ser devida a multa cobrada, tendo em vista a autora ter solicitado o cancelamento da linha durante o prazo de carência pactuado entre as partes. Disse que a autora reconheceu como devida a multa gerada, tanto que realizou o seu pagamento. Afirmou que o nome da autora não permaneceu negativado após o pagamento da fatura. Destacou ser devida a cobrança tanto da multa, no valor de R\$ 400,00, quanto da parcela do valor do aparelho, no importe de R\$ 25,92, ambas constantes da fatura cuja declaração de inexigibilidade pretende a autora.

A contestação foi impugnada.

Intimadas as partes para especificar provas, quedaram-se inertes.

Foi prolatada sentença, que julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a autora, alegando que, na inicial, requereu fosse a empresa ré compelida a trazer aos autos a gravação da conversa telefônica travada entre as partes, bem como requereu a produção de prova testemunhal e depoimento pessoal da requerida, o que não foi examinado pelo d. Juiz *a quo*, caracterizando, assim, cerceamento de defesa. Disse que a ré agiu de maneira maliciosa, informando que o problema estava resolvido e que a cobrança poderia ser desconsiderada para, dias depois, negativar o seu nome. Afirmou que a prova de que a ré reconheceu que a dívida havia sido desconsiderada pode ser extraída da gravação da conversa telefônica travada entre as partes.

Foram apresentadas contra-razões.

Conheço da apelação, presentes que estão os seus pressupostos de admissibilidade.

A apelante alega, primeiramente, cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide, sem que lhe fosse oportunizada a produção das provas requeridas na inicial e sem que fosse apreciado o pedido de que a ré exibisse a gravação telefônica mantida entre as partes, por meio da qual a requerida teria informado que a fatura que gerou a negativação do nome da requerente deveria ser desconsiderada.

A princípio, deve-se esclarecer que, como a ré requereu produção de provas com a inicial, era desnecessário que novamente praticasse aquele ato processual, não havendo se falar em preclusão.

Contudo, analisando detidamente os autos, nota-se que houve a preclusão temporal em relação às provas requeridas, visto que, não obstante a requerente tenha protestado pela sua produção na petição inicial, ao ser intimada para especificar quais meios probatórios pretendia produzir na instrução (f. 94), manteve-se silente.

Em face das tendências atuais de flexibilização do Direito Processual Civil, com a observância constante do princípio da instrumentalidade das formas e, ainda, da ampliação do alcance do princípio da ampla defesa, vem-se admitindo o protesto genérico de provas na exordial e na contestação. Contudo, determinado pelo julgador que as partes especifiquem quais meios probatórios serão efetivamente utilizados na demonstração dos fatos alegados na fase instrutória, cabe as elas a exata indicação destes, sob pena de preclusão.

A propósito:

Processual civil - Prova - Momento de produção - Autor - Petição inicial e especificação de provas - Preclusão.

- O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, art. 282, VI); na segunda, após a eventual contestação, o Juiz chama à especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, art. 324).

- O silêncio da parte em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial (STJ, REsp n. 329034/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 14.2.2006, DJ de 20.03.2006, p. 263, LEXSTJ, v. 200, p. 143).

Percebe-se, portanto, que houve a preclusão temporal para que a autora efetivamente produzisse as provas requeridas na inicial. Por via de consequência, não há se falar em cerceamento de defesa, como sustentou a requerente. De sorte que rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Todavia, no caso presente, é preciso averiguar se a alegação da apelante de que a apelada lhe informou que desconsiderasse a cobrança promovida é verdadeira.

Havendo nos autos fatos controvertidos, deve-se oportunizar a realização da prova para a elucidação da matéria, o que pode ser determinado, de ofício, nos termos do art. 130 do CPC.

Importante registrar a lição de Barbosa Moreira acerca da possibilidade de o juiz ordenar a produção de provas de ofício, a fim de compor o litígio de forma justa:

[...] Falta enfrentar esta questão: *quid iuris*, se não vem aos autos prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*: v.g., no CPC brasileiro, o art. 333 distribui o ônus entre o autor, para fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.

É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar uma luz sobre os desvãos escuros da causa - e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?

[...] Quem quer o fim quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se pelos meios que tenha à mão.

Quando o juiz determina realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz - como juiz empenhado em julgar bem (O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 122, p. 15-16, abr. 2005).

É de se considerar que o destinatário da prova é o juiz e que, se os elementos presentes nos autos não são suficientes para desvendar a verdade dos fatos, deve ele determinar a produção da prova necessária, ou, como no caso presente, a sua complementação. Nesse sentido:

O Juiz é o destinatário das provas e cabe a ele avaliar a necessidade de ser produzido determinado meio de prova (TRF - 4ª Região, 4ª Turma, Ap. civ. n. 970404639-1/SC, Rel. Juiz José Germano da Silva, j. em 12.05.98, DJU de 1º.7.98, p. 801).

Não se pode perder de vista que o Processo Civil contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior intensidade, o princípio da verdade real, pelo que o julgador não pode se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial.

No caso presente, a apelante assegura que, por meio de contato telefônico mantido com a apelada, esta lhe assegurou que a cobrança da fatura com vencimento para novembro de 2005 poderia ser desconsiderada, razão pela qual o pagamento não foi efetuado.

Considerando que por meio da gravação da conversa telefônica é possível comprovar se a ré reconheceu não ser devido o pagamento da fatura com vencimento em novembro de 2005, tratando-se, pois, de prova im-prescindível ao desate da lide, entendo ser necessária a intimação da requerida para exibir a fita contendo a gravação.

Registre-se que a exibição de documento ou coisa se insere entre as provas em direito admitidas e encontra-se regulada pelo art. 355 e seguintes do CPC; e, tratando-se de prova imprescindível para o desfecho a ser conferido à demanda, deve ser determinada a exibição.

Com tais razões de decidir, de ofício, casso a sentença para determinar que a ré proceda à exibição da gravação telefônica requerida na inicial.

Custas recursais, pela parte que sucumbir ao final da demanda.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

**Súmula** - REJEITARAM A PRELIMINAR ARGÜIDA NA APELAÇÃO E ACOLHERAM A PRELIMINAR, SUSCITADA DE OFÍCIO, PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE PROVA.

...

## Execução por título extrajudicial - Pessoa física - Executado - Firma individual - Penhora sobre o faturamento - Possibilidade - Limitação - Percentual - Administrador - Nomeação

**Ementa:** Agravo de instrumento. Execução por título extrajudicial. Execução da pessoa física. Penhora sobre o faturamento da firma individual do executado. Possibilidade. Limitação. Percentual.

- A pessoa física do empresário e a firma individual da qual é titular se confundem por haver universalidade patrimonial, tornando-se possível a penhora sobre o faturamento da empresa pelas dívidas contraídas pela pessoa física do executado.

- A penhora sobre o faturamento da empresa deve limitar-se a percentual suficiente para satisfazer o débito, de modo que não obste o executado a continuar exercendo suas atividades.

- A legislação processual exige que, em sendo deferida a penhora sobre o faturamento da empresa, deve-se nomear administrador com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as importâncias recebidas.

**AGRAVO Nº 1.0024.01.004586-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: José Ramos de Oliveira - Agravado: Flávio Roberto Pinto - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de junho de 2008. - José Amancio - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AMANCIO - José Ramos de Oliveira agrava da r. decisão do MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte-MG, que, nos autos da ação de execução por título extrajudicial, ajuizada contra Flávio Roberto Pinto, indeferiu o pedido de penhora sobre o percentual do faturamento bruto da sociedade, da qual o executado possui cotas, sob o fundamento de não haverem sido esgotadas todas as tentativas de localização dos bens do devedor, passíveis de penhora.

O agravante alega que, mesmo havendo encetado todas as diligências para a satisfação do seu crédito, não vem obtendo êxito na execução.

Pugna pela penhora de parte do faturamento da sociedade empresária, devendo ser nomeado um administrador judicial para entregar-lhe o valor da execução.

Recebi o recurso, à f. 83, tão-somente no efeito devolutivo.

O MM. Togado singular prestou as informações de f. 90, mantendo o seu posicionamento.

Sem contra-razões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Os autos tratam de ação de execução por título extrajudicial, ajuizada por José Ramos de Souza contra Flávio Roberto Pinto, tendo o exeqüente, ora agravante, recorrido da r. decisão que indeferiu o pedido de penhora sobre parte do faturamento do estabelecimento comercial de propriedade do executado.

Não há que se falar em nulidade da r. decisão, mas sim em sua reforma.

O objetivo da penhora é atender, de modo eficiente e rápido, ao processo de execução, sendo certo que bens de difícil alienação judicial não atendem a esse propósito, ressalvando o art. 620 do Código de Processo Civil apenas o direito do devedor para que a execução não se torne gravosa ao ponto de empobrecê-lo desnecessária e injustamente, sem que com isso pretenda frustrar o instituto da cobrança forçada.

O agravante tem diligenciado na tentativa de ver satisfeito o seu crédito, porém a penhora das cotas de participação da firma individual Drive in Sinal Verde, cujo titular é o próprio agravado Flávio Roberto Pinto, tornou-se insuficiente à satisfação da sua pretensão, porquanto, mesmo havendo o MM. Togado singular determinado a designação de nova data para a realização do leilão, em 28 de agosto de 2006 (f. 43/44), as cotas ainda não foram arrematadas.

Consoante auto de avaliação de f. 37, quando da avaliação das cotas do Drive in Sinal Verde, que foram penhoradas, o oficial de justiça avaliador declarou ser o estabelecimento uma firma individual, o que viabiliza a penhora sobre o seu faturamento.

A firma individual nada mais é do que a denominação utilizada pela pessoa física, confundindo-se com o seu titular, o patrimônio comum respondendo pelas dívidas contraídas por um ou por outro, no exercício das atividades comerciais ou nas relações pessoais.

Apesar de a firma individual ser a expressão da personalidade do comerciante, dele não se distingue, por não ser o comerciante individual pessoa jurídica, inexistindo diferenciação entre o patrimônio pessoal do titular e o patrimônio da empresa.

Nesse sentido, a doutrina consagra:

O empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 76).

Este também é o entendimento jurisprudencial:

Firma individual - Atos por ela praticados - Responsabilidade civil do comerciante - Inexistência de distinção entre pessoa física e comercial. - As obrigações contraídas sob o manto da firma comercial ligam a pessoa civil do comerciante e vice-versa. Utilizando uma firma para exercer o comércio e mantendo o seu nome civil para atos civis, o comerciante - pessoa física, natural - não fica investido de dupla personalidade, uma vez que não existem duas personalidades: uma civil e outra comercial (RT 687/135).

Ao agravante assiste razão ao pleitear a penhora sobre o faturamento do Drive in Sinal Verde, por não haver distinção entre a personalidade da empresa e a do sujeito que lhe dá o nome, devendo ambos responder às obrigações com a totalidade do seu patrimônio, o que torna legítima a constrição e a penhora de dinheiro, preferencial na ordem elencada no art. 655 do Código de Processo Civil.

Há ainda que se destacar haver o executado sido citado na ação de execução, conforme certidão de f. 27-v., deixando transcorrer *in albis* o prazo para defender-se, não nomeando bens à penhora, tendo o oficial de justiça deixado de proceder a ela por não poderem os bens ser penhorados, por ser o executado solteiro e residir com seus pais, vindo a efetuar a penhora tão-somente das cotas de participação da sociedade empresária Drive in Sinal Verde, conforme auto de penhora e depósito à f. 28.

A constrição sobre a renda da empresa deve ser limitada a percentual que não venha a inviabilizar o seu funcionamento, não podendo a medida recair sobre a totalidade do seu faturamento, devendo limitar-se a 30% (trinta por cento) do rendimento, tornando-se necessária a nomeação de um administrador de confiança do Juízo, conforme exigência do § 3º do art. 655-A do Código de Processo Civil, que giza:

Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Ao administrador nomeado caberá apresentar a forma de administração e o cronograma dos pagamentos, apurada a renda líquida, devendo prestar contas ao Juízo mensalmente, tornando-se possível com essa medida delimitar o faturamento da empresa, por dar



condições ao Magistrado de saber exatamente qual a renda líquida da empresa e se há algum comprometimento de seu funcionamento com a construção.

Conclusão.

Dou provimento ao recurso para determinar que a penhora incida sobre 30% (trinta por cento) do faturamento da firma individual Drive in Sinal Verde, devendo ser nomeado administrador de confiança do Juízo, nos termos do art. 655-A, § 3º, do Código de Processo Civil, o qual deverá prestar contas mensalmente.

Custas do recurso, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e NICOLAU MASSELLI.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Servidão de passagem - Exercício - Art. 1.385 do Código Civil - Colocação de porteira - Direito de trânsito resguardado - Turbação - Ausência - Manutenção de posse - Improcedência do pedido**

Ementa: Ação de manutenção de posse. Servidão de passagem. Colocação de porteira. Chave entregue ao apelante. Turbação não evidenciada. Desprovimento da apelação.

- O exercício da servidão não é ilimitado, restringindo-se, nos termos do art. 1.385 do CC, "às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente".

- Não se vislumbra qualquer turbação ao direito de passagem do apelante, decorrente da colocação de uma porteira pelos apelados, se a chave do respectivo cadeado foi por estes disponibilizada àquele.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0116.06.007134-1/002 - Comarca de Campos Gerais - Apelante: Adolfo dos Reis - Apelados: Rodrigo Figueiredo Miarelli e outra - Relator: DES. BATISTA DE ABREU**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2008. - *Batista de Abreu* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral pelo apelante a Dr.ª Maria Lúcia de Freitas.

DES. BATISTA DE ABREU - Ouvi com atenção a sustentação da tribuna pela apelante.

Adolfo dos Reis propôs ação de manutenção de posse contra Rodrigo Figueiredo Miarelli e Fernanda Figueiredo Miarelli, afirmando ser senhor e legítimo possuidor de uma sorte de terras com área de 41,52,00 ha, no lugar denominado Onça, com direito ao acesso de transporte pesado pela estrada; que os réus interromperam a sua passagem, colocando uma porteira com cadeado e desviaram o caminho existente e usado pelo autor desde a aquisição do imóvel, prejudicando e dificultando seu acesso ao mesmo; que os requeridos, procurados pelo requerente, nada fizeram, deixando apenas o cadeado aberto durante o dia, trancando-o, contudo, após as 18 horas. Concluindo ter sido molestada a sua posse, em razão da interrupção da servidão de passagem, requereu a concessão de liminar, determinando-se a retirada da porteira, a ser confirmada ao final com a procedência do pedido.

Decisão concessiva da liminar às f. 25/26.

Os réus contestaram às f. 29/33, alegando que o autor, na inicial, omitiu diversos fatos relevantes, pois que, na verdade, não fora surpreendido com o fechamento da estrada, tendo sido avisado que seria necessária a colocação de uma porteira na estrada, a qual ficaria aberta durante todo o dia e seria fechada ao anoitecer, para evitar furtos no período noturno, que acontecem com frequência no período de colheita de café, bem como para evitar que os semoventes de propriedade dos requeridos chegassem até a rodovia, o que poderia ocasionar acidentes trágicos; que, ademais, cientes de que o requerente possui uma servidão de passagem, que não pretendem ver extinta, entregaram a ele uma cópia da chave do cadeado, para que pudesse utilizar a estrada sempre que entendesse necessário; que o desvio do caminho utilizado pelo suplicante foi insignificante, não chegando nem mesmo a cinco metros, não tendo lhe causado qualquer prejuízo. Pugnaram pela improcedência do pleito exordial.

Oitiva de testemunhas às f. 76/81.

A sentença, de f. 98/103, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00. Segundo o Juiz sentenciante

a colocação da porteira com o cadeado não prejudicou o acesso à propriedade do autor, seja porque existe outro caminho - que ele utiliza com habitualidade -, seja porque

os requeridos a deixam aberta durante o dia, trancando-a apenas à noite, preservando-se a segurança do local, sendo que forneceram as chaves ao aludido, permitindo-lhe livre utilização da passagem.

Adolfo dos Reis interpõe apelação (f. 104/108), sustentando que restou comprovada nos autos a interrupção da servidão de passagem, sendo certo que, a despeito de ter constado na sentença que os apelados lhe entregaram uma chave, a verdade é que o cadeado foi trocado, dificultando seu acesso; que a servidão sempre existiu por necessidade, e não por comodidade, não tendo os apelados demonstrado furto ou roubo em sua propriedade. Requer a reforma integral da sentença.

Contra-razões às f. 111/116.

Manifestação do apelante às f. 130/132-TJ, sobre a qual foram intimados os apelados (f. 134-TJ), que deixaram transcorrer *in albis* o prazo (f. 135-TJ).

Primeiramente, registre-se que, embora não esteja o prédio do apelante encravado, contando ele com outros caminhos que levam à sua propriedade, não há controvérsia quanto ao direito de utilização da passagem existente no imóvel dos apelados, que inclusive não se opõem à servidão.

O que se discute, portanto, é se a colocação da porteira, assim como o seu fechamento com cadeado à noite, a partir das 18 horas, obstrui ou molesta o direito de passagem do apelante.

*Data venia*, entendo que não, devendo ser mantida a bem-lançada sentença.

Com efeito, a prova testemunhal revelou que os apelados disponibilizaram chave do cadeado da porteira a todos os proprietários de imóveis confrontantes, conforme se extrai do depoimento de f. 77, sendo certo que o empregado do autor, que por ela passa diariamente, a encontrou fechada uma única vez (f. 78/79).

Ademais, não comprovou o requerente, como pretende fazer crer na petição de f. 130/132-TJ, que se viu compelido a ingressar com a presente demanda em razão de o cadeado da porteira ter sido trocado, recusando-se os apelados a fornecer-lhe a nova chave, não se prestando a tal mister aquela acostada à f. 47, que se refere a cadeado novo, colocado após a concessão da liminar (f. 46).

Na verdade, o exercício da servidão não é ilimitado, restringindo-se, nos termos do art. 1.385 do CC, “às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente”.

Dessa forma, desde que resguardado o direito de trânsito do prédio dominante, o que, na espécie, ocorreu, por meio da disponibilização da chave da porteira ao apelante, está o proprietário do prédio serviente autorizado a gozar livremente do seu direito dominial.

Aliás, a meu ver, respeitadas as necessidades do titular da servidão, não se pode nem mesmo exigir dos apelados que justifiquem a decisão de colocar a

porteira, que dirá que comprovem que, realmente, estavam sendo vítimas de furto ou que seus semoventes estavam se locomovendo em direção à rodovia. Ora, garantida a passagem do apelante, pouco importa o motivo da colocação da porteira!

Com tais fundamentos, não se vislumbrando qualquer turbação ao direito de passagem do apelante, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. JOSÉ AMANCIO - De acordo.

DES. OTÁVIO PORTES - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Ação civil pública - Desmatamento - Dano ambiental - Condenação - Obrigação de reflorestar - Indenização em pecúnia - Cumulação - Inadmissibilidade**

Ementa: Ação civil pública. Desmatamento. Dano ambiental. Condenação na obrigação de reflorestar. Cumulação com indenização em pecúnia. Impossibilidade.

- Consumado o dano ambiental em razão de desmatamento de floresta nativa, deve haver a condenação do poluidor/predador à reparação específica do bem ambiental, reconstituindo ou recuperando o meio ambiente agredido, cessando a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental. E, somente na ausência ou na impossibilidade de recuperação da área degradada, encontra-se aberta a hipótese de reparar via indenização em dinheiro, uma vez que a simples condenação em *quantum* pecuniário, por mais vultosa que seja, não tem o condão de reparar o prejuízo causado em virtude da cessação de fruição de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.04.012316-0/001 - Co-marca de Mariana - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Paulo Conceição Gonçalves - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2008 - *Eduardo Andrade* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de ação civil pública aforada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Paulo Conceição Gonçalves, objetivando que o réu seja condenado a ressarcir os danos ambientais causados com o desmatamento em área aproximada de 0,20 hectare de mata nativa em área de preservação permanente, na localidade denominada Cedro, zona rural de Diogo de Vasconcelos, sem qualquer autorização do órgão ambiental, a reflorestar a área danificada com quantidades e espécies de mudas indicadas através de perícia realizada pelo IEF e a não mais proceder a qualquer interferência na área.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar o réu a efetuar a recuperação na área danificada, com o plantio de espécies nativas da região no espaçamento mínimo de 8x8 metros na propriedade, medidas que deverão ser acompanhadas por técnico da área, sendo que a aferição do adimplemento dessas obrigações deverá ser comprovada, após doze meses, com laudo pericial do IEF, a expensas do réu, assim como a instalar cerca na sua propriedade, a fim de evitar a entrada de animais domésticos (f. 61/64).

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs o presente recurso, pretendendo que o réu seja condenado ao pagamento de indenização em razão do dano ambiental causado com o desmatamento em área aproximada de 0,20 hectare de mata nativa em área de preservação permanente, na localidade denominada Cedro, zona rural de Diogo de Vasconcelos Gama, sem qualquer autorização do órgão ambiental (f. 65/70).

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovemento do recurso (f. 72/75).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, a ilustre representante do Ministério Público, Dra. Gisela Potério Santos Saldanha, opinou pela reforma parcial do *decisum* (f. 81/84).

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

Infere-se do Boletim de Ocorrência de f. 09/11 que Paulo Conceição Gonçalves, ora apelado, foi flagrado, no dia 23/06/04, armazenando 15 (quinze) estêreos de carvão vegetal nativo, oportunidade em que foi constatado pelas autoridades policiais o desmatamento em área de preservação ambiental permanente (topo de morro), estimada em 0,20 hectare.

Em razão desses fatos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais aforou a presente ação civil

pública, objetivando que o apelado seja condenado a ressarcir os danos ambientais causados com o desmatamento na área, a reflorestar a área danificada com quantidades e espécies de mudas indicadas através de perícia realizada pelo IEF e a não mais proceder a qualquer interferência na área.

O ilustre Juiz *a quo* julgou o pedido parcialmente procedente, para condenar o réu a efetuar a recuperação na área danificada, com o plantio de espécies nativas da região no espaçamento mínimo de 8x8 metros na propriedade, medidas que deverão ser acompanhadas por técnico da área, sendo que a aferição do adimplemento dessas obrigações deverá ser comprovada após doze meses, com laudo pericial do IEF, a expensas do réu, assim como a instalar cerca na sua propriedade, a fim de evitar a entrada de animais domésticos.

Já o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs o presente recurso, pretendendo que o apelado seja condenado, também, ao pagamento de indenização em razão do dano ambiental causado com o desmatamento em área aproximada de 0,20 hectare de mata nativa em área de preservação permanente, na localidade denominada Cedro, zona rural de Diogo de Vasconcelos Gama, sem qualquer autorização do órgão ambiental.

A respeito do dever de indenizar pelas condutas lesivas ao meio ambiente, dispõe o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988:

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Já a Lei nº 6.938/81, que traçou a Política Nacional do Meio Ambiente, determina em seu art. 4º o dever de indenizar ao causador de danos ambientais, senão vejamos:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:  
[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Com efeito, uma vez consumado o dano ambiental, deve-se condenar o poluidor/predador a realizar a reparação específica do bem ambiental, reconstituindo ou recuperando o meio ambiente agredido, cessando a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental.

E, somente na ausência ou na impossibilidade de recuperação da área degradada, encontra-se aberta a hipótese de reparar via indenização em dinheiro, uma vez que a simples condenação em *quantum* pecuniário, por mais vultosa que seja, não tem o condão de reparar o prejuízo causado em virtude da cessação de fruição de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

No caso *sub examine*, se o próprio IEF - Instituto

Estadual de Florestas concluiu, através de perícia, que o dano ambiental causado pelo apelado pode ser recuperado se se cercar a área para evitar a entrada de animais domésticos e se efetivar o plantio em toda a área com espécies nativas da região no espaçamento mínimo de 8x8 metros (f. 56), dúvida não há de que a condenação imposta na v. sentença recorrida é suficiente para reparar o dano ao meio ambiente, não havendo falar-se em indenização em pecúnia.

Insta consignar que esse foi o meu entendimento no julgamento da Apelação Cível 1.0400.06.021845-2/001.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Separação judicial - Casamento realizado no Brasil - Separação de fato ocorrida no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Partilha - Competência da Justiça brasileira**

Ementa: Separação judicial litigiosa. Casamento realizado no Brasil. Separação de fato ocorrida no Brasil. Cônjuge residente no exterior. Bens partilhados localizados no Brasil. Competência da Justiça brasileira. Legislação brasileira.

- Compete ao Poder Judiciário brasileiro julgar ações originárias de fatos ocorridos no Brasil, nos termos do inciso III do art. 88 do CPC. Disposição do art. 7º da LICC, § 4º, 'o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiveram os nubentes domicílio e, se esse for diverso, à do primeiro domicílio conjugal'.

**AGRAVO Nº 1.0332.06.012882-1/002 - Comarca de Itanhomi - Agravante: G.P.G.F. - Agravado: C.J.F. - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - *Geraldo Augusto* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Agrava-se da decisão (f. 32-TJ), que, nos autos da ação de separação judicial promovida pela aqui agravante contra o agravado, determinou, antes de prosseguir o feito, que a parte interessada junte cópia aos autos da "legislação estadunidense que rege o direito de família, notadamente os casos de separação judicial", conforme os arts. 7º da LICC e 337 do CPC.

Inconformada, recorre a autora/agravante às f. 02/07-TJ, requerendo a reforma da decisão, ao argumento, em resumo, de que esta "contraria o preceito legal contido no art. 88 do CPC e todo o acervo jurisprudencial atinente à matéria" e de que o fato causador da separação judicial, qual seja o abandono da apelante pelo apelado, ocorreu em Itanhomi, onde estão localizados todos os imóveis do casal a serem partilhados; alega, ainda, que uma das partes reside nos Estados Unidos da América temporariamente, o que torna competente a Justiça brasileira para examinar o pedido, observando apenas as normas nacionais.

Intimado o agravado para resposta, decorrido o prazo legal, não apresentou ele contraminuta, conforme certidão de f. 46.

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça sobre deixar de apreciar o caso, uma vez que a discussão é travada, na área do Direito de Família, entre partes maiores e capazes, não havendo interesses de menores, incapazes, ou outros de cunho indisponível que justifiquem a intervenção do Ministério Público (f. 48/49-TJ).

Examina-se o recurso.

De plano, verifica-se o que dispõe o art. 88 do CPC:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Diante disso, denota-se que compete ao Poder Judiciário brasileiro julgar ações originárias de fatos ocorridos no Brasil, nos termos do inciso III do art. 88 do CPC, conforme voto anterior proferido por este Relator na Apelação Cível nº 1.0332.06.012882-1/001.

Na hipótese dos autos principais, apenas pretende a autora/agravante a decretação da separação judicial e a partilha dos bens do casal.

Dessarte, a ação de separação em comento decorre de ato jurídico praticado no Brasil, qual seja o casamento que se pretende dissolver, bem como o fim da convivência conjugal, sendo certo, ainda, que os bens imóveis a serem partilhados estão localizados no Brasil.

Aduz a agravante que uma das partes reside nos Estados Unidos da América temporariamente, conforme f. 04 e 21.

Dispõe o art. 337 da CPC:

Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz.

Por derradeiro, verifica-se nos autos que não foi alegado pela autora/agravante direito estrangeiro, mas apenas a resolução dos fatos ocorridos no Brasil. Fato que os desdobramentos dos atos, inerentes à motivação da ação principal, se deram no Brasil e que os bens e direitos aduzidos pela autora/agravante se encontram exclusivamente no Brasil.

Assim dispõe o art. 7º da LICC:

Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

[...]

§ 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiveram os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal.

Observa-se que o direito material inerente ao caso dos autos não enseja a aplicação do art. 7º da LICC.

Portanto, diante de todo o exposto, compete ao Poder Judiciário brasileiro aplicar o direito brasileiro e julgar o presente feito, sendo desnecessária a aplicação da legislação estrangeira, para tal.

Com tais razões, dá-se provimento ao agravo, determinando-se o regular prosseguimento do processo, decotando-se da decisão agravada a parte que determinou a juntada de legislação estrangeira.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e ARMANDO FREIRE.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

**Honorários de perito - Pagamento -  
Responsabilidade - Assistência judiciária -  
Art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50**

Ementa: Agravo de instrumento. Prova pericial. Honorários periciais. Pagamento.

- A assistência judiciária compreende honorários de perito. Seu beneficiário não se acha obrigado a depositar quantia alguma, respondendo pela remuneração o não-beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação desta.

Agravo de instrumento provido.

**AGRAVO Nº 1.0024.06.019543-5/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Lindomar de Jesus Oliveira - Agravado: Município de Belo Horizonte - Relator: DES. NILSON REIS**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Nilson Reis* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. NILSON REIS - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Lindomar de Jesus Oliveira contra a decisão que, nos autos da ação ordinária c/c tutela antecipada ajuizada em face do Município de Belo Horizonte, determinou que a autora, que litiga amparada pela assistência judiciária, indique perito que aceite realizar a perícia gratuitamente ou aceite receber no final da demanda, a cargo do vencido.

Em suas razões recursais, alega a agravante que, nos termos do art. 421 do CPC, incumbe ao juiz nomear o perito, competindo às partes indicar apenas o assistente técnico, impondo-se a reforma do *decisum*.

Deferido o postulado efeito suspensivo (f. 153-TJ), intimado, o agravado ofereceu as contra-razões de f. 159/160-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de exarar parecer (f. 164-TJ).

Este o relatório. Decido.

Razão assiste à agravante, pois, com efeito, "de acordo com o art. 3º, V, da Lei 1.060/50, a assistência judiciária abrange também os honorários do perito" (STJ - RT 688/198). E, mais, é pacífico o entendimento no colendo Superior Tribunal de Justiça de que:

[...] a isenção legal dos honorários há de compreender a das despesas, pessoais ou materiais, com a realização da perícia. Caso contrário, a assistência não será integral. Assiste aos necessitados a proteção do Estado, que deve diligenciar meios para provê-los ou criar dotação orçamentária para tal fim (RSTJ 96/257, 107, 157, 109/205).

Deferida, portanto, a assistência judiciária, não se pode exigir do seu beneficiário, no decorrer da demanda, qualquer pagamento a título de custas ou despesas processuais. E, nesse caso, ou se determina seja a perícia feita por órgão público que preste tal serviço, caso

existente, ou se estabelece que o perito receba seus honorários ao final da ação, a serem pagos pelo vencido, ou pelo Estado.

Já decidi nesse sentido, quando Relator do Agravo de Instrumento nº 2.0000.03.311188-2/000, j. em 27.06.2000 e pub. em 12.08.2000:

Ementa: Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Perícia. Deferimento. Honorários periciais. Inteligência do art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50. - Requerida a realização de prova pericial por beneficiário da assistência judiciária, esta abrange também os honorários periciais, à luz do disposto no art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50. A parte contrária, porém, não está obrigada a depositar, antecipadamente, os honorários do perito, o que somente fará ao final do processo, se vencida. Caso contrário, arca o Estado com as despesas periciais. Agravo provido.

Nesse sentido também, colhe-se na jurisprudência. Confira-se:

Apelação cível. Embargos do devedor. Prova pericial. Gratuidade de justiça. Honorários de perito. Responsabilidade do Estado. Índice de correção monetária. Confirmação. Juros de mora. Termo inicial. Recurso parcialmente provido. - 1. A gratuidade de justiça abrange a dispensa do pagamento de honorário do perito oficial, pela parte beneficiada, quando necessária a prova técnica. - 2. Ocorrendo a sucumbência da parte beneficiária da gratuidade, responde o Estado pelo pagamento dos referidos honorários. - 3. Confirma-se o índice de correção monetária determinando quando correto. - 4. Os juros de mora, na execução por título extrajudicial, devem ser contados a partir da citação. - 5. Apelação cível conhecida e parcialmente provida (Apelação Cível nº 1.0024.06.990772-3/001 - Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 17.10.06 e p. em 27.10.06).

Processual civil - Assistência judiciária gratuita - Indenização - Prova pericial - Imprescindibilidade - Honorários periciais - Antecipação - Impossibilidade - Perito - Órgão oficial - Substituição. - Verificada a impossibilidade da realização da perícia em face da recusa do *expert* em aguardar a solução final do litígio, cabe ao magistrado determinar o prosseguimento da causa com a efetivação da prova, nomeando perito, em substituição, um dos técnicos de estabelecimento oficial especializado. Recurso especial conhecido e provido parcialmente (REsp nº 220.229-0/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, 4ª T., unânime, j. em 22.03.2001).

Assim sendo, dou provimento ao agravo de instrumento para, reformando a decisão agravada, determinar que o ilustre Juiz a quo determine as providências necessárias à realização da perícia, já deferida.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e CAETANO LEVI LOPES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Falência - Habilitação de crédito - Postulação dirigida ao Poder Judiciário - Lei 11.101/05 - Admissibilidade

Ementa: Falência. Habilitação de crédito dirigida perante o Poder Judiciário. Lei nº 11.101/05. Admissibilidade.

- Inexiste óbice legal a que o pedido de habilitação de crédito em falência seja postulado diretamente ao Poder Judiciário, mesmo havendo norma legal dispondo que o pedido deve ser feito ao administrador judicial (art. 7º, § 2º, Lei nº 11.101/05), uma vez verificada a ausência de prejuízos aos litigantes/interessados, aliado ao fato de que, nos casos de credores retardatários, é admitida a impugnação judicialmente.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.023747-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Brasil Transporte Intermodal Ltda. - Relator: DES. EDILSON FERNANDES**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008 - *Edilson Fernandes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 100/105, proferida nos autos da habilitação de crédito apresentada por Brasil Transportes Intermodal Ltda. contra a massa falida de Vanaz Urbanização e Construções Ltda., que julgou procedente o pedido para determinar seja incluído no quadro geral de credores o crédito de R\$ 123,53, na classe de credor quirografário, a ser atualizado monetariamente.

Em suas razões, sustenta o Ministério Público que a falida teve a sua quebra decretada em 23.11.2005, sob a vigência da nova Lei de Falência (Lei nº 11.101/05), que estabelece novas regras acerca da habilitação de crédito, não podendo, por isso, aplicar ao caso concreto o teor do Dec. nº 7.661/45, expressamente revogado pela lei vigente (art. 192). Afirma que a nova ordem legal estabelece que a verificação dos créditos deve ser examinada pelo administrador e não pelo Judiciário, hipótese que, se convencendo dos argumentos e documentos juntados pelo credor, publica edital contendo a nova relação de credores; caso o administrador não inclua o

crédito ou faça a classificação diversa daquela que o credor entende de direito, é que surge a possibilidade de atuação judicial. Requer a reforma do julgado (f. 106/128).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A controvérsia submetida à apreciação diz respeito ao procedimento adotado pelo credor em pleitear a habilitação do crédito diretamente ao Poder Judiciário e não através de pedido formulado perante o administrador judicial, nega vigência ao disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/05.

Segundo consta dos autos, Vanaz Urbanização e Construções Ltda. teve a sua quebra decretada em 23.11.2005 (f. 86), vindo a empresa Brasil Transportes Intermodal Ltda. propor em juízo pedido de habilitação de crédito em face da falida, representada por uma duplicata de prestação de prestação de serviço no valor de R\$ 123,53, em 07.03.2007 (f. 86).

A inovação na ordem jurídica trazida pela Lei nº 11.101/05 estabeleceu como *vacatio legis* o período de 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação (art. 201), ou seja: publicada em 09.02.2005, a sua eficácia somente se daria após 09.06.2005, hipótese em que não seria aplicada aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que deveriam ser concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661/45 (art. 192).

No especial caso em exame, é inconteste que a regra a ser observada pela habilitanda é aquela prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/05, que estabelece um procedimento administrativo nos seguintes termos:

Art. 7º - A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.  
[...]

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Referida norma tem por objetivo possibilitar o controle da legitimidade do crédito habilitante e evitar possíveis abusos e fraudes perpetradas entre o falido e terceiro, em verdadeiro conluio, sempre com o escopo de prejudicar a massa e os demais credores legítimos.

Embora conste da lei de regência um procedimento extrajudicial na verificação e habilitação do crédito falimentar, nada obsta a que o credor postule esse direito diretamente perante o Poder Judiciário, que, em havendo plausibilidade da ameaça ao direito, é obriga-

do a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pelo interessado, visto que a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição.

Como se vê, o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal obsta qualquer cerceio ou restrição do exercício desse direito de ação, por parte do credor, no sentido de invocar a prestação da tutela jurisdicional com a finalidade de resguardar a satisfação de seu interesse.

De acordo com a jurisprudência majoritária e consoante a doutrina de vanguarda, vigora em nosso sistema processual o princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes/interessados.

Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, é lícito ao magistrado considerar válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar a finalidade.

Ao serem intimadas da pretensão deduzida em juízo, tanto a sócia da falida (f. 88) quanto a administradora judicial (f. 88-v.) não se opuseram à presente habilitação.

A propósito, o inconformismo ministerial já foi objeto de análise por esta egrégia Câmara nos autos do Processo nº 1.0024.06.021852-6/001, oportunidade em que participei como Vogal, cujo resultado de julgamento restou assim ementado:

Habilitação de crédito. Via judicial. Ministério público. Extinção do processo. - Apesar de a Lei 11.101/05 estabelecer que o crédito deve ser apresentado ao administrador judicial para ser habilitado extrajudicialmente, não há prejuízo, se for apresentado no juízo da falência e atendida pelo MM. Juiz competente (Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, j. em 09.10.2007).

Ademais, o art. 10, § 5º, c/c art. 13 da Lei de Regência, estabelece que as habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas sob a forma de impugnação a ser dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias.

Por último, em caso absolutamente idêntico ao que se examina, a eg. Sétima Câmara Cível assim já decidiu:

Habilitação de crédito feita, não ao administrador judicial, mas diretamente perante o Judiciário - Lei 11.101/05 - Extinção do processo sem julgamento de mérito - Impossibilidade.

- O formalismo jurídico não pode sobrepor-se a uma diretriz constitucional, sendo a Constituição expressa no sentido de que lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

- O sistema instituído pela nova lei de falência não veda que a habilitação de crédito, em alguns casos, possa ser feita diretamente perante o Judiciário (arts. 10, § 5º, e 13 da Lei

11.101, de 2005) (Processo nº 1.0024.06.089209-8/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 17.04.2007).

Forçoso concluir que inexistente óbice legal a que o pedido de habilitação de crédito em falência seja postulado diretamente ao Poder Judiciário, mesmo havendo norma legal dispondo que o pedido deve ser feito ao administrador judicial (art. 7º, § 2º, Lei nº 11.101/05), uma vez verificada a ausência de prejuízos aos litigantes/interessados, aliado ao fato de que, nos casos de credores retardatários, é admitida a impugnação judicialmente.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Medida cautelar inominada - Representação -  
Defeito - Saneamento oportuno -  
Acordo homologado e atos processuais -  
Nulidade - Honorários de advogado -  
Impossibilidade de condenação -  
Prestação jurisdicional - Continuidade**

**Ementa:** Ação cautelar inominada. Defeito de representação. Oportuno saneamento. Sentença que declarou a nulidade do acordo homologado e todos os atos processuais a partir do mesmo. Impossibilidade de condenação em honorários advocatícios. Continuidade da prestação jurisdicional.

- O Código de Processo Civil prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis. A irregularidade de representação não gera nulidade nem pode ensejar a extinção do processo, se o defeito foi suprido a tempo, com ratificação dos atos praticados.

- Não é cabível a condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte que teve impugnação acolhida para declarar nulidade do acordo homologado e dos atos processuais que se seguiram ao mesmo, haja vista que referida sentença não pôs fim ao processo, havendo a continuidade da prestação jurisdicional.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.03.027177-9/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Colina Country Club -**

**Apelado: Ecad - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Osmando Almeida* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação pelo apelado o Dr. Hildebrando Pontes.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de apelação interposta por Colina Country Club, visando à reforma da r. sentença de f. 140/141, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Muriaé nos autos da ação cautelar inominada movida em face do ora apelante pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad.

Nas razões - f. 143/145 -, diz o apelante que não se houve com acerto o d. Julgador em acolher, em parte, a impugnação ao cumprimento da sentença e declarar a nulidade da decisão de f. 89/90, que homologou o acordo unilateral de f. 84/85, bem como os atos subsequentes determinados pela mesma, como também a execução de f. 100/103 e penhora de f. 124, determinando o prosseguimento do feito a partir da f. 88. Afirma o recorrente que o processo padece de nulidade em razão da inexistência de mandato outorgando poderes à d. advogada que subscreveu a petição inicial, bem como a inexistência de ratificação dos atos por ela praticados, haja vista que o apelado outorgou instrumento de mandato somente ao novo advogado constituído nos autos na execução da sentença. Asseverou, ainda, que o fato de o apelado ter ficado silente quanto ao cumprimento, ou não, do acordo homologado importaria em dizer que o mesmo fora cumprido e efetuado o pagamento, mormente porque a advogada fora intimada para manifestar-se a respeito e emudeceu-se. Finaliza, dizendo que, em razão de a r. sentença ora impugnada ter determinado a extinção da execução, importaria na fixação dos honorários de sucumbência.

Intimado o apelado - f. 149 -, as contra-razões vieram às f. 150/154, em óbvia infirmação.

Conheço do recurso, por ser ele próprio, tempestivo e devidamente processado, estando regularmente preparado - f. 146.

Passo ao exame da preliminar deduzida pelo apelante.



Preliminar: ausência de representação - nulidade do processo.

Pretende o apelante seja reconhecida a nulidade do processo, afirmando que o apelado não procedeu à juntada de regular instrumento de mandato da advogada signatária da peça vestibular, cuidando apenas de juntar instrumento de mandato - f. 96 - dos novos patronos que passaram a conduzir o processo na execução da sentença. Razão não lhe assiste, *data venia*.

Entendo que não prevalece mais, com tanto rigor, o entendimento de que a ausência de regular procuração implica considerar o ato praticado como inexistente, sem antes possibilitar seja sanada a falha existente no processo, em observância ao princípio da instrumentalidade, até porque, no caso específico, foi trazido aos autos o regular instrumento de mandato antes mesmo da subida dos autos - f. 96 - com expressa ratificação dos atos praticados, sendo que a aludida ratificação posterior não trouxe qualquer prejuízo ao apelante.

Ainda que assim não fosse, entendo que não seria o caso de assumir postura demolidora dos preceitos e princípios que a lei dos ritos sabiamente instituiu ao determinar a regularização, mas sim de prestigiar os instrumentos postos a serviço do próprio jurisdicionado e que, ao contrário do pensamento esposado pelo apelante, não compromete a inteireza do processo - sempre meio; fim, jamais!

O ato processual é de direito público e, sobretudo, instrumental. No direito processual, o interesse predominante é o interesse final da realização dos fins de justiça no processo. Humberto Theodoro Júnior, em substancial artigo doutrinário "As nulidades no Código de Processo Civil", publicado na *Revista de Julgados* deste eg. Tribunal, v. 16, p. 27/55, 1983, proclama à p. 35:

O processo globalmente e cada ato que o integra, particularmente, revestem-se da tipicidade estatuída em função de sua natureza instrumental. O descumprimento da forma, isto é, da tipicidade do ato processual, contudo, nem sempre afeta sua finalidade instrumental. Daí a necessidade, recomendada por Calmon de Passos, de apurar-se a cada caso se o defeito formal (atipicidade) é relevante ou não relevante. Se o resultado do ato defeituoso ou atípico foi o mesmo que se esperava do ato perfeito ou típico, a atipicidade é irrelevante. Se, ao contrário, o ato defeituoso não gerou o resultado almejado, então a atipicidade é relevante.

Penso que todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Como bem exposto por Ada Pellegrini Grinover e outros (in *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35):

Essa máxima de nobre linguagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

E complementam, à f. 346 da obra citada, que:

Mais ainda, às vezes é possível repetir o ato declarado nulo ou suprir a falta de algum omitido no processo: uma vez feita a repetição ou o suprimento, convalidam todos os atos posteriores que, por força do princípio da causalidade, estivessem contaminados pelo vício.

Cada vez mais se entende que o processo é mero instrumento através do qual se busca a finalidade específica de uma prestação jurisdicional correta e justa. Daí por que o mundialmente conhecido e respeitado Giuseppe Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*. Bookseller Editora, 1998, v. 1, p. 80) já trazia que:

O dever fundamental, que forma como que a ossatura de toda relação processual, é, como se viu, o dever do juiz ou outro órgão jurisdicional de pronunciar-se sobre os pedidos das partes. A isto corresponde o dever de empreender tudo quanto necessário no caso concreto para pronunciar-se (ouvir as partes, presidir às provas), ou seja, para receber ou rejeitar, quanto ao mérito, os pedidos, tendo por fim a atuação da lei.

Lado outro, a posição pretoriana é maciça quanto à necessidade de ser cumprido o comando do art. 13 do Código de Processo Civil, quando ocorre uma das hipóteses ali elencadas. A nulidade somente será pronunciada pelo julgador se insanável o defeito ou se não suprido ele no prazo assinado, frise-se, prazo este que nem sequer foi aberto à parte autora no correr da lide.

Aqui, a posição do eg. Superior Tribunal de Justiça:

Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade (RT 659/183).

Quando do julgamento do REsp nº 47.657, de São Paulo, relatado pelo eminente Min. Ari Pargendler, julgado em 5 de dezembro de 1996, em votação unânime da d. 2ª Turma, aquele d. Colegiado foi ainda mais longe, ementando que:

Sem a marcação de prazo o processo não pode ser extinto, ainda que o despacho judicial seja desatendido (apud Theotonio Negrão. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 112).

Ao que consta dos autos, o apelado sanou espontaneamente a irregularidade na representação, como visto alhures, juntando regular instrumento de mandato e ratificando expressamente os atos praticados, suprimindo toda e qualquer irregularidade em sua representação.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Quanto ao mérito, alega o apelante que o recorrido ficou silente quanto ao cumprimento, ou não, do acordo homologado, asseverando que tal silêncio significou dizer que o mesmo fora cumprido e que, portan-

to, nada mais é devido. Continua dizendo que, pelo fato de a sentença de f. 140/141 ter colocado fim à fase de liquidação, a mesma deveria ter condenado o apelado nos ônus sucumbenciais, o que não ocorreu em virtude de o MM. Juiz *a quo* ter asseverado que a r. sentença não pôs fim ao processo, razão pela qual não caberia impor os efeitos da sucumbência.

Ao meu sentir, ainda nesse aspecto, falece razão ao recorrente.

O exame dos autos revela que, na verdade, não existe neles nenhuma intimação para que o autor/apelado manifestasse acerca do eventual cumprimento do acordo homologado pela decisão de f. 89/90, anulado pela decisão vergastada, muito menos houve a fixação de uma pena pelo não-fornecimento de tal informação.

Lado outro, apesar de suas alegações de que houve o cumprimento do acordo e de que, portanto, nada mais é devido, o apelante não trouxe aos autos nenhuma comprovação de qualquer pagamento, ou seja, que o acordo foi cumprido, ônus que lhe cabia. Importante ressaltar que, apesar de suas alegações, o recorrente impugna, veementemente, a celebração do acordo, afirmando que foi unilateral e que dele não participou, que o acordo foi somente informado, de cuja homologação "a requerida sequer tomou conhecimento já que não foi intimada para a audiência" - f. 128. *Quid juris?*

No tocante à ausência de fixação dos ônus sucumbenciais, depois de detido exame dos autos, pude verificar que se trata de apelação interposta contra decisão que acolheu impugnação ao cumprimento de sentença, declarou a nulidade do título e anulou parcialmente o processo.

Ora, em razão do sincretismo processual, que engloba o processo de conhecimento, a liquidação e o cumprimento da sentença, não há fixação de honorários no ato que resolve o incidente da impugnação, ainda que ponha fim à execução.

Preceitua o art. 20, *caput*, do Código de Processo Civil que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Entretanto, entendo que a sentença a que se refere o aludido artigo é aquela que põe fim ao processo, com ou sem resolução do mérito, nos termos do art. 267 ou 269 do Código de Processo Civil.

Assim, tendo a sentença objeto do presente recurso acolhido impugnação do executado para declarar a nulidade do acordo homologado pela decisão de f. 89/90 e dos atos que se seguiram ao mesmo, extinguindo a execução, sem, entretanto, colocar fim ao processo, pois haverá a continuidade da prestação jurisdicional, incabível a fixação de honorários.

Ademais, tendo o processo sido praticamente todo anulado, não há que se falar em vencedor ou vencido, nem em sucumbência, pelo que somente será possível a imposição de ônus sucumbenciais a alguma das partes quando houver a solução da lide.

Com essas considerações, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Liminar - Improbidade administrativa - Indisponibilidade dos bens - Presença de *fumus boni iuris e periculum in mora* - Sigilo bancário - Direito não absoluto - Quebra - Interesse público - Possibilidade - Agente público - Afastamento prévio - Hipótese excepcional**

Ementa: Agravo de instrumento. Liminar. Ação por improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Presença de *fumus boni iuris e periculum in mora*. Sigilo bancário e fiscal. Direito não absoluto. Quebra. Possibilidade em prol do interesse público. Afastamento do agente público. Comando excepcional. Recurso desprovido.

- Os tipos qualificadores previstos nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade exigem não só ação ou omissão dolosa ou culposa, mas também a presença do prejuízo, bem como prova material de que o réu tenha sido beneficiado com recursos públicos, o que se aplica para o deferimento liminar de indisponibilidade de bens.

- Não sendo o sigilo bancário um direito absoluto, cabível se mostra a sua mitigação diante do interesse público, legitimando a sua quebra por determinação judicial.

- O afastamento prévio do agente público do seu cargo no trâmite de ação civil de improbidade administrativa perfaz-se em hipótese excepcional que deve ser aplicada quando existam elementos concretos a indicar a necessidade da medida à instrução processual.

Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

**AGRAVO Nº 1.0352.07.034075-2/001 - Comarca de Januária - Agravante: João Ferreira Lima - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. KILDARE CARVALHO**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008 - *Kildare Carvalho* - Relator.

## Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo Interessado, o Dr. José Sad Júnior.

DES. KILDARE CARVALHO - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Januária que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de João Ferreira Lima e outros, deferiu liminar, determinando o afastamento do recorrente, a indisponibilidade de seus bens, bem como a quebra de seu sigilo fiscal e bancário.

Em suas razões recursais, alega o réu que o afastamento autorizado pela Lei nº 8.429/92 não é automático nem ocorre em qualquer hipótese, mas somente naquelas em que se fizer necessário à instrução processual. Sustenta a impossibilidade de quebra de seu sigilo fiscal e bancário sem que haja provas do enriquecimento ilícito e da ocorrência de fatos gravíssimos. Assevera a impossibilidade de bloqueio de bens adquiridos antes do ato sob exame e, ainda que se admita o arresto, que deve ser observada a medida do dano. Nesse particular, defende a desproporcionalidade da decisão impugnada. Assim, pugna pela concessão de efeito suspensivo para fins de paralisar e suspender o feito até julgamento final do recurso. Por fim, requer a reforma da decisão e a cassação da liminar deferida.

Efeito indeferido à f. 597-TJ.

Contraminuta às f. 740/791-TJ, suscitando preliminar de impossibilidade de patrocínio da causa pelo advogado José Nilo de Castro, contratado para a defesa do Município.

Registro inicialmente o recebimento de petição apresentada por Sílvio Joaquim Aguiar, pugnando pela perda do objeto do recurso no que toca ao afastamento do agravante.

Tenho, todavia, que a cassação decretada pela Câmara Municipal de Januária não possui o condão de obstar a análise do afastamento determinado pelo MM. Juiz Singular.

É que tais procedimentos possuem efeitos distintos. Vale dizer, enquanto a cassação decretada possui cunho político-administrativo, o afastamento determinado em

sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa tem caráter administrativo e judicial.

Portanto, rejeito a preliminar.

Passo à análise do pedido de deferimento de assistência de f. 887-TJ apresentado por Sílvio Joaquim de Aguiar, Prefeito interino do Município de Januária.

Nesse particular, tenho, contudo, que o referido pedido não pode ser apreciado por esta Turma Julgadora neste momento processual, por aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que a matéria se acha *sub judice* perante o Juízo da primeira instância.

Nessa linha de raciocínio, falece razão ao requerente quanto à arguição de não-conhecimento do recurso por ausência de indicação do seu advogado na peça recursal, pois, na data da interposição deste recurso, não havia sido deferida a assistência que, como dito, se encontra *sub judice*.

Passo à análise da preliminar argüida pelo agravado de impossibilidade de patrocínio da causa pelo Dr. José Nilo de Castro, visto que contratado para defesa dos interesses do Município até 19.05.2007, f. 776/791-TJ.

A prefacial não merece acolhida.

É que, muito embora não tenha sido acostado aos autos o termo de rescisão contratual celebrado entre o d. causídico e o ente público em questão, as declarações constantes de f. 794/795-TJ evidenciam a rescisão do pacto.

Portanto, rejeito a prefacial e conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Quanto ao mérito, infere-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra João Ferreira Lima e outros, pretendendo a condenação dos réus por prática, em tese, de ato de improbidade administrativa ocorrido nas licitações realizadas pela Administração pública municipal de Januária para fins de aquisição de ambulâncias e equipamentos hospitalares a preços superfaturados.

Sustenta o autor na exordial que os réus teriam participado de fraudes no referido procedimento administrativo consubstanciadas em superfaturamento dos bens móveis adquiridos pelo Município; pagamento de vantagens ilícitas aos integrantes da Administração pública e favorecimento de empresas.

O MM. Juiz singular proferiu decisão, deferindo as liminares requeridas pelo Ministério Público, determinando o afastamento do recorrente, a indisponibilidade de seus bens, bem como a quebra de seu sigilo fiscal e bancário, ensejando a interposição do presente recurso.

Após análise dos autos, muito embora já tenha me manifestado de forma diversa em outros autos, tenho que no presente caso a r. decisão deve ser confirmada ante a presença dos requisitos legais autorizadores do deferimento da liminar ora questionada.

Como se sabe, a liminar

é medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático. Pode ou não ter caráter cautelar e tem previsão legal para ser concedida em vários tipos de ação, ao contrário da medida cautelar, que só pode ser concedida em ação cautelar (NERY JÚNIOR, Nelson, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2001, p. 1.235).

Assim, para a concessão de tal medida, exige-se a presença de dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso sob exame, tenho que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se fazem presentes, pois os elementos constantes dos autos, principalmente os depoimentos constantes de f. 443, 484/486-TJ, não deixam dúvida acerca da participação do agravante na prática dos alegados atos de improbidade administrativa.

Nesse contexto, apesar da existência de prova do enriquecimento ilícito do recorrente no valor de R\$ 14.000,00, tenho que não se afigura desproporcional o bloqueio determinado, o qual poderá ser adequado ao montante final, quando do julgamento da ação.

É bem verdade que, para a decretação de indisponibilidade ou seqüestro de bens, deve ser especificada a quantificação do prejuízo alegado, sob pena de violação da ampla defesa e do devido processo legal, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

A decretação da indisponibilidade e o seqüestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula. 6. Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado (STJ - AGREsp 422583-PR - 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado - DJU de 09.09.2002).

Todavia, na hipótese *sub judice*, a indisponibilidade foi limitada em R\$ 318.300,00, a ser individualizada após a quebra do sigilo fiscal e término da apuração dos fatos.

Sobre o tema, é o entendimento jurisprudencial:

Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ausência de citação do município. Litisconsórcio facultativo. Nulidade. Não-ocorrência. Indisponibilidade de bens. Lesão ao erário. Aplicação da Lei nº 8.429/92 a fatos ocorridos antes de sua vigência. Súmula 7/STJ. Recurso especial improvido.

1. Na ação civil pública de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público, a falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, a teor do disposto no art. 17, § 3º, da Lei nº. 8.429/92, com a nova redação dada pelo art. 11 da Lei nº 9.366, de 1996, não tem o condão de provocar a nulidade do processo.

2. Os preceitos da Lei nº 8.429/92 podem ser aplicados a fatos ocorridos antes de sua vigência. A indisponibilidade

dos bens pode recair sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano, mesmo sobre aqueles adquiridos antes do ato de improbidade administrativa, independente de comprovação de que eles tenham sido adquiridos de forma ilícita (art. 7º da Lei nº 8.429/92).

3. O Tribunal de origem reconheceu o *periculum in mora* e a necessidade em se assegurar integral ressarcimento dos bens diante da comprovação de atos de improbidade administrativa cometidos pelo recorrente, baseando-se em fatos e provas contidos nos autos, o que não pode ser afastado, uma vez que, para tanto, faz-se necessário, obrigatoriamente, o reexame do conjunto probatório, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a Súmula n. 7/STJ.

4. Recurso especial improvido (REsp 886.524/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 23.10.2007, DJ de 13.11.2007, p. 524).

Ademais, a concessão de liminar é faculdade cometida ao prudente arbítrio do Juiz ante a prova dos autos, que poderá, a qualquer momento e desde que haja elementos suficientes, rever sua decisão.

De igual forma, não assiste razão ao agravante ao insurgir-se contra a quebra de seu sigilo bancário e fiscal sob o argumento de ausência de prova de sua participação nos fatos alegados na exordial.

É certo que o desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido acarretaria violação a diversas garantias constitucionais.

Todavia, em defesa da probidade administrativa, a inadmissibilidade das provas ilícitas, por ofensa às inviolabilidades constitucionais, deve ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais, dentre eles o da moralidade e o da publicidade.

Desse modo, é exigido do administrador público, no exercício de sua função, o fiel cumprimento dos princípios da administração, especialmente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com respeito aos princípios da razoabilidade e justiça.

O dever de honestidade está intimamente ligado ao princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Dessa forma, da interpretação conjunta dos princípios da moralidade e da publicidade, veda-se ao agente público valer-se da inviolabilidade da intimidade e da vida privada para a prática de atividades ilícitas, visto que na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser adotado o sentido que assegure sua maior eficácia, vedada a interpretação que diminua sua finalidade e o seu alcance.

Por sua vez, a quebra dos sigilos bancário e fiscal se justifica em busca da verdade real, porque necessária para comprovar as condutas delitivas atribuídas ao recorrente, caracterizadoras da improbidade administrativa.

Aliás, como se sabe, não existe direito absoluto. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de asse-

gurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado etc., resultando daí restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade.

Esta, sem dúvida, a hipótese dos autos.

Por certo que a garantia constitucional do sigilo bancário cede perante a supremacia do interesse público, como vêm decidindo reiteradamente os Tribunais pátrios:

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra de sigilo. Irregularidades de pagamento. Desvio de recursos. Exame de contas do impetrante. *Noitia criminis* de fatos causadores de prejuízos à união. 1. A quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de interesse público superior, posto proteção não consubstanciadora de direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo. 2. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10.01.2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo ao Poder Legislativo e à CPI obter informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. 3. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE nº 219780/PE, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999 e do STJ: RMS 15364/SP, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Min. Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Min. Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta relatoria, DJ de 28.02.2005. 4. Deveras, *in casu*, descabida a insurreição contra decisão judicial, que determina a apresentação de documentos necessários à instrução de procedimento investigatório engendrado pelo Ministério Público Federal, notadamente porque o direito à intimidade não se aplica à hipótese vertente, na medida em que à Administração Pública incumbe velar pela transparência no trato do interesse coletivo. 5. Recurso ordinário desprovido (RMS 20.350/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 15.02.2007, DJ de 08.03.2007, p. 159).

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Efeito meramente devolutivo. Procedimento preparatório para instauração de inquérito civil. Quebra de sigilo bancário. Possibilidade. Ausência de notificação. Irrelevância. Decisão devidamente fundamentada. Prevalência do interesse público. 1. Mandado de segurança impetrado contra decisão de primeiro grau que, em procedimento preparatório para instauração de inquérito civil, deferiu a quebra do sigilo bancário do impetrante. 2. A legislação constitucional e a infraconstitucional desejaram a concessão de efeito meramente devolutivo ao recurso ordinário em mandado de segurança, assim como ao recurso especial. A aspiração de alcançar a eficácia suspensiva só deve ser atendida em casos excepcionalíssimos, o que se efetiva nesta Corte por meio do procedimento acatelatório (art. 288/RISTJ) diante da constatação de situação excepcional ou teratoló-

gica. 3. Consoante posicionamento jurisprudencial desta Corte, a inexistência de inquérito civil instaurado não é óbice à concessão da medida impugnada. 4. A ausência de notificação sobre a quebra do sigilo bancário não ofende o princípio do contraditório, visto que o mesmo não prevalece na fase inquisitorial. 5. Considera-se devidamente fundamentada a decisão que determina a quebra de sigilo bancário do impetrante, quando sobre este pesa suspeita da prática de atos ímprobos, os quais não poderão ser esclarecidos senão mediante o deferimento da medida extrema. 6. O direito à privacidade é constitucionalmente garantido. Todavia, não é absoluto, devendo ceder em face do interesse público. 7. Se, de um lado, é certo que todos têm direito ao sigilo bancário como garantia à privacidade individual, de outro, não é menos certo que, havendo indícios de improbidade administrativa, impõe-se a quebra dos dados bancários do Administrador Público. Isso porque a proteção constitucional não deve servir para acobertar prática de atos delituosos. 8. Recurso ordinário desprovido (RMS 15.771/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. em 27.05.2003, DJ de 30.06.2003, p. 133). No que diz respeito ao afastamento do agravante, mais uma vez, falece-lhe razão. Isso porque não se desconhece que o art. 20 da Lei nº 8.429/92 determina que a perda da função só se efetivará com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Esta é, com efeito, a regra. Excepcionando-a, porém, o parágrafo único do referido artigo dispõe que o afastamento do agente público poderá ocorrer se a medida se fizer necessária à instrução processual. Tem-se, pois, uma exceção à norma de inafastabilidade prévia do agente, a indicar uma interpretação restritiva do seu conteúdo. Ora, o que deve ser perquirido no momento da averiguação relativa ao afastamento prévio do agente público do exercício do seu cargo é se está ele obstaculizando a instrução processual. Vale dizer, é preciso se aferir, objetiva e concretamente, a influência negativa deste na coleta de provas.

No caso em comento, como bem observado pelo MM. Juiz singular, os elementos constantes dos autos dão conta de que o recorrente exerceu pressão sobre Roberto Lima Neves e Valdir Pimenta Ramos para que o último mentisse durante as investigações. É o que se infere do depoimento de Valdir Pimenta Ramos constante de f. 484/486-TJ.

Assim, não vejo qualquer irregularidade na decisão monocrática que, de forma fundamentada, deferiu as liminares requeridas pelo autor.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo recorrente.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

**Súmula:** PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR, QUE REJEITAVA PRELIMINARES E NEGAVA PROVIMENTO.

#### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Marcela Campos.

DES. KILDARE CARVALHO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.04.2008, a pedido do Primeiro Vogal, após votar o Relator, rejeitando as preliminares e negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Silas Vieira.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos na sessão de julgamento próxima pretérita e, após detida análise dos autos, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, razão pela qual o acompanhamento para rejeitar preliminares e negar provimento ao recurso.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

*Súmula:* REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Assistência judiciária - Impugnação - Declaração de pobreza - Presunção *juris tantum* - Impugnante - Prova em contrário - Capacidade econômica - Indeferimento do benefício**

Ementa: Impugnação ao pedido de assistência judiciária. Declaração de pobreza firmada pela parte. Lei 1.060/50. Presunção *juris tantum* de veracidade. Prova em contrário dos impugnantes. Pedido procedente. Decisão reformada.

- A declaração de pobreza firmada pelo requerente da assistência judiciária goza de presunção *juris tantum* de veracidade, sendo da parte contrária o ônus da prova para sua desconstituição, no sentido de que possui a impugnada condições de arcar com as custas do processo, o que, no caso, restou satisfatoriamente demonstrado através dos documentos trazidos aos autos pelos impugnantes.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.04.039529-2/001 (em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.03.028600-6/001) - Comarca de Curvelo - Apelantes: Ricardo Manduca e outros - Apelada: Noêmia Francisca de Almeida - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado 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, 23 de abril de 2008. - *Selma Marques* - Relatora.

#### **Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. Ivan Paulo Batista de Aredes.

DES.ª SELMA MARQUES - Conheço do recurso, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 94/95, a qual julgou improcedente o pedido nos autos do incidente de impugnação à assistência judiciária ajuizado por Ricardo Manduca e outros contra Noêmia Francisca de Almeida, confirmando a decisão anterior concessiva do benefício impugnado.

Irresignados, f. 97/100, buscam os apelantes a reforma da r. decisão, sustentando a necessidade do indeferimento dos benefícios da gratuidade judiciária, porquanto demonstrada a capacidade financeira da impugnada para arcar com as custas do processo.

Com razão os recorrentes.

Cumprе registrar, inicialmente, que, para a obtenção da assistência judiciária, deve o interessado firmar declaração de que não possui condições de arcar com os ônus do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família, não bastando a simples afirmação nos autos de sua miserabilidade.

O benefício da gratuidade da justiça visa liberar aquele que dele dispõe de realizar o pagamento das despesas dos atos processuais, bem como das custas e honorários advocatícios.

Tal afirmação constitui presunção *juris tantum* de que o interessado é necessitado, a qual somente será afastada mediante prova em contrário produzida pelo impugnante, ônus que lhe incumbe, à luz do art. 7º da Lei 1.060/50, ou quando até mesmo o próprio juiz da causa, considerando outras provas e circunstâncias dos autos, julga insubsistente a afirmação pura e simples do interessado e indefere o benefício.

Essa é a posição por mim defendida e que tive oportunidade de manifestar no exercício de minhas funções no primeiro grau de jurisdição, ressaltando que, em grande parte dos julgados, proporcionei ao impugnante a oportunidade de realizar provas e, em casos de dúvida quanto à afirmação de pobreza, determinava, de ofício, outras diligências.

No caso em tela, a ilustre Juíza de primeiro grau julgou improcedente o incidente de impugnação à assistência judiciária.

Ao exame dos autos, entendo, entretanto, que o benefício não deve ser concedido à impugnada, uma vez que os elementos trazidos ao processo não me convencem da incapacidade alegada, pois, de acordo com o art. 5º, LXXIV, da CF, deve haver a comprovação da

insuficiência de recursos, como meio capaz de formar o convencimento do juiz acerca da concessão ou não do benefício, o que não foi feito no presente caso.

Ao lado disso, a impugnação ao pedido de assistência judiciária interposta encontra-se lastreada nos documentos juntados pelos recorrentes, f. 05/38, que demonstram ter a apelada condições financeiras de arcar com as custas do processo.

Ademais disso, os documentos trazidos pela própria recorrida às f. 53/58 não se prestam como prova da alegada insuficiência de recursos.

A respeito:

**Ementa:** Impugnação ao pedido de assistência judiciária. Declaração de pobreza firmada pela parte. Atendimento ao estabelecido na Lei 1.060/50. - Para o deferimento da assistência judiciária gratuita, é suficiente que a parte declare nos autos, por si ou por seu procurador, em qualquer fase do processo, que não dispõe de recursos necessários para garantir o direito de promover ação, devendo lhe ser deferido o benefício, com efeitos *ex nunc*, podendo, no entanto, ser revogado a qualquer momento, desde que a outra parte produza prova suficiente em contrário (TAMG - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível 381.511-2, conexa com a Apelação Cível 381.510-5 - Relatora Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - j. em 02.04.2003).

E, na hipótese em exame, os recorrentes produziram prova suficiente em contrário à alegação de pobreza firmada pela apelada, devendo a r. sentença ser reformada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença, julgando procedente a impugnação à assistência judiciária.

Custas recursais, pela apelada.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo.

DES. AFRÂNIO VILELA - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

### **Execução fiscal - § 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal - Constitucionalidade - Suspensão do processo - Fazenda Pública - Requerimento - Intimação pessoal - Desnecessidade**

**Ementa:** Apelação cível. Execução fiscal. Constitucionalidade do § 4º do art. 40 da LEF. Suspensão do processo. Requerimento da Fazenda Pública. Desnecessidade de intimação.

- O § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 não regula matéria reservada à lei complementar, já que define tão-somente o procedimento para a decretação de prescrição intercorrente.

- A Fazenda Pública não pode alegar a nulidade do procedimento por ausência de intimação pessoal acerca da suspensão do processo, quando o referido provimento foi deferido em razão de requerimento expresso da exequente, que deveria diligenciar para dar andamento ao feito após o transcurso do prazo.

Recurso conhecido, mas desprovido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.96.040191-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apeladas: Gato Selvagem Indústria e Comércio Ltda., Leila Aparecida Cirino Augusto - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2008. - *Albergaria Costa* - Relatora.

### **Notas taquigráficas**

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 64/65, que, reconhecendo a prescrição intercorrente, julgou extinta a execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Gato Selvagem Indústria e Comércio Ltda. e outra.

Em suas razões recursais, a apelante sustentou que o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 ordena seja aberta vista ao representante judicial da Fazenda Pública após a suspensão do curso da execução.

Assinalou que o art. 25 impõe a intimação pessoal do representante judicial da Fazenda, o que significa que só se poderia cogitar do início da prescrição intercorrente após 27.09.2005, não tendo sido consumado o prazo prescricional.

Afirmou que o § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais é inconstitucional, já que a matéria de prescrição deve ser regulamentada por lei complementar.

Assinalou que a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça não tem aplicação ao caso concreto.

Pediu o provimento do recurso.

Sem contra-razões, tal como certificado à f. 75-v.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, conforme orientação da Súmula nº 189 do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Conhecido o recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, passa-se ao exame da constitucionalidade do § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Como se sabe, o art. 146, III, b, da Constituição Federal reservou à lei complementar a matéria de prescrição e decadência tributárias.

No entanto, a norma cuja constitucionalidade é discutida não estabelece critérios para interrupção e suspensão ou prazos prescricionais para os créditos tributários. Ao contrário, a regra tem nítido caráter processual, definindo o procedimento que deve ser seguido para a declaração da prescrição intercorrente.

Com efeito, a norma poderia ser instituída por meio de lei ordinária, visto que a Constituição Federal não reserva à lei complementar as matérias relativas ao direito processual civil.

Ultrapassada essa questão, verifica-se que o núcleo da controvérsia se refere ao exame da necessidade de intimação pessoal do representante judicial da Fazenda Pública acerca da suspensão da execução fiscal e do término do referido prazo, com o conseqüente arquivamento dos autos.

Compulsando os autos, verifica-se que a Fazenda Pública, em 17.12.1997 (f. 56), requereu a suspensão do processo.

Decorrido o prazo de suspensão, a decisão de f. 57 determinou o arquivamento dos autos.

Transcorridos mais de cinco anos, a Fazenda Pública foi intimada a se manifestar acerca do término do prazo de suspensão (f. 57-v.).

Como se observa pelo exame dos autos, em nenhum momento o procurador da Fazenda Pública foi intimado acerca da suspensão ou do arquivamento do feito.

Contudo, o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 só exige a intimação do representante da Fazenda Pública na hipótese prevista no *caput*, ou seja, quando o próprio juiz ordena o arquivamento do feito.

Veja-se a redação do dispositivo legal:

Art. 40 - O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

No caso em apreço, a suspensão foi requerida pela própria Fazenda Pública, que deveria adotar as diligências cabíveis para dar andamento ao feito após o transcurso do prazo. Não é possível alegar qualquer prejuízo quanto à ausência de intimação se a suspensão do processo foi conseqüência de um requerimento da apelante acolhido pelo Juízo.

Pelo mesmo motivo, a apelante não precisava ser intimada acerca do término do prazo de suspensão, já

que a contagem do prazo flui independentemente de qualquer provimento judicial.

Nesse sentido, *mutatis mutandis* é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental - Recurso especial - Processo civil - Falta de intimação pessoal da Fazenda Nacional - Aplicação do princípio da instrumentalidade - Ausência de prejuízo à Fazenda.

- É cediço o entendimento deste Sodalício no sentido da indispensabilidade da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública nos autos da execução fiscal. Entretanto, no caso específico dos autos, andou bem o Tribunal de origem ao decidir que a ausência de intimação da Fazenda Nacional acerca do arquivamento da execução não importou em qualquer prejuízo para o ente público, uma vez que a própria União requereu o referido arquivamento, o que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau.

- Necessária a observância do princípio da instrumentalidade das formas, acolhido no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 244 do Código de Processo Civil.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 495.904/ES, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 06.09.2005, DJ de 2006, p. 245.)

Decorrido o prazo de suspensão, a Lei nº 6.830/80 autoriza o arquivamento do feito e não estabelece a necessidade de intimação da Fazenda Pública sobre a prática desse ato.

E, com o advento da Lei nº 11.280/2006 - que alterou a redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil -, o juiz pode decretar, de ofício, a prescrição, sendo desnecessária qualquer oitiva prévia do credor.

De qualquer modo, a apelante foi pessoalmente intimada acerca do decurso do prazo de suspensão.

Ressalte-se que é dispensável qualquer indagação acerca da aplicabilidade da Súmula 314 do STJ ao caso concreto, uma vez que indiscutível a ocorrência da inércia por mais de cinco anos e, por via de conseqüência, do transcurso do prazo prescricional.

Ante o exposto, em face da inexistência de qualquer irregularidade, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a sentença de primeiro grau.

Custas, pela apelante.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais apela da r. sentença que, de ofício, reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente, nos autos da execução ajuizada contra os apelados.

Alega, em síntese, que não foi intimada pessoalmente antes do decreto da prescrição intercorrente.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos para sua admissão.

Tal como a eminente Desembargadora Relatora, nego provimento ao recurso, fazendo-o, todavia, aos seguintes fundamentos.



Entendo que não se extingue processo de execução nas hipóteses previstas no § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, sem intimar, preliminarmente, a Fazenda Pública.

Todavia, na hipótese sob exame, não considero que houve negativa de vigência ao referido dispositivo legal, já que, antes do decreto de prescrição, a Fazenda Pública foi intimada, mediante vista dos autos, negando, inclusive, a ocorrência de prescrição intercorrente. Por isso, não lhe cabe agora rediscutir nulidade processual a tal título.

Dessa forma, considero cumprida a exigência do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, em face da clareza do que dispõe o parágrafo único do art. 25 da Lei 6.830/80, segundo o qual a intimação pessoal ao representante judicial da Fazenda Pública "poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria".

Diante do exposto, nego provimento a o recurso.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com a Relatora.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Repetição de indébito - Locação - Bem móvel -  
ISS - Item 79 do Decreto-lei 406/68 -  
Inconstitucionalidade - Lei Complementar 56/87 -  
Precedentes do STJ -  
Prescrição decenal**

Ementa: Repetição de indébito. Locação de bens móveis. ISSQN. Inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-lei 406/68 com a redação dada pela Lei Complementar 56/87. Precedentes do STF. Prescrição decenal.

- Na esteira de recentes julgados do Excelso Pretório, padece de inconstitucionalidade o item 79 do Decreto-lei 406/68, que prevê a incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis.

- "O prazo prescricional para a repetição/compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado do termo final do prazo atribuído ao Fisco para realizar a homologação" (REsp 905.536/DF, DJ de 26.06.2007, Rel. Des. José Delgado)

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.03.057300-0/001 em conexão com 1.0024.03.894656-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda da**

**Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Locbrás - Locadora de Ferramentas Elétricas Ltda. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: DES. SILAS VIEIRA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, E DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008. - *Silas Vieira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. SILAS VIEIRA - Cuida a espécie de recurso de apelação interposto em face da sentença de f. 430/436, proferida nos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito ajuizada por Locbrás - Locadora de Ferramentas Elétricas Ltda. em face do Município de Belo Horizonte, por via da qual o MM. Juiz da causa julgou parcialmente procedente o pedido vertido na exordial a fim de:

- a) Declarar no caso concreto inconstitucionais o item 79 das listas anexas ao Decreto-lei 406/68, enquanto o mesmo nesta parte ainda vigorava, e a Lei Municipal nº 5.641/89, no que diz respeito à locução 'locação de bens móveis';
- b) Declarar a inexigibilidade do ISS - Imposto Sobre Serviços calculado exclusivamente sobre as operações de locação de bens móveis realizadas pela autora a partir da data inserida na decisão que, nos autos da Ação nº 03.894.656-2, acostada a este feito, concedeu à mesma o direito de depositar em juízo os valores que seriam eventualmente devidos por conta desta exação; e,
- c) Condenar o município-réu a devolver à mesma os valores que, a título de Imposto Sobre Serviços - ISS e exclusivamente em relação às operações de bens móveis realizadas, tiver dela recebido durante o período de tempo compreendido entre o mês de agosto de 1998, isto é, cinco anos a contar retroativamente do ajuizamento da presente ação, e o mês de abril de 2003, ou seja, data constante da decisão liminar de f. 60 dos autos da Cautelar nº 03.894.656-2 em apenso. Em suas razões (f. 437/444), a Locbrás sustenta, em linhas gerais, que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, 'o lapso temporal para devolução de tributos recolhidos indevidamente é de dez anos, contados do fato gerador do tributo', ou seja, consagrou a tese dos cinco mais cinco, na hipótese de tributos lançados por homologação, como é o caso do ISSQN.

O recurso não foi respondido.

É o relato.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

À míngua de preliminares, passo ao exame do mérito.

Revelam os autos que Locbrás - Locadora de Ferramentas Elétricas Ltda. ajuizou ação declaratória c/c repetição de indébito em face do Município de Belo Horizonte, batendo-se contra a cobrança de ISS nas operações de locação de bens móveis.

O Magistrado da causa reconheceu a inconstitucionalidade da exação e condenou a Municipalidade à repetição do indébito desde agosto de 1998 até abril de 2003.

Pois bem.

Enfrentando o cerne da controvérsia, relativamente à incidência de ISSQN sobre locação de bens móveis, reputava devido referenciado tributo, não vislumbrando eiva de inconstitucionalidade no item nº 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87.

Com efeito, entendia que a locação de bens móveis implicava a venda de um bem imaterial, consistente justamente no serviço, e como tal podia perfeitamente ser tributado pelo ISSQN sem qualquer violação ao art. 156, III, da CR.

Isso porque, conforme sustentei em outros julgados, na locação de bens móveis prepondera a utilização de um serviço, e não o uso e gozo da coisa. *Mutatis mutandis*, a atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária, em casos tais, é precipuamente a oferta do serviço de locar bens móveis.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, em sua nova composição, vem reiteradamente decidindo pela impossibilidade de incidência de ISSQN na locação de bens móveis (RE-AgR 446003/ PR, RE-AgR 464477/MG, AI-AgR 543317/RJ, AI-AgR 551336/RJ).

Tais decisões corroboram o entendimento já assentado no Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis', constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto nº 406/68, na redação dada pela Lei Complementar nº 56/87.

O argumento utilizado pelo Pretório Excelso é o de que a locação de bens móveis não se caracteriza como serviço, e sim verdadeira obrigação de dar, o que impede a incidência do ISSQN. A título de ilustração, trago à baila excerto do voto proferido pelo em. Min. Celso de Mello no julgamento do RE-AgR 446003/PR (DJ de 04.08.2006), que bem elucida a controvérsia instaurada nestes autos:

[...] a locação de bens móveis não se identifica nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico - considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material - não envolve a prática de atos que consubstanciem um *praestare* ou um *facere*.

Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 565 do vigente Código Civil (que reproduz idêntica disposição contida no art. 1.188 do Código Civil de 1916): "Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição".

Num cenário como o que se apresenta, desde então me ombreei às decisões da Corte Suprema de modo a reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis.

Assim sendo, entendo que merece confirmação a sentença na parte em que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do ISSQN nas operações de locação de bens móveis.

Quanto ao percentual de juros e aos índices de correção monetária bem como em relação aos termos iniciais de incidência dos referidos encargos, o *decisum* também se encontra irretocável.

Lado outro, não corroboro a tese perfilhada pelo Município e acolhida pelo Julgador singular relativamente ao cômputo do prazo prescricional de cinco anos para o pleito de repetição de indébito em apreço.

Explico.

Como sabido, o ISS é tributo apurado e recolhido pelo próprio sujeito passivo, sendo que a homologação, ato privativo da Administração Fazendária, ocorre posteriormente, de forma expressa ou de forma tácita, em conformidade com o art. 150, *caput* e § 4º, do CTN, *verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Na hipótese, como não houve pronunciamento expresse, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, reputando-se homologado, tacitamente, o crédito cinco anos após a ocorrência do fato gerador, quando se considera extinto o crédito tributário.

A partir de tal data, inicia-se novo prazo de cinco anos, *ex vi* do art. 168, I, do CTN, que assim pontifica:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

Corroborando tal posicionamento, a doutrina de Hugo de Brito Machado, o qual adverte que a homolo-

gação é que extingue o crédito tributário, nos tributos sujeitos a tal tipo de lançamento, correndo, a partir daí, o prazo a que alude o mencionado art. 168, I, do CTN, senão vejamos:

Relevante é notar que o pagamento nem sempre extingue o crédito tributário. Se o pagamento é de tributo lançado, evidentemente esse pagamento extingue o crédito tributário. Em se tratando, porém, de pagamento antecipado, que ocorre nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o que extingue o crédito tributário não é o pagamento, mas a homologação. [...]

Realmente, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário efetivamente só se opera com a homologação, e como esta geralmente não se faz expressamente, o lançamento só se perfaz com a homologação tácita, vale dizer, após cinco anos da data do pagamento (in *Curso de direito tributário*, 22. ed., p. 179/180).

Assim sendo, chega-se à inarredável conclusão de que o prazo prescricional, em casos tais, é de 10 anos.

Nesse sentido, trago à colação excerto do voto proferido pelo em. Min. José Delgado, do colendo Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento do REsp 905.536/DF, *verbis*:

O prazo prescricional para a repetição/compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado do termo final do prazo atribuído ao Fisco para realizar a homologação (DJ de 26.06.2007).

Pois bem. Transplantando esse entendimento para o caso dos autos e considerando que a ação cautelar em apenso foi ajuizada em abril de 2003, entendo que a autora faz jus à repetição do indébito relativo ao período de agosto de 1993 a abril de 2003.

De resto, devo esclarecer que, com o advento da LC 118/05, que promoveu diversas alterações no Código Tributário Nacional, os Pretórios vêm-se inclinando no sentido de que o prazo para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, ao acolher a arguição de inconstitucionalidade suscitada nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 644.736/PE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki), deixou assentada a impossibilidade de aplicação retroativa da novel legislação. Confira-se a ementa:

Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1º

Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos Poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Arguição de inconstitucionalidade acolhida (DJ de 27.08.07).

Assim sendo, às ações ajuizadas antes da LC 118/05, como na espécie, aplica-se o lapso prescricional de 10 anos.

Frente ao deduzido, em reexame necessário, confirmo a sentença. Dou provimento ao recurso, a fim determinar que a repetição do indébito tributário seja realizada no período de agosto de 1993 a abril de 2003.

Considerando o resultado do julgamento, o Município de Belo Horizonte arcará com a integralidade das custas processuais.

Arbitro os honorários de sucumbência em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Custas recursais, pelo apelado.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, só lhe pedindo vênias para afirmar ser dispensável, por irrelevante, a instauração do incidente respectivo perante a eg. Corte Superior deste Sodalício, a teor do disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC e no inc. I do § 1º do art. 248 do RITJMG.

Em face do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença e dou provimento ao recurso nos termos do dispositivo do voto do em. Relator.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. FERNANDO BRÁULIO - De acordo.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

**Ação monitória - Confissão de dívida - Instrumento particular - Documento hábil - Questão de direito - Art. 515, § 3º, do CPC - Inadimplência - Vencimento da dívida - Encargos moratórios - Comissão de permanência - Correção monetária - Juros e multa - Cumulação - Impossibilidade**

Ementa: Ação monitória. Instrumento particular de confissão de dívida. Documento hábil. Questão de direito. Art. 515, § 3º, do CPC. Inadimplência. Vencimento da dívida. Encargos moratórios. Comissão de permanência. Súmula 294 do STJ. Encargo inacumulável com a correção monetária, juros e multa.

- O instrumento particular de confissão de dívida que instrui a inicial é documento hábil à propositura de ação monitória.

- Conforme a inteligência do art. 515, § 3º, do CPC, nos casos de extinção do processo, sem julgamento de mérito, o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

- É lícita, conforme orienta o STJ, a cobrança de comissão de permanência após o vencimento da dívida, quando observada a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios ou multa contratual. No caso, tal encargo deve ser calculado a partir da data do vencimento antecipado da dívida até a data do ajuizamento da ação. A partir de então, incidem juros e correção monetária.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.98.062910-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MGI - Minas Gerais Participações S.A. - Apelados: MP Meira Imobiliária e Advocacia Ltda., Manoel Pereira Meira, Mônica Barreto Meira - 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2008. - *Armando Freire* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de apelação interposta por MGI - Minas Gerais Participações S.A. contra sentença que, em ação monitória ajuizada em face de MP Meira Imobiliária e Advocacia Ltda., Manoel Pereira Meira e Mônica Barreto Meira, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, por força do art. 267, inciso VI, do CPC, sob o fundamento de que os cálculos apresentados, não obstante a elaboração de planilha, não caracterizam documento escrito hábil a possibilitar instauração de procedimento monitório, uma vez que não há indicação precisa dos cálculos utilizados para se chegar ao valor buscado no feito.

Inconformado, o autor aviu recurso de apelação às f. 201/207. Sustentou, em síntese, que:

- o documento escrito que embasa a ação monitória não é a planilha de cálculos e sim o contrato firmado pelas partes litigantes;
- a planilha apenas atualiza a dívida nas condições preestabelecidas no contrato;
- o contrato foi firmado pelas partes litigantes; logo, não foi unilateral;
- apesar de regularmente intimado, não houve qualquer produção de prova em contrário por parte do recorrido, militando em favor do credor a presunção da dívida.

Por fim, requer a reforma da sentença e, com base no art. 515, § 3º, do CPC, o julgamento da lide pelo eg. Tribunal.

A apelação foi recebida em ambos os efeitos, conforme despacho de f. 209.

Não houve contra-razões.

Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pelo que se depreende dos autos, os réus figuram como devedores do crédito previsto no instrumento particular de confissão de dívida, datado de 08.12.1995, por meio do qual assumiram obrigação de pagar o valor de R\$ 101.741,31 (cento e um mil setecentos e quarenta e um reais e trinta e um centavos), em 24 parcelas mensais e sucessivas, a partir de 8 de janeiro de 1996 (f. 16/18). Tal contrato foi firmado entre os réus e o Banco do Estado de Minas Gerais - Bemge, que cedeu os seus créditos à MGI - Minas Gerais Participações S.A., ora apelante, que, na qualidade de cessionária, sub-rogou-se em todos os direitos e garantias vinculados ao contrato.

Os devedores efetuaram o pagamento de apenas uma parcela contratada. Diante de sua posterior inadimplência, a dívida restou vencida antecipadamente, em 6 de fevereiro de 1996, quando a obrigação correspondia ao valor de R\$ 106.455,19 (cento e seis mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e dezenove centavos).

Tais fatos são incontroversos.

Em sede de embargos, os réus alegaram seu inconformismo frente aos cálculos apresentados pelo autor, que não foram submetidos ao seu crivo e são totalmente aleatórios. Sustentam ser ilegítima a cumulação de comissão de permanência, multa contratual e juros moratórios, que consiste em ofensa ao art. 5º do Decreto nº 22.626/32 e retiraria do título executivo sua liquidez.

Assiste razão ao apelante quanto à possibilidade de o contrato firmado pelas partes litigantes ser documento hábil à propositura da ação monitória.

Conforme preceitua o art. 1.102a do CPC:

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

O objetivo do procedimento monitório é tornar mais célere o recebimento de dívidas àquele que não possui título executivo, mas apresenta documento que possua os atributos da certeza e liquidez. A prova escrita hábil a dar ensejo ao procedimento deve conter os requisitos de certeza do devedor (*an debeat*), trazendo inclusive o valor perseguido (*quantum debeat*).

Cumprido ressaltar que o nosso ordenamento jurídico exige a comprovação da probabilidade da existência do direito alegado pelo autor. Dessa forma, a prova escrita que preencha os requisitos de liquidez e certeza apresenta-se como pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e, por outro lado, sua ausência acarreta a extinção deste, sem julgamento de mérito, conforme a inteligência do art. 267, IV, do CPC.

A meu juízo, *data venia*, não vejo como concordar com a douta Juíza, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, ao argumento de que não havia documento hábil a possibilitar a instauração de procedimento monitório.

Sobre o tema, preleciona Cândido Rangel Dinamarco:

Para tornar admissível o processo monitório, o documento há de ser tal que dele se possa razoavelmente inferir a existência do crédito. A jurisprudência italiana aceita 'qualquer documento merecedor de fé quanto à autenticidade e portador de uma eficácia probatória do direito em si mesmo'. A propósito, a mais autorizada entre as vozes que se fizeram ouvir sobre o instituto na Itália (Eduardo Garbagnati) esclareceu que se consideram tais todos os documentos 'que tenham eficácia de prova plena em um processo ordinário de conhecimento'. E, embora não caiba

ao juiz julgar o mérito nesse momento, para avaliar a idoneidade do documento (*A reforma do Código de Processo Civil*, 3. ed. p. 234/235).

No caso dos autos, o apelante instruiu a inicial com instrumento particular de confissão de dívida.

Teotônio Negrão, em seu CPC, 30. ed., cita especificamente como exemplo de documento que pode embasar a monitória "o documento particular de reconhecimento de dívida não assinado por duas testemunhas" (p. 875).

Portanto, fora de sintonia com tais orientações a decisão proferida. A inicial veio instruída com documento hábil à pretensão monitória, nos termos da legislação pertinente.

Ultrapassada tal análise, verifico que a causa versa sobre questão unicamente de direito, e, estando em totais condições de julgamento imediato, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, compete o julgamento da lide, nesta oportunidade.

Cumprido esclarecer que, para solucionar tal questão, é necessária a análise do contrato celebrado pelas partes e o cálculo da dívida executada, que, de acordo com o apelante, perfaz o total de R\$ 334.542,98 (trezentos e trinta e quatro mil quinhentos e quarenta e dois reais e noventa e oito centavos).

O contrato estabelece a incidência de:

- multa de 10% sobre o débito em aberto;
- juros de mora de 1% ao mês;
- comissão de permanência calculada de acordo com as normas do Banco Central do Brasil.

O embargante não nega a existência da dívida. O caso exige, então, uma reflexão acerca da validade das cláusulas contratuais aplicáveis.

Consoante orientação do STJ:

Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula nº 294).

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Súmula nº 296).

É lícita, conforme conclui o STJ, a cobrança de comissão de permanência após o vencimento da dívida, quando observada a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato. Todavia, com apoio em respeitáveis precedentes jurisprudenciais, pacificou entendimento segundo o qual não é permitida sua cumulação com a correção monetária (Súmula nº 30/STJ), juros remuneratórios, juros moratórios ou multa contratual.

Vedada a cobrança cumulativa da comissão de permanência com os juros remuneratórios, juros de mora e multa, já que estes se encontram, também, na composição daquela (Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 704649/MG (2004/0165634-6), 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 28.06.2005, unânime, DJ de 24.10.2005).

(...) A comissão de permanência não pode ser cumulada com correção monetária, multa e juros de mora. Agravo regimental não provido (...) (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 725390/RS (2005/0024988-8), 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 27.09.2005, unânime, DJ de 21.11.2005).

De modo idêntico à 3ª Turma, a 4ª Turma do STJ manifesta:

(...) Na linha da jurisprudência do STJ, a comissão de permanência é devida no período de inadimplência, sem cumulação com a correção monetária, com os juros remuneratórios *stricto sensu*, com os juros de mora e com a multa contratual, devendo o seu cálculo considerar a variação da taxa de mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo 'Banco Central do Brasil', em conformidade com o previsto na Circular da Diretoria nº 2.957/99, limitada, no entanto, à taxa estipulada no contrato (...) (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 595447/RS (2003/0177633-1), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 03.11.2005, unânime, DJ de 19.12.2005).

(...) É certo que a comissão de permanência é lícita quando observada a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula 294/STJ). Ocorre que tal encargo não pode ser cumulado com a correção monetária e com os juros remuneratórios (Súmulas nºs 30 e 296 do STJ), ou, ainda, com os juros moratórios e com a multa contratual. Precedente. (...) (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 570825/RS (2003/0131953-9), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 02.08.2005, unânime, DJ de 22.08.2005).

Permite-se, pois, a incidência da comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato, sendo vedada apenas sua cumulação com os referidos encargos moratórios.

Já me manifestei nesse sentido em situação semelhante, no julgamento do processo nº 1.0629.04.019326 -6, do qual fui Relator.

A comissão de permanência é cobrada após o vencimento da dívida contratual em hipótese de inadimplemento do devedor, tendo característica dúplice, abrangendo encargos destinados à remuneração do capital e à atualização monetária.

Além disso, conforme registrou o Desembargador Alberto Vilas Boas:

(...) Outrossim, é certo que guarda similitude, também, com os juros moratórios. Isso porque a comissão de permanência somente incide após vencida a dívida e tem por fundamento remunerar o credor pelo inadimplemento e

impelir o devedor a cumprir sua obrigação, já que propicia um incremento da dívida, por incidir diariamente.

Por seu turno, os juros moratórios são devidos pelo atraso no cumprimento de uma obrigação exigível e, de igual forma, oneram a dívida.

Por isso: 'após o vencimento da dívida, a comissão de permanência também desempenha a função de juros moratórios, ou seja, remunera o credor pelo descumprimento de obrigação e coíbe o devedor a não incidir ou permanecer em mora. Assim, permitir a incidência cumulada desses encargos é cancelar a ocorrência do *bis in idem* condenável, pois estar-se-ia pagando por dois encargos contratuais que possuem a mesma natureza jurídica e desempenham a mesma função no contrato' (trecho do voto da Min.ª Nancy Andrighi - Agravo no REsp 400.921-RS).

Portanto, em havendo previsão contratual de cobrança cumulada dos encargos em referência, afastam-se os juros moratórios, permanecendo, apenas, a comissão de permanência (...) (Apelação Cível nº 2.0000.00.498050-7/000 - 28.03.2006. 1ª Câmara Cível do TJMG. Relator: Pereira da Silva. Data do acórdão: 28.03.2006. Data da publicação: 14.06.2006).

Por fim, conforme explica o citado desembargador, a comissão de permanência desempenha a mesma função da multa contratual:

(...) o cálculo da taxa de comissão de permanência se faz em consideração ao índice de inadimplência existente no mercado, com a prefixação das perdas e danos sofridas pelas instituições financeiras em razão da inadimplência das obrigações assumidas por seus devedores, como soa ocorrer com multa contratual, conclui-se que esses encargos desempenham a mesma função (...).

E conclui:

Por essa razão, não se justifica a cobrança cumulada de comissão de permanência com multa contratual, sob pena de ocorrência de dupla incidência de um mesmo encargo, como ocorre com os juros remuneratórios, a correção monetária e os juros moratórios.

Concluindo, não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (conforme Súmula nº 294 do STJ), sendo vedada, contudo, sua cumulatividade com taxas, juros remuneratórios/moratórios e multa contratual.

Feitas tais considerações, tem-se que, no caso em apreço, conforme exposto, o contrato prevê a cobrança cumulada de multa, juros de mora e comissão de permanência, para a hipótese de inadimplemento dos contratantes devedores.

E, segundo o exposto, o recorrente pleiteia o reconhecimento de seu crédito conforme planilhas e cláusulas contratadas, incidindo os encargos moratórios pactuados, ou seja, multa, juros de mora e comissão de permanência, do momento da inadimplência até o ajuizamento da ação e, a partir de então, incidindo os juros e correção monetária pela tabela da CGJ.

Aqueles encargos contratuais destacados não poderão coexistir, da forma pretendida. Mas, permite-se a incidência da comissão de permanência, prevista no contrato como sendo aquela "calculada de acordo com as normas do Banco Central do Brasil" (item 09 - f. 18).

Tal previsão contratual esclarece que as taxas praticadas equivalem àquelas calculadas pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, tal como exige a Súmula nº 294 do STJ.

Então, aprofundando no tema, peço vênia para registrar o esclarecimento feito pelo eminente Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido no julgamento do REsp 271.214 - RS, citado pelo Desembargador Mota e Silva:

*Data venia*, há uma má compreensão do que seja a comissão de permanência. No mundo atual, e fundamentalmente no nosso País, a taxa de juros constitui instrumento de política econômica, variável segundo as circunstâncias da conjuntura. Nada mais incompatível, portanto, com a comissão de permanência do que a exigência de que seja contratada segundo índices previamente conhecidos pelas partes. A taxa de mercado é a única referência adequada a sua função, vale dizer, a de que, findo o prazo contratual, sem o pagamento do débito, o custo do dinheiro seja remunerado pelos padrões da época, mantendo a base econômica do negócio. O critério tem mão dupla, aproveitando ao credor e ao devedor. Nessa linha, a egrégia 2ª Seção, no REsp nº 139.343, RS, de que fui Relator, decidi que o devedor não pode ficar preso a taxa de juros anormais, resultantes de momento transitório e excepcional (sessão de 22.02.2001, ainda não publicado). A comissão de permanência, cobrada aos juros de mercado, evita que o credor se enriqueça exigindo juros contratuais superiores - e impede que o devedor se valha da própria inadimplência para reduzir seus encargos contratuais. Excluir os juros remuneratórios após o vencimento do empréstimo constitui, do ponto de vista jurídico, um prêmio para o inadimplente, que mereceria, ao contrário, uma sanção - e, do ponto de vista econômico, a transferência dos custos do empréstimo para o credor, que, ao invés de lucro, suportará prejuízos, tanto maiores quanto for a duração da mora (trecho citado pelo Desembargador Mota e Silva no acórdão da Apelação Cível nº 1.0702.05.262556-4/003 em conexão com a Apelação Cível nº 1.0707.06.268987-3/001. Data do acórdão: 1º.02.2007. Data da publicação: 06.03.2007).

Assim, é lícita a incidência da comissão de permanência, se limitada à taxa contratada para os juros remuneratórios ("Encargos Pós-Fixados: TBF + 1,0% AM", f. 16 do contrato). O encargo deve ser limitado à taxa fixada pelas partes, de modo nunca superior à taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil.

A comissão de permanência deve incidir, nesses moldes, após a mora dos devedores, quando houve o vencimento antecipado da dívida contratada, ou seja, aos 6 de fevereiro de 1996, sobre o valor da dívida pendente de pagamento naquele instante, R\$ 106.455,19 (cento e seis mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e dezenove centavos).

Tal encargo deverá incidir da data do vencimento antecipado da dívida até a data do ajuizamento da ação. A partir de então, incidem juros e correção monetária pela tabela da egrégia Corregedoria de Justiça.

Conclusão.

Por tais motivos, dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer o instrumento particular de confissão de dívida como documento hábil a instruir a presente ação monitória.

Acolho parcialmente os embargos, para afastar a incidência de correção monetária, juros e multa, todavia mantendo a comissão de permanência, nos moldes descritos.

A comissão de permanência deverá incidir da data do vencimento antecipado da dívida até a data do ajuizamento da ação. A partir de então, incidem juros e correção monetária pela tabela da egrégia Corregedoria de Justiça.

Inverto os ônus sucumbenciais.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

### **Execução fiscal - Interesse de agir - Falta - Extinção da ação - Remissão do crédito - Possibilidade - Decreto Estadual nº 44.250/06 - Requisitos - Preenchimento**

Ementa: Direito tributário. Apelação. Sentença que extinguiu execução fiscal por falta de interesse de agir. Possibilidade de remissão do crédito. Decreto Estadual 44.205/2006. Preenchimento de requisitos. Requerimento de suspensão do feito, para verificação do preenchimento dos requisitos necessários à incidência da remissão.

- Em que pese seja recomendável a verificação dos requisitos, antes do ajuizamento da execução fiscal, a possibilidade de a remissão prevista pelo Decreto 44.250/2006 alcançar o crédito objeto da ação executiva não determina por si só a extinção da execução por falta de interesse de agir. Mormente em se atentando para o fato de que, conforme preceituam o art. 204 do Código Tributário Nacional e o art. 3º da Lei nº 6.830/80, o crédito tributário goza de presunção relativa de liquidez e certeza.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.07.068828-0/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelado: Almir Rodrigues Frois - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2008. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. JARBAS LADEIRA - Cuida-se de apelação contra sentença que extinguiu execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública estadual contra Almir Rodrigues Frois, pelo valor de R\$ 909,34, referente ao não-recolhimento de ICMS, conforme se verifica do exame das CDAs de f. 04/05.

Logo após a expedição do mandado de citação, avaliação e penhora, a exeqüente pugnou pela suspensão do feito, para verificar se o executado foi agraciado com a remissão concedida através do Decreto Estadual 44.250/2006, emitido nos termos do art. 6º da Lei nº 15.956/2005.

O Juiz primevo extinguiu a ação, por falta de interesse de agir, fundamentando que a Fazenda estadual não pode ingressar condicionalmente com a ação de execução fiscal, a fim de, no curso do processo, apurar o preenchimento das condições de que trata o aludido decreto.

Inconformada, apela a exeqüente, aduzindo que o procedimento de verificação requer uma margem de tempo para ser feito, não se tratando apenas de simples cálculos aritméticos para saber se o crédito está perdoado, tudo na forma dos argumentos expendidos nas razões de f. 17/23.

Subiram os autos em recurso voluntário, deixando o Magistrado *a quo* de determinar reexame necessário, pois o caso em tela se refere a valor inferior ao disposto no § 2º do art. 475 do CPC.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A apelante argumenta que, apesar de o valor econômico ser pequeno e haver possibilidade de remissão, há interesse do Estado no prosseguimento da execução fiscal em epígrafe. Sustenta que a falta da propositura tempestiva de execução pode acarretar a prescrição do crédito, daí o pedido de suspensão, para que a Fazenda possa prosseguir com a execução ou pedir eventual extinção, conforme as circunstâncias de cada caso, sem que o direito de cobrança do crédito seja atingido pelo aludido instituto da prescrição.

Compulsando atentamente os autos da ação em tela, tenho que não há falar em falta de interesse de agir da exeqüente, com a devida vênia. É dever da Fazenda Pública promover a cobrança em juízo dos créditos tri-

butários que uma vez recolhidos são revertidos em favor da população. Não tem como se identificar de imediato a incidência da remissão do crédito em exame, porquanto são vários os requisitos a serem preenchidos.

De se transcrever trecho do referido Decreto 44.250/2006, estabelecendo os critérios para a aplicação do benefício da remissão:

Art. 1º Fica remitado o crédito tributário relativo ao ICMS vencido até 30 de setembro de 2005, inclusive multas e juros, formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança, desde que seu valor apurado em 30 de dezembro de 2005 seja igual ou inferior a 1.500 UFEMG (mil e quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais).

Parágrafo único. Para a remissão a que se refere o caput, será considerada:

I - a soma dos créditos tributários de todos os estabelecimentos do mesmo contribuinte;

II - as reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975;

III - a UFEMG vigente em 30 de dezembro de 2005.

Art. 2º No caso de a soma dos créditos tributários apurada na forma do art. 1º ultrapassar o limite de 1.500 (mil e quinhentas) UFEMG, a concessão do benefício fica condicionada ao pagamento integral, até 31 de março de 2006, do débito remanescente, com os acréscimos legais incidentes até a data do efetivo pagamento.

(...)

Art. 3º O benefício de que trata este Decreto:

I - não alcança importância já recolhida até 29 de dezembro de 2005;

II - não se aplica ao sujeito passivo identificado no Auto de Infração como coobrigado;

III - não se aplica ao crédito tributário de contribuinte que se encontre na situação de omissão de entrega de DAPI 1, DAPI Simples ou GIA-ST, salvo se a regularização relativa à entrega das declarações ocorrer até 17 de março de 2006, devendo a obrigação tributária não paga constar do Termo de Autodenúncia de que trata o art. 2º;

IV - não se aplica ao imposto vencido até 30 de setembro de 2005 e que não tenha sido declarado pelo contribuinte até 17 de março de 2006;

V - estende-se ao crédito tributário constituído somente de multa isolada;

VI - aplica-se a débito remanescente de parcelamento em curso, sem prejuízo das reduções legais ou benefícios concedidos por ocasião de sua contratação.

Pela análise do trecho supratranscrito, vê-se que, por mais que o crédito exeqüendo seja relativo a ICMS, e vencido em 30.08.2005 (doc. de f. 04), portanto até 30 de setembro de 2005, existem vários outros requisitos a serem preenchidos para que o crédito seja contemplado com o benefício da remissão.

A extinção da execução, originada com base única e exclusivamente num pedido de suspensão da exeqüente, não é devida, mormente em se atentando para o fato de que, conforme prelecionam o art. 204 do Código Tributário Nacional e o art. 3º da Lei nº 6.830/80, o crédito tributário goza de presunção relativa de liquidez e certeza.



Todavia, insta salientar que, por medida de economia de dinheiro público e de tempo dos servidores e magistrados, é recomendável que a Fazenda Pública proceda à verificação dos requisitos para a aplicação da remissão a determinado crédito fiscal, antes do ajuizamento do feito executivo.

Nesse mesmo sentido, destaco ementa de decisões proferidas por este Tribunal, em ações similares:

Processo civil. Execução fiscal. Remissão de dívidas concedida pelo Estado. Possibilidade de inclusão do crédito em cobrança. Extinção prematura do processo. - O risco de a remissão concedida pelo Estado de Minas Gerais, nos termos do Decreto Estadual nº 44.250/2006, alcançar a dívida de ICMS objeto da ação não determina, por si só, a falta de interesse processual para o prosseguimento da execução fiscal nem autoriza a extinção prematura do processo, de ofício, antes da citação do executado. Dá-se provimento ao recurso (Apelação nº 1.0481.07.066565-0/001(1), Rel. Des. Almeida Melo, pub. em 09.08.2007).

Execução fiscal - Remissão da dívida - Não-comprovação do cumprimento de todos os requisitos exigidos para concessão do benefício. - Não se pode falar em extinção da execução com a aplicação do art. 26 da Lei 6.830/80, quando o decreto que dispõe sobre a remissão condiciona a concessão do benefício, bem como a extinção do processo, à comprovação do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, e o executado não comprova o cumprimento de tais requisitos (Apelação nº 1.0074.03.017872-2/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, pub. em 27.04.2007).

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao apelo, para determinar a volta dos autos à instância primeira, para que seja dado prosseguimento ao feito.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e CAETANO LEVI LOPES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

**Mandado de segurança - ISS - Base de cálculo -  
Locação de mão-de-obra -  
Taxa de agenciamento -  
Incidência apenas sobre a intermediação**

Ementa: Mandado de segurança. ISSQN. Base de cálculo. Incidência sobre a locação de mão-de-obra. Taxa de agenciamento. Excluídas as importâncias voltadas para o pagamento de salários e encargos sociais e previdenciários. Recurso improvido.

- No caso de empresa agenciadora de mão de obra o ISSQN incide apenas sobre a taxa de agenciamento, isto é, o preço da intermediação da mão-de-obra.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0027.06.079834-8/002 - Comarca de Betim - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Betim - Apelante: Município de Betim - Apelado: Gester - Gestão de Serviços Terceirizados Ltda. - Autoridade Coatora: Secretário Municipal da Fazenda de Betim - Relator: DES. ALVIM SOARES**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008. - *Alvim Soares* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ALVIM SOARES - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Perante a Primeira Vara Cível da Comarca de Betim, Gester - Gestão de Serviços Terceirizados Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Secretário Municipal da Fazenda, asseverando que exerce atividade de recrutamento, agenciamento, seleção e colocação, além do fornecimento de locação de mão-de-obra temporária; que, atuando na atividade de agenciamento de mão-de-obra temporária, age como intermediária entre a tomadora do serviço e o terceiro a ser contratado e, dessa forma, encontra-se compulsoriamente obrigada a recolher ISSQN; mais, afirmou que, nos contratos firmados sempre estão estipulados que os contratantes são obrigados a pagar uma parcela relativa à taxa de administração e outra parcela relativa aos salários, mesmo aos empregos temporários, incluídas as despesas com o INSS, FGTS e demais encargos trabalhistas; asseverou, ainda, que a municipalidade pretende cobrar o ISSQN sobre o valor total da nota fiscal emitida aos contratantes, de modo que faz incidir a exação sobre a folha de salários, o que, ao seu talante, é ilegal; após discorrer longamente, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, para que se reconheça o seu direito de considerar como base de cálculo do ISSQN apenas a parcela relativa à taxa de administração; juntou documentos.

À f. 65-TJ o MM. Juiz de Direito a quo indeferiu a inicial, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso de apelação às f. 66/74-TJ, buscando a reforma da decisão monocrática.

Neste Tribunal, esta Turma Julgadora deu provimento ao recurso, determinando, após cassar a sentença, que o douto Juiz de primeiro grau prolatasse nova sentença, como se entende de direito.

Após a volta dos autos à origem, o MM. Juiz prolatou a decisão de f. 142/151, concedendo a segu- rança, nos termos em que postulada na inicial.

Às f. 153/164-TJ, o Município de Betim interpôs recurso de apelação buscando a reforma do ato senten- cial; contra-razões às f. 167/174-TJ.

Aportaram neste Tribunal, novamente, através de reexame necessário e recurso voluntário, os autos pre- sentes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou- se nos autos às f. 181/188-TJ, opinando, em reexame necessário, pela confirmação da decisão, prejudicado o recurso voluntário.

*Data venia*, tenho que a decisão guerreada não merece reforma.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada em 16.12.2002, REsp 411.580- SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou o entendi- mento de que o ISSQN incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agen- ciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores.

Como realçado pelo julgador planicial,

A remuneração a ser considerada é pelo serviço prestado, aí compreendida a taxa de agenciamento e comissões, nunca a remuneração dos trabalhadores, sob pena de se tributar o contribuinte por aquilo que não recebera, que não entrara em sua receita líquida (f. 146).

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

Ementa: Execução fiscal. ISSQN. Loterias. Base de cálculo. O fato gerador do ISS, de acordo com o Dec. nº 406/68, é a prestação de serviços efetivada por empresa ou profissio- nal autônomo, de onde se conclui que o fato gerador do tributo deverá incidir apenas sobre a renda gerada pela própria prestação. Não é qualquer receita que enseja a tri- butação pelo ISS, mas apenas aquela decorrente da prestação de serviços. Atividade tributária. A comissão paga aos revendedores pode ser caracterizada como despesa operacional da requerente - e não renda advinda da prestação de seus serviços - não podendo, portanto, servir de base de cálculo do ISS devido por ela. O fisco, se quiser, poderá cobrar o tributo diretamente dos revendedores, mas não da empresa embargante. Ao contrário do que afirma a embargante, os serviços de manutenção não são prestados em caráter eventual; a empresa tem a obrigação de prestá- los, e estão sujeitos ao ISSQN, nos termos do item 69 da lista anexa ao Decreto 406/68, expresso no sentido de que o tri- buto incide sobre atividade de 'conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores,

elevadores ou de qualquer objeto (exceto o fornecimento de peças e partes, que fica sujeito ao ICM)'. No caso de con- cessão de serviço público, a parcela da remuneração paga pela concessionária à concedente integra o preço do serviço, estando sujeito à exação pelo ISS (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.01.078935-2/001 - Relator: Des. Wander Marotta).

Ementa: ISS. Intermediação de mão-de-obra. Base de cálculo. Remuneração da empresa. Ressaí do Decreto nº 406/68 que o fato gerador do ISS é a prestação de serviços; assim, o seu fato gerador incidirá apenas na renda gerada, exclusiva- mente, pela mesma ao prestador de serviços. Em decorrên- cia, verifica-se que as despesas operacionais do prestador de serviços não podem servir de base de cálculo do ISS. Sentença mantida, no seu reexame necessário (Reexame Necessário nº 1.0525.03.036566-8/001 - Comarca de Pouso Alegre - Relator: Des. Lucas Sávio V. Gomes - 3ª Câ- mara Cível - j. em 06.05.2004 - v.u.).

Em suma, o Município não pode tributar o salário e os encargos sociais do trabalhador, mas apenas o serviço que foi prestado pela empresa de trabalho tem- porário que é a intermediação de mão-de-obra.

Assim, *permissa venia*, sendo esse o entendimento desta Corte e o da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, confirmo, em reexame necessário, a respeitá- vel sentença singular, prejudicado o recurso voluntário.

Sem honorários advocatícios, a teor do que dis- põem as Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBAR- GADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

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

...

### **Adoção - Abandono material e afetivo - Visitas esporádicas da mãe - Poder familiar - Inércia no exercício - Delegação a terceiros - Prorrogação da guarda de fato**

Ementa: Apelação cível. Ação de adoção. Abandono material e afetivo. Visitas esporádicas da mãe. Inércia no exercício do poder familiar. Delegação a terceiros. Situa- ção que se estabilizou no tempo.

- Hipótese em que a mãe deixou a criança aos cuidados de terceiros por mais de três anos, sem buscar retomá-la à sua companhia para exercer o poder/dever de susten- to, criação e educação da menor.

- Prorrogando-se injustificadamente a guarda de fato por longo período, durante o qual a convivência com a mãe biológica se limitou a visitas esporádicas, tendo os adotantes suprido todas as necessidades da menina e assumido as responsabilidades do poder familiar, configura-se o abandono material e afetivo.

- Na adoção, deve ser buscado o melhor interesse do menor, sobretudo de crescer no seio de uma família que lhe proporcione condições favoráveis de desenvolvimento sadio.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.083447-3/001 - Comarca de Betim - Apelante: O.R.O. - Apelados: L.A.R. e sua mulher - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. - *Helóisa Combat* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por O.R.O. contra a r. sentença do douto Juiz da 2ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Betim, que concedeu a adoção da menor T.R.P. aos autores L.A.R e M.C.S., destituindo a apelante bem como o pai da criança do poder familiar.

A ação de adoção foi proposta pelo casal L.A.R e M.C.S. em fevereiro de 2006, relatando os demandantes que já cuidavam da menor há quatro anos e meio, desde quando ela contava com apenas quatro anos de idade, e que pretendiam obter a adoção, considerando que a criança se encontrava bem adaptada ao lar, onde recebia toda a condição necessária para o seu pleno desenvolvimento.

Na contestação, a mãe biológica noticiou que propôs ação cautelar de busca e apreensão com o objetivo de reaver a filha, processada sob o nº 1.0024.06.101951-2. Extrai-se do documento de f. 127 que aquela demanda foi proposta em outubro de 2006.

A apelante alegou, naquela oportunidade, que deixou a criança aos cuidados da autora devido às agressões que sofria do seu companheiro e por temer pela sua segurança e bem-estar.

Afirmou ter buscado apoio em instituições sociais e que em nenhum momento perdeu o contato com a filha,

a quem visitava constantemente. Disse, mais, que, desde que retornou a Betim, superando aquela situação de risco inicial, vem tentando reaver a criança, o que vem sendo obstado pelos demandantes.

I - Da preliminar de inépcia da inicial.

No recurso, a apelante suscita preliminar de inépcia da inicial, sustentando que o pedido de destituição do poder familiar carece de causa de pedir.

Verifica-se que não houve na exordial apontamento expresso do enquadramento legal dos fatos no dispositivo do art. 1.638 do Código Civil, que estabelece as hipóteses em que o pai ou a mãe poderão perder o poder familiar por ato judicial.

Não obstante, extrai-se do breve relato da inicial que os autores entendem que se configurou situação de abandono por já deterem a guarda efetiva da menor durante mais de quatro anos.

Embora bastante sucinta a narração traçada, foi suficiente para possibilitar o exercício da defesa e do contraditório e por possibilitar a compreensão de que o fundamento do pedido é o suposto abandono da criança, deixada aos cuidados dos postulantes.

Denota-se que toda a discussão processual se desenvolveu em torno do suposto abandono da criança, o que se estabeleceu como ponto controvertido.

Considerando, assim, que não houve qualquer prejuízo às partes pela falta de uma exposição mais minuciosa da causa de pedir, descabe reconhecer a inépcia da exordial, não podendo a formalidade superar o fim a que visa, conforme se extrai do disposto no art. 249, § 1º, do CPC.

Por esses fundamentos, rejeito a preliminar.

II - Do mérito.

Conforme previsto no art. 1.621 do Código Civil, a adoção depende do consentimento dos pais, salvo em relação ao menor cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

O art. 1.638, II, do mesmo diploma estabelece que os genitores perderão o poder familiar por ato judicial se deixarem o filho em abandono.

A solução da controvérsia pressupõe a compreensão do sentido da previsão legal relativa ao ato de abandono e, em seguida, a verificação da ocorrência ou não dessa situação nos autos.

O poder familiar, antes de uma prerrogativa, constitui um dever dos pais, a quem incumbe dirigir a criação e educação dos filhos, mantê-los em sua companhia e guarda, representá-los na vida civil e exigir que prestem obediência, respeito e serviços próprios da idade (art. 1.634 do Código Civil).

O abandono representa uma atitude omissiva que se configura quando os pais deixam de desempenhar as responsabilidades que lhes cabem em relação aos filhos.

A distância física é indício do abandono por dificultar a direção da criação do menor e o oferecimento

dos cuidados necessários para possibilitar o seu crescimento saudável sob os aspectos físico, afetivo, psicológico e social. Não obstante, pode acontecer que os pais fisicamente presentes se isentem de desempenhar o seu papel, deixando de prestar, efetivamente, a assistência devida à prole.

Assinale-se, em contrapartida, que pode ocorrer de a assistência material, moral ou educacional da criança ou adolescente ser conferida a terceiros, sem que isso implique a destituição do poder familiar, em hipóteses excepcionais e em caráter transitório, tudo visando aos melhores interesses do menor.

A esse respeito estabelece o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

A situação da guarda provisória se distingue da do abandono justamente por seu caráter transitório, justificando por uma situação peculiar.

Também se observam distinções sobre o elemento subjetivo, pois na concessão da guarda provisória não se configura a intenção dos genitores de se retirarem da vida dos seus filhos, exonerando-se da titularidade da filiação, continuando a exercer a paternidade sob o aspecto afetivo e psicológico.

Essa diferença subjetiva se verifica, ainda, sob o ponto de vista da criança ou do adolescente que não confunde a figura do pai ou da mãe com a do guardião, este responsável por sua criação, educação e sustento temporariamente, até que superada a situação peculiar que justificou a falta dos seus pais.

O relato das partes coincide em relação ao início da convivência entre a criança e a adotante, que teve origem no posto de saúde público onde a demandante trabalhava e a menina era levada pela mãe para cuidados médicos.

Verifica-se que a proximidade entre a criança e a autora começou em 2002, quando a menina já era deixada aos seus cuidados, inclusive para passar alguns dias em sua casa.

O documento de f. 26 registra, inclusive, que a demandante obteve autorização da mãe da menor para levá-la em viagem de passeio ao final de 2002.

Naquela época, o ambiente familiar era bastante impróprio para o desenvolvimento sadio da criança, marcado pela insegurança e temor pelas atitudes agressivas do companheiro da apelante (f. 119/120).

Essa situação levou a mãe biológica a procurar ajuda no Setor de Apoio à Mulher, para onde se encaminhou com os outros três filhos e iniciou acompanhamento psicossocial e jurídico da família, sendo amparada por diversos abrigos, como medida de proteção. Vê-se que o acompanhamento psicossocial foi finalizado em 08.2003, quando a apelante retornou para Betim e foi constatada a superação da violência e a ausência de risco para a família (f. 115).

O documento de f. 117 confirma esses registros, atestando que ela chegou à Casa de Abrigo Sempre Viva em junho de 2003 com seus três filhos, relatando que a caçula morava com a madrinha, tendo-se desligado do programa em 29 de agosto de 2003, já possuindo um quadro mais participativo, conseguindo fazer tapetes e possuindo uma poupança para ajudá-la a reiniciar a vida (f. 117).

Durante esse período, a guardiã de fato assumiu a responsabilidade pela criação da menina, prestando-lhe assistência material e afetiva, matriculando-a em centro de educação infantil.

Não obstante, a própria autora relata no estudo social que, a princípio, incentivava a criança a manter relacionamento com a mãe biológica, embora esta não fizesse questão da convivência (f. 83).

Depois de a requerida ter retornado ao Município de Betim, logrou estabelecer-se num imóvel a título de locação, conforme contrato firmado em novembro de 2003 (f. 124). Naquela época, a situação que levou a genitora a deixar a criança aos cuidados de outrem já não existia, ainda assim não há qualquer indício de que tenha tentado reaver a criança.

Concomitantemente, a relação entre a menina e a guardiã se estreitava, e esta já passava a assumir a figura materna na vida da menor conforme se nota da atividade escolar juntada à f. 27.

A própria mãe biológica declarou em estudo social realizado no processo de busca e apreensão que, a partir do momento em que voltou para Betim, "os três filhos continuaram em sua companhia, e T. permaneceu com a requerida, a criança passou a referenciar Sr.ª M. como mãe" (f. 160). A parte declarou na mesma oportunidade que, com o passar dos meses, o contato com a criança passou a ser esporádico.

Esclareça-se que não há óbice a que o estudo social seja adotado como prova emprestada. Embora tenha sido realizado em outro processo, serve ao propósito de esclarecer as circunstâncias fáticas que envolvem o relacionamento entre os litigantes e a menor.

O conjunto probatório demonstra a calhar que o poder familiar foi desempenhado durante todo o interregno de 2003 a 2006 exclusivamente pelos autores, sem qualquer embargo da mãe biológica. Assinale-se que à demandante foi conferido, inclusive, o poder de decisão a respeito do convívio da criança com a família biológica, conforme afirmado no estudo social (f. 161).

Essa circunstância tem o condão de configurar o abandono, pois a mãe biológica deixou de exercer suas responsabilidades em relação à menina, nem sequer cuidando de manter com a criança um vínculo afetivo ou acompanhar o seu crescimento e participar dos momentos mais importantes da sua vida.

Não consta qualquer justificativa que a impossibilitasse de exercer o poder familiar a partir do momento em que voltou da instituição assistencial e se estabeleceu em Betim.

Passaram-se mais de três anos de inércia em relação aos cuidados materiais, afetivos e psicológicos devidos à criança, que foram assumidos pela autora e seu esposo. Nesse período, a apelante apenas visitava sua filha esporadicamente, mas não desempenhava qualquer das responsabilidades afetas à maternidade.

A situação se tornou insuportável no momento em que a adotante percebeu os malefícios suportados pela menor, que, ao retornar das visitas, se mostrava instável e insegura. Após um episódio em que a menor teria retornado com o braço quebrado de um dos encontros com a família de origem, passou a ser impedido o contato da criança com a mãe biológica.

Verifica-se, assim, que, além de não prover as necessidades básicas da criança durante mais de três anos, sem tomar qualquer atitude para reaver a menina, a apelante também não se empenhou em participar efetiva e constantemente da sua vida.

As fotografias que instruíram a inicial demonstram a participação do casal na vida da criança, envolvendo-se nos eventos escolares, festas da família, formatura e outros, celebrando o seu aniversário, acompanhando sua participação em coroações religiosas e levando-a em viagens e passeios.

A providência prevista no art. 385, § 1º, do CPC, no sentido de que a fotografia seja acompanhada do negativo, não é obrigatória e só se justifica quando existir motivo fundado para se impugnar a prova.

A finalidade da norma é de permitir a conferência da veracidade do conteúdo da fotografia, descabendo a exigência quando nenhum questionamento há nesse sentido. Pondere-se que os meios tecnológicos atuais permitem que se extraiam negativos a partir das fotografias ou mesmo a obtenção de fotografias por meios digitais, o que torna inócua a previsão.

No caso, não foi apresentada qualquer razão para a impugnação, que se mostra infundada.

Portanto, admite-se a veracidade das fotografias e seu valor probante.

A documentação juntada demonstra, ademais, que os postulantes cuidavam da educação da criança, pagando mensalidades escolares e material, representando-a na instituição educacional (f. 34), bem como da sua saúde, levando-a a consultas e adquirindo medicamentos, além de se preocuparem com atividades extracurriculares, como aulas de *ballet* e inglês.

Portanto, não houve um mero auxílio material com a criação de menina, mas o efetivo exercício da responsabilidade e do afeto paterno, a formação de um vínculo de carinho e confiança próprio da relação de filiação.

Em contrapartida, não há qualquer registro de convivência habitual com a família biológica, nem mesmo de tentativas de manter um vínculo com a criança, de acompanhar o seu desenvolvimento ou de contribuir de qualquer forma para o seu sustento.

Segundo consta, os encontros da apelante com a filha eram eventuais e foram se reduzindo com o tempo, até que cessaram definitivamente por impedimento oposto pela autora com vistas a resguardar a menor.

A assistente social concluiu de entrevista feita à apelante:

A Sr.ª O. não demonstrou amor materno pela criança, mencionou apenas que se sentiu ofendida pela requerida ao procurar a filha a fim de visitá-la. Aparentemente as motivações que levaram a Sr.ª O. a impetrar ação de busca e apreensão da filha dizem respeito ao rompimento do acordo que vigia entre ela e a requerida, que permitia as visitas da requerente a T. a qualquer momento e à intenção da Sr.ª M. de adotar T. A Sr.ª O. não conseguiu explicar as razões de ter permitido que sua filha fosse cuidada durante cinco anos pela Sr.ª M., delegando a esta todas as responsabilidades para com T. (f. 162).

Acrescente-se que a autora afirma que recebeu a criança por insistência da mãe biológica, que desejava entregá-la definitivamente. Relata que viajou com a criança e, ao retornar, a genitora não desejava recebê-la, insistindo em que a menina continuasse aos seus cuidados. Continuava a visitar a criança, mas não desempenhava o papel de mãe.

Essa alegação foi corroborada pelo depoimento de uma colega de trabalho da autora, que afirmou:

que a ré chegou a querer dar a adotanda para a depoente, sem condições de retorno, mas a depoente não aceitou; que chegou a acolher a adotanda em sua casa algumas vezes; [...] que no início M. teve uma resistência muito grande em ficar com T., quando a ré empurrava a filha, e a depoente até ficava com dó da menina; que ficou surpresa ao saber que agora a ré quer a filha de volta, porque, à época, questionou-a em várias ocasiões e ela com firmeza dizia que ia dar a filha (f. 170).

Verifico, dessarte, que se configurou o abandono da menor pela mãe biológica, que a deixou aos cuidados de outrem, a quem conferiu todas as responsabilidades inerentes ao poder familiar. A inércia em atuar no sentido de retomar a companhia da filha, ao superar as crises que, supostamente, teriam justificado a separação, demonstrou que não houve intuito de conferir mera guarda provisória à autora.

Em relação aos benefícios que a adoção acarretará para a menor, restaram fartamente comprovados nos autos, sendo incisivos os estudos sociais em apontar

a adaptação da menor ao núcleo familiar dos adotantes e os cuidados que vem recebendo sob o aspecto não só material, mas também afetivo, social e psicológico.

A própria menor se manifestou perante o Juízo, afirmando reconhecer nos autores as figuras de pai e mãe e que deseja ficar em sua companhia (f. 175).

A adoção deve ter em vista, fundamentalmente, o atendimento aos interesses da menor, que consistem na efetivação de seu direito a estar inserida no seio de uma família, em que encontre afeto e segurança, um ambiente propício ao seu desenvolvimento sadio, com o resguardo da sua integridade física, emocional e moral, e a ter acesso à educação, ao lazer, ao esporte e à cultura.

A assistente social expressou que a adoção contempla os interesses da criança e representa reais vantagens para a mesma e que retirar a criança do convívio com os requerentes significaria sérios prejuízos ao seu desenvolvimento e perspectivas de futuro (f. 84).

Ademais, não se verificou a existência de vínculo afetivo entre a apelante e a menor.

Todo o conjunto probatório está a demonstrar que a adoção virá ao encontro dos interesses da criança.

Diante de todo o exposto e acolhendo o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença que concedeu a adoção aos autores.

Custas, pela apelante, suspensa a cobrança nos termos da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Indenização - Dano moral - Dívida quitada -  
Manutenção do nome no SPC - Valor - Fixação -  
Correção monetária - Juros de mora -  
Termo inicial**

Ementa: Apelação cível. Dano moral. Serviço de Proteção ao Crédito. Manutenção do nome da devedora após a quitação da dívida. Dano moral. Configuração. Valor fixado com moderação. Juros de mora e correção monetária. Termo inicial. Data do arbitramento.

- Compete ao credor providenciar a exclusão do nome do devedor do cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito após a comprovação do pagamento, sob pena de restar configurado o dano moral.

- O termo inicial da correção monetária, nas ações reparatórias, é do arbitramento da indenização.

- Os juros de mora incidem a partir da prolação da decisão judicial que fixou o *quantum* indenizatório. A retroação à data do evento danoso implicaria constituir em mora o devedor antes mesmo que fosse fixado o valor da reparação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.105152-3/001 - Comarca de Betim - Apelantes: 1ª) Josélia Aparecida Siqueira Silva, 2ª) Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - Barros Levenhagen - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de ação de indenização por danos morais, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Josélia Aparecida Siqueira Silva contra o Banco do Brasil S.A., pretendendo a reparação pelos danos sofridos em virtude da inclusão indevida do nome da autora no cadastro de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito.

Foi deferida a antecipação de tutela requerida (f. 28/29).

A sentença julgou procedente o pedido inicial para condenar o Banco do Brasil S.A. a indenizar a autora no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de dano moral, corrigido monetariamente pelo índice fornecido pela Corregedoria-Geral de Justiça e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da sentença. Condena, ainda, o réu no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (f. 101/105).

As partes, inconformadas, recorreram da sentença.

Primeiramente, Josélia Aparecida Siqueira Silva, pela reforma da decisão, a fim de que seja majorado o *quantum* indenizatório e, outrossim, para que a correção e os juros sejam devidos a partir da data do evento danoso (f. 107/114).

Em segundo, o Banco do Brasil S.A., defendendo a inexistência de ato ilícito ou irregular a ensejar o dever de indenizar, pelo que requer seja julgada improcedente a ação (f. 115/122).

Contra-razões do Banco do Brasil S.A., às f. 125/132, e de Josélia Aparecida Siqueira Silva, às f. 136/139, ambas pelo desprovimento do recurso interposto pela parte contrária.

É o relatório.

Tendo em vista as alegações e os pedidos formulados, examino, em primeiro plano, a apelação interposta pelo Banco do Brasil S.A.

Da segunda apelação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissão.

De todo o processado, infere-se que a apelada ajuizou a presente ação de indenização pretendendo a reparação pelos danos morais suportados em decorrência da inclusão do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, por parcela de contrato de empréstimo bancário, segundo a recorrida, devidamente quitada.

Alega a autora, ora apelada, que, em 1º.05.06, quando o Banco do Brasil S.A. enviou o seu nome para o SPC, a parcela em questão, referente ao mês de março de 2005, já havia sido paga.

O exame detalhado dos autos, contudo, revela que, ao contrário do que afirma a apelada, a inserção do seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito, ocorrida em 1º.05.06, se refere ao atraso no pagamento da parcela nº 14 (quatorze), vencida em 15.03.06, e não em 15.03.05, conforme afirma a recorrida (f. 21 e 33).

O "cronograma de operações" de f. 24 comprova que o pagamento da prestação vencida em 15.03.06 foi realizado com atraso, em 05.05.06. Portanto, quando o banco apelante enviou o nome da recorrida para o SPC, frise-se, em 1º.05.06, a parcela ainda não havia sido quitada, não havendo que se falar em ilegalidade da conduta do recorrente, sob esse aspecto.

Por outro lado, competia ao banco providenciar a exclusão do nome da apelada do cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito, após a comprovação do pagamento, o que, no caso, não ocorreu.

Verifica-se pelo documento de f. 21 que, em outubro de 2006, cinco meses após a quitação da referida parcela, o nome da apelada ainda permanecia no banco de dados do Serviço de Proteção ao Crédito, ensejando a reparação por dano moral.

Nesse sentido:

Civil. Ação de indenização. Inscrição no SPC. Manutenção do nome da devedora por longo período após a quitação da dívida. Dano moral caracterizado. Valor. Redução.

I. Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que, uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral, passível de indenização.

II. Ressarcimento, contudo, fixado em valor proporcional ao dano, a fim de evitar enriquecimento sem causa.

III. Recurso especial conhecido e provido (REsp 994638/AM - STJ - Quarta Turma - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - DJ de 17.03.08, p. 1).

Ressalte-se que a circunstância de haver diferentes inscrições do nome da apelada no cadastro de inadimplentes não elide o direito à indenização, influenciando apenas no respectivo valor.

O *quantum* indenizatório, dessarte, foi fixado com moderação, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual merece ser mantido.

Com essas considerações, nego provimento ao segundo apelo.

Custas, pelo recorrente.

Da primeira apelação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a reparação pelo dano moral integrou-se definitivamente ao ordenamento jurídico, tornando-se princípio de natureza cogente, alçado à garantia constitucional.

O critério para sua fixação é subjetivo, devendo ser fixado de forma a propiciar ao ofendido meio de compensar o sofrimento experimentado, sem que isso implique seu enriquecimento indevido.

Atento à gravidade do dano, à condição socioeconômica da vítima e ao valor original da dívida, no caso vertente, tenho como justo o valor fixado pelo MM. Juiz *a quo* no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O STJ já firmou entendimento de que, nas ações reparatórias, o termo inicial da correção monetária é do arbitramento da indenização, no caso, a partir da sentença, pelo que não merece prosperar a irrisignação da apelante.

Nesse sentido:

Ação de indenização. Danos morais. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial. Fixação pelo órgão jurisdicional. Recurso provido.

1. O Superior Tribunal de Justiça sufragou entendimento de que o *dies a quo* de incidência da correção monetária sobre o montante fixado a título de indenização por dano moral decorrente de ato ilícito é o da prolação da decisão judicial que a quantifica.

2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 862346/SP - STJ - Terceira Turma - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJ de 23.04.07, p. 277).

Os juros de mora foram, da mesma forma, fixados corretamente. A retroação à data do evento danoso, no caso, implicaria constituir em mora o apelante, quando nem sequer havia sido fixado o valor da indenização, configurando enriquecimento ilícito.

Posto isso, nego provimento à primeira apelação, mantendo a d. sentença recorrida nos seus exatos termos.

Sem custas, em face do benefício da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EULINA DO CARMO ALMEIDA e FRANCISCO KUPIDLOWSKI.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

## Litisconsórcio necessário - Alteração de pedido - Conexão - Integração de terceiro - Impossibilidade

Ementa: Litisconsórcio necessário. Mudança de pedido. Informações sigilosas. Caracterização. Impossibilidade de intervenção de terceiro por ordem judicial em razão de conexão.

- O requerimento de formação de litisconsórcio, posterior à defesa, não importa em alteração de pedido e tampouco representa violação de sigilo documental se as peças já estão nos autos e o terceiro deva integrar o processo.

- Litisconsórcio necessário se dá por disposição da lei e quando imprescindível para a eficácia da sentença for a presença do litisconsorte.

- Simples conexão não autoriza a formação de ofício do litisconsórcio, podendo, neste caso, ocorrer pluralidade de partes, se os pedidos forem feitos especificamente, com a fundamentação que lhe é própria.

**AGRAVO Nº 1.0701.05.127642-9/002 - Comarca de Uberaba - Agravante: Oscar José de Castro Lacerda - Agravada: Massa Falida Layff Kosmetic Ltda., representada pela síndica Isabela Costa Aguiar - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento o Dr. Gustavo Capanema de Almeida pelo agravante e a Dr.ª Carolina Mundim Monteiro pelo agravado.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Deve-se, de início, frisar que não houve qualquer informação documental das razões, encontradas pelo d. Juiz, do litisconsórcio necessário, já que não se juntou cópia das f. 332/333, em que o provimento se fundamenta. Como, todavia, a agravada não se pronunciou e informações foram prestadas no indubioso parecer do Procurador de Justiça, ali se encontra a justificativa.

Segundo o parecer ministerial, justificar-se-ia a intervenção pelo fato de uma das empresas ser detentora da marca e a outra cessionária.

Duas partes do substancial recurso devem ser, de antemão, rejeitadas. Em primeiro lugar, engana-se o agravante, ao falar em modificação tardia do pedido, quando, na realidade, nenhum pedido se alterou, havendo apenas a determinação de integração de litisconsorte, sem qualquer toque na fundamentação e na súplica formulada; em segundo lugar, irrelevantes, para a formação da relação processual, são peças, em princípio, sigilosas, constantes do processo, pois, se vieram aos autos, já não são sigilosas, e, se há, porventura, interesse na causa dos citandos, evidentemente que o interesse se torna comum.

Por outro lado, discordo de S. Exa., o d. Procurador de Justiça, quando contesta o interesse do agravante em impugnar o litisconsórcio, pois, na verdade, se a pluralidade de partes, principalmente quando se determina, após a apresentação de defesa e após o esgotamento da fase instrutória, traz, necessariamente, outra disposição procedimental do processo, é de se presumir o interesse do impugnante, mormente quando não se acha justificção legal para a referida providência. Em outras palavras, se a determinação de formação litisconsorcial, posterior, não atender à indispensabilidade necessária da integração do terceiro, qualquer das partes tem legitimidade de contestá-la, desde que nela não se revele a legalidade que se faz necessária.

Pelo que se observa no provimento de f. 26-TJ, pode-se concluir que, na verdade, não tem ele simples feição de sugestão, como alegou o agravante, mas de verdadeira decisão, apenas travestida de sugestão, ou opinião, pois, se o Juiz entende que estaria caracterizado o litisconsórcio necessário, a recusa da agravada em dita formação importaria mesmo em não cumprimento de ato processual indispensável, e, conseqüentemente, o único caminho seria a extinção do processo, mesmo porque, no conceito de necessidade, não é cabível qualquer condição. Os dois provimentos, pois, de f. 26 e f. 30, se integram, podendo ser considerados verdadeira determinação *ex officio* de litisconsórcio.

O litisconsórcio, no sistema processual brasileiro, pode ser facultativo e necessário. Este último, que se caracteriza por sua indispensabilidade, pode ser simples ou unitário. No litisconsórcio necessário simples, embora não possa ser dispensado, a sentença, porventura proferida, tem eficácia, apenas não alcançando os que do processo não participaram, como se dá na hipótese de usucapião, quando, por exemplo, um dos confrontantes não foi citado. No litisconsórcio necessário unitário, a falta de qualquer dos litisconsortes na relação processual provoca verdadeira ineficácia da sentença, pois a natureza da relação jurídica não tem como surtir efeitos sem a presença de ambos os litisconsortes. É o caso, por exemplo, na clássica ação pauliana, onde credor, ou credores, do alienante pleiteia a nulidade da alienação, não se podendo entender, pela própria natureza



da alienação, possa ela ser considerada válida com relação a um e não com relação a outro.

No caso dos autos, não há a figura do litisconsórcio simples, pois não há previsão de nenhum dispositivo legal com a exigência, mas também não há litisconsórcio necessário unitário, pois, embora possa até ter ocorrido alienação do direito pleiteado, não há, para o pronunciamento sobre o negócio rescindendo, necessidade da presença de posteriores cessionários, mesmo porque pretensa causa de pedir relacionada com negócios que vieram a ocorrer depois é inteiramente diversa da que está em julgamento.

A hipótese, na verdade, é de mera conexão.

No sistema do CPC, de 1939, permitido era ao juiz determinar a formação de litisconsórcio também por conexão, conforme bem lembrado por Pontes de Miranda:

O seu poder de intervenção de ofício para chamar ao processo o réu que falta não se restringe ao litisconsórcio necessário. Apanha o litisconsórcio fundado na conexão de causas (Comentários ao CPC/39, Forense, t. II, p. 174).

Neste caso, a conexão poderia se revelar apenas com o direito material, já que a determinação judicial de integração, de ofício, era de terceiro que não estava na causa (art. 91). Era a chamada intervenção *iussu iudicis* que o Código de 1973 não adotou, quando considerou a conexão causa de litisconsórcio facultativo (art. 46, III), permitindo a determinação de ofício apenas para o litisconsórcio necessário (art. 47 e parágrafo único).

Não se nega que, a qualquer tempo, se outro processo for instaurado, com o mesmo fundamento, ou com o mesmo objeto material, possível será a reunião para julgamento conjunto, mas, evidentemente, não é o caso dos autos, pois o pedido da agravada foi apenas no sentido de atender à ordem de formação do litisconsórcio sem os fundamentos justificativos de pretensão e sem a informação de qualquer lide, com pedido individualizado contra os terceiros.

Conclui-se, pois, que completamente desarrazoada é a integração de terceiros ao processo, distanciada mesmo da forma e figura de direito, pelo que dou provimento ao recurso, cassando a decisão e determinando o prosseguimento do feito sem a intervenção determinada.

Custas, pela agravada.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Registro civil - Retificação - Patronímico do marido - Acréscimo posterior ao casamento - Possibilidade

Ementa: Retificação de registro civil. Acréscimo do nome do marido posterior ao casamento. Possibilidade. Direito personalíssimo da apelante em ver acrescido ao seu nome o sobrenome do marido. Integração a uma nova família. Orientação dada pelo princípio da razoabilidade e atendendo aos fins sociais do direito.

- A alteração de preferência deve ocorrer no momento da habilitação, mas não há óbices legais para que ocorra posteriormente, ainda mais se não causar prejuízo à personalidade da requerente nem à de terceiros.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.130477-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Daniel Soares de Araújo e sua mulher - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008. - *Fernando Bráulio* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Daniel Soares de Araújo e sua esposa Melissa Moraes Gonçalves contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte, que, na ação de retificação de registro civil ajuizada pelos apelantes, indeferiu o pedido.

Os requerentes são casados desde 12 de novembro de 2004. Entretanto, quando da apresentação dos documentos, a apelante, por não compreender as implicações do ato, preferiu não acrescentar o sobrenome do marido ao seu nome de casada.

Arrependida, a recorrente busca hoje a retificação para passar a se chamar Melissa Moraes Gonçalves de Araújo.

O MM. Juiz indeferiu o pedido sob a alegação de que a inclusão do sobrenome é uma faculdade à disposição dos nubentes, ou seja, daquelas pessoas que irão se casar, devendo tal alteração ser exercida no momento do casamento.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença.

É sabido que questões relacionadas com nome e apelidos de família não mais são tratadas de forma

absoluta, imutável, e que nosso ordenamento jurídico admite alterações, segundo as peculiaridades de cada caso.

Nada mais justo, pois, quando do casamento, homem e mulher assumem a condição de consortes, ambos responsáveis pelos encargos da família. Por isso, o art. 1.565 do Código Civil preceitua que qualquer dos nubentes poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro, caso queira. Tal opção deve ocorrer preferencialmente no memorial de habilitação do casamento, porém nada impede que seja realizada posteriormente.

Essa faculdade de alteração do nome tem como justificativa a possibilidade de tornar notória a modificação do estado civil da pessoa e a integração desta a uma nova família.

Dessa forma, por ser faculdade legal decorrente do surgimento de uma nova família, nada mais razoável que esse sobrenome seja comum.

No caso em tela, trata-se de direito personalíssimo da apelante em ter acrescido ao seu nome de casada o sobrenome do marido, devendo ser analisado o princípio da razoabilidade e atendendo aos fins sociais do direito. Além do que inexistem nos autos indícios de fraude ou de que a pretensão da requerente possa prejudicar terceiros.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença de primeiro grau, reconhecer o direito da apelante em ter acrescido ao seu nome de casada o sobrenome do marido.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, reservando-me, porém, o eventual e oportuno aprofundamento do estudo da matéria.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Alvará judicial - Companheira - Recebimento de DPVAT - União estável - Procedimento de jurisdição contenciosa - Necessidade - Petição inicial - Indeferimento - Art. 295, inciso V, do CPC**

Ementa: Alvará judicial. Recebimento de DPVAT por companheira. União estável. Necessidade de procedimento de jurisdição contenciosa. Indeferimento da petição inicial. Art. 295, inciso V, do CPC. Recurso desprovido.

- Pode a companheira de falecido pleitear a expedição de alvará para fins de recebimento de DPVAT, razão pela

qual não há se falar em impossibilidade jurídica do pedido, devendo ser demonstrada, porém, a união com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723 do Código Civil.

- Deve ser indeferida a petição inicial do procedimento de jurisdição voluntária, com fulcro no inciso V do art. 295 do Código de Processo Civil, quando necessário o procedimento de jurisdição contenciosa, com a devida dilação probatória, não correspondendo o procedimento escolhido pela requerente à natureza da causa.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.07.194911-2/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Rosimara Andrade da Silva - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuidam os autos de "alvará judicial" apresentado por Rosimara Andrade da Silva, afirmando que vivia em união estável com Antônio Clarete de Souza há mais de uma década e que o companheiro faleceu, sendo que "não conseguiu reunir, obter junto ao INSS a declaração de dependente, necessária para requerer o seguro DPVAT, visto o patrão do segurado não ter assinado sua CTPS e nem efetuado recolhimento para INSS, razão pela qual a seguradora recusou a solicitação de pagamento do DPVAT", requerendo o provimento do recurso "expedindo-se o alvará solicitado, autorizando a requerente a postular, perante qualquer seguradora, o seguro DPVAT na qualidade de companheira do *de cujus*".

O MM. Juiz de primeiro grau, à f. 25, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 295, parágrafo único, inciso III, do CPC, consignando que

Pleiteia a autora, pela via oblíqua, o reconhecimento de sua união estável com Antônio Clarete de Souza, vítima de acidente automobilístico. A matéria depende de dilação probatória e é de competência exclusiva da Vara de Família, sendo inadmissível seu processamento através de alvará judicial.

Inconformada, apelou a requerente (f. 28/31), alegando que, "em razão de a apelante não postular o reconhecimento da união estável, e sim o direito de postular junto à seguradora o seguro DPVAT, na qualidade de companheira - qualidade já conhecida pelo INSS (doc. junto), uma vez que a negativa da pensão é apenas em relação à falta de contribuição (doc. junto)" e que, "conforme a legislação que rege a espécie, a prova de companheiro para fins de receber o seguro é feita por certidão do INSS, se o falecido era segurado ou declaração junto à Receita Federal de dependência. Não existindo nenhuma das duas, é feita mediante alvará judicial", completando que "não há necessidade de reconhecimento de união estável para postular o DPVAT, ainda mais que a recorrente possui quatro filhos com o falecido e consta na própria declaração de óbito que era companheira do *de cujus*", requerendo o provimento do recurso.

Não foram apresentadas contra-razões de apelação (f. 34).

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 43/46), que opinou pelo desprovimento do recurso.

Revelam os autos que Rosimara Andrade da Silva apresentou "alvará judicial", requerendo sua expedição "autorizando a requerente a postular, perante qualquer seguradora, o seguro DPVAT na qualidade de companheira do *de cujus*", tendo o Magistrado singular extinguido o feito, sem apreciação de mérito, a teor do art. 295, parágrafo único, inciso III, do CPC, que estabelece que a petição inicial será indeferida quando inepta, considerando-se inepta a petição cujo pedido for juridicamente impossível.

Nesse diapasão, infere-se que a possibilidade jurídica do pedido consiste na permissibilidade de ser levado o requerimento do demandante a juízo com alegação de direito, desde que não haja qualquer regra legal que limite a incidência do texto de que se irradiou a ação e desde que o ordenamento legal preveja a providência que se formula no caso concreto.

A propósito, dispõe o art. 128 do Provimento nº 161/CGJ/2006, que codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que "O pedido de alvará judicial que envolver matéria de cunho sucessório, sem que haja dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, deverá ser distribuído ao Juízo do inventário ou do arrolamento", tendo sido o presente procedimento distribuído inicialmente perante a 3ª Vara de Família/Sucessões (f. 02-verso), não se olvidando da possibilidade do ajuizamento do pedido de alvará a favor de quem pretende proceder ao levantamento dos valores relativos ao seguro DPVAT.

Nesse sentido, determina o art. 4º da Lei nº 6.194/74 (redação dada pela Lei nº 11.482/07), que trata do "Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por

veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não", que a indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 do Código Civil/02, determinando esse dispositivo, por sua vez, que, "na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação".

Destaca-se que a Constituição da República, em seu art. 226, § 3º, estabelece que a união estável entre o homem e a mulher será reconhecida como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, devendo a lei facilitar a conversão desta em casamento, reconhecendo-se então o direito da companheira de pleitear o recebimento do seguro, uma vez demonstrada a união com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723 do Código Civil.

Verifico, portanto, a possibilidade jurídica do pedido da requerente de expedição de alvará, *data venia* do posicionamento do Sentenciante, mas, não obstante conste da "certidão de óbito" de f. 14 o falecimento de Antônio Clarete de Souza, que "vivia maritalmente com Rosimara Andrade da Silva, tendo deixado seis filhos", consoante corroboram os "registros de nascimento" de f. 07/12, tenho que, para o reconhecimento do direito alegado, imprescindível a demonstração daquela união, necessário, por conseguinte, o ajuizamento de procedimento de jurisdição contenciosa, com a devida dilação probatória, mormente em se considerando que foi negado o benefício da pensão por morte pelo Instituto Nacional do Seguro Social (f. 33).

Impende trazer a lume a lição de Humberto Theodoro Júnior ao cuidar dos procedimentos de jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária:

Jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe a controvérsia entre as partes (*lide*), a ser solucionada pelo juiz.

Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio.

Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc.

Aqui não há *lide* nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o juiz e os interessados (in *Curso de direito processual civil*. 34. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 34).

Ora, o procedimento escolhido pela ora apelante pressupõe a inexistência de litígio, denotando-se a inadequação da via eleita a ensejar, efetivamente, a aplicação do art. 295 do CPC, indeferindo-se a petição inicial, ainda que por outro fundamento,

com fulcro no inciso V desse art. 295, decidindo nesse sentido esta egrégia Corte de Justiça:

Alvará judicial - Companheira - Autorização para liberação de seguro - DPVAT - Legalidade. - A postulação de alvará judicial destinado ao recebimento de indenização relativa ao Seguro DPVAT depende do ajuizamento de procedimento de jurisdição contenciosa, com a devida dilação probatória para identificação dos beneficiários e aferição da regularidade do pedido (Processo nº 1.0342.06.072231-7/001(1), Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. em 15.05.2007).

Estipula o inciso V do art. 295 do Estatuto Processual que "a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal", lecionando os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em comentário a este dispositivo:

Procedimento inadequado. Quando o autor escolher para a ação procedimento inadequado, vale dizer, em desconformidade com o que prescreve a lei para o caso, o juiz deve intimá-lo para que emende a inicial (CPC 284). Somente depois dessa providência, não havendo requerimento do autor para adaptar-se ao procedimento legal, o juiz indeferirá a petição inicial (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., São Paulo: Editora RT, p. 489).

Nesse mister, impõe-se o indeferimento da petição inicial, não correspondendo o procedimento escolhido pela requerente à natureza da causa, nos termos do inciso V do art. 295 do CPC, mostrando-se inviável a adaptação ao tipo de procedimento adequado na hipótese específica dos autos.

Confira-se:

Apelação cível - Alvará judicial - Procedimento de jurisdição voluntária - Instauração de litígio - Via incorreta - Necessidade de propositura de nova ação - Impossibilidade de adaptação - Alteração do pedido. - Em procedimento de jurisdição voluntária para expedição de alvará judicial, uma vez instaurado o litígio, necessária a propositura de ação pertinente, com os consectários da contenciosidade, máxime quando se detecta a impossibilidade de adaptação ao novo procedimento, ante a imperiosa alteração do próprio pedido imediato, que, de simples expedição de alvará, passaria a condenatório (Processo nº 1.0231.98.006060-3/001(1), Rel. Des. Silas Vieira, j. em 09.12.2004).

Alvará judicial. Pedido de natureza contenciosa. Impossibilidade pela via da jurisdição voluntária. Inépcia mantida. - Reveste-se de inépcia a inicial, quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponde à natureza da causa, sem possibilidade de poder adaptar-se ao tipo de procedimento legal (Processo nº 1.0000.00.312539-0/000(1), Rel. Des. Corrêa de Marins, j. em 12.05.2003).

Alvará judicial - Levantamento de resíduos de benefícios previdenciários junto ao INSS - Pedido formulado em pro-

cedimento especial de jurisdição voluntária - Necessidade de procedimento de jurisdição contenciosa - Inadequação do procedimento - Indeferimento da inicial - Art. 295, V, do CPC. - Em se tratando de expedição de alvará judicial destinado ao levantamento de valores relativos a eventuais resíduos de benefícios previdenciários junto ao INSS, cuja existência em nome da segurada falecida é, inclusive, negada pela autarquia federal, faz-se necessária a instauração de procedimento de jurisdição contenciosa, com a utilização de um processo de conhecimento, pois, na realidade, existe uma lide, ou uma situação litigiosa entre as partes, onde a pretensão dos promoventes é contestada pelo promovido, do que resulta a necessidade de definir a vontade concreta da lei por meio do ajuizamento de ação específica contra o INSS (Processo nº 2.0000.00.381906-1/000(1), Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. em 22.05.2006).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão que indeferiu a petição inicial, ainda que por outros fundamentos.

Custas recursais, ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Elias Camilo e Fernando Botelho.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Mandado de segurança - Estabelecimento de ensino superior - Matrícula - Prazo - Turno diverso do contratado - Princípios de probidade e boa-fé - Acesso à educação - Concessão da ordem**

Ementa: Mandado de segurança. Instituição de ensino superior. Matrícula em turno diverso do contratado. Impossibilidade.

- A estipulação de prazo pela instituição de ensino para realização de matrícula pelos alunos não pode ser tratada de forma tão rígida a ponto de prejudicar a conclusão do próprio curso.

- Com base nas cláusulas gerais e na equidade, deve o julgador perquirir as expectativas das partes contratantes com vistas a proporcionar autêntica justiça comutativa, não ficando adstrito simplesmente à literalidade das disposições contratuais.

**REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0701.07.197128-0/001 - Comarca de Uberaba - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba - Autor: Diego Josahkian - Réu: Reitor da Universidade de Uberaba - 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 REEXAME NECESSÁRIO, MANTER A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Cláudia Maia* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Diego Josahkian contra ato coator praticado pelo Reitor da Universidade de Uberaba, pugnando pela transferência da disciplina Ciências Morfológicas II do turno noturno para o turno multiperiódico.

Instruem a inicial os documentos de f. 05/12.

O pleito liminar foi concedido à f. 12.

Nas informações prestadas às f. 15/17, a autoridade coatora sustenta, em suma, que a matrícula no período noturno decorreu da perda do prazo da matrícula, ou seja, por culpa do próprio impetrante.

O ilmo. Representante do Ministério Público exarou parecer às f. 22/23, opinando pela concessão da segurança.

Por sentença às f. 25/26, o d. Juiz singular concedeu a ordem, sob o fundamento de que o impetrado não comprovou a inexistência de vagas no turno multiperiódico.

Os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, em atendimento ao disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

A d. Procuradoria de Justiça opinou às f. 37/39 pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da remessa necessária.

A sentença não merece reparos.

As justificativas apresentadas pela autoridade coatora não elidem o direito do impetrante de ter efetivada a sua matrícula no turno para o qual se dispôs a realizar o curso.

Considerando que o impetrante visa, simplesmente, prosseguir o curso no turno que contratou originariamente, ou seja, busca a preservação das bases do contrato, não se afigura razoável a negativa de matrícula pela autoridade coatora com base em suposto atraso na sua realização.

Com base nas cláusulas gerais e na equidade, deve o julgador perquirir as expectativas das partes con-

tratantes com vistas a proporcionar autêntica justiça comutativa, não ficando adstrito simplesmente à literalidade das disposições contratuais.

Na lição de Robson Zanetti,

a evolução do direito contratual se mostra preocupada com o equilíbrio contratual, e a intervenção do juiz se faz presente. 'Se desenha uma nova forma de considerar o contrato, como uma união de interesses equilibrados, (...) sob a égide de um juiz que sabe ser, quando necessário, juiz da equidade (...)' (ZANETTI, Robson. A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual, texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7543>).

Dispõe o art. 422 do Código Civil:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

*In casu*, o contrato celebrado entre as partes constitui típica avença bilateral, na qual se distribuem as obrigações entre ambas as partes.

Com efeito, o mínimo que se espera da instituição de ensino é que, a partir do momento que celebra o contrato e passa a receber as mensalidades, tenha estrutura para cumpri-lo regularmente até o seu término, independentemente de meras formalidades, como o pequeno atraso da matrícula neste caso.

A estipulação de prazo pela instituição de ensino para a realização de matrícula pelos alunos não pode ser tratada de forma tão rígida a ponto de prejudicar a conclusão do curso pelo aluno.

Por certo, em casos tais, cabe ao Judiciário expungir entraves administrativos a obstar o acesso à educação.

Não bastassem tais circunstâncias, cumpre, ainda, registrar que, muito embora tenha alegado a ausência de vagas, a autoridade coatora nada trouxe aos autos para comprovar tal assertiva, tornando imperiosa, portanto, a concessão da segurança.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, em reexame necessário, mantenho, na íntegra, a sentença.

Condeno o impetrado nas custas e despesas processuais.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e BARROS LEVENHAGEN.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, MANTIVERAM A SENTENÇA.

...

## Separação judicial - Partilha de bens - Ação anulatória - Competência - Vara de Família

Ementa: Agravo de instrumento. Nulidade de partilha. Competência. Vara de Família.

- Compete ao Juízo da Vara de Família que julgou a ação de separação judicial e homologou a respectiva partilha amigável julgar a ação anulatória da mesma partilha.

**AGRAVO Nº 1.0701.07.207481-1/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: L.S. - Agravado: W.B.R.S. - 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 DECLARAR, DE OFÍCIO, NOVA COMPETÊNCIA.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2008. - *Maurício Barros* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão trasladada à f. 89, proferida nos autos de uma ação declaratória de nulidade de partilha, movida por L.S. contra W.B.R.S., que indeferiu a liminar pleiteada pelo autor, visando à suspensão de eventual ação de cumprimento da sentença homologatória do acordo celebrado entre as partes nos autos da separação consensual do casal.

O agravante sustenta que o indeferimento do pedido de suspensão da ação de cumprimento de sentença lhe acarretará prejuízos irreparáveis, em decorrência da alegada nulidade da partilha dos bens do casal, a qual, segundo sustenta, não obedeceu à lei. Afirma que a doação de cotas da empresa Uby Agroquímica Ltda. aos filhos do casal compromete o seu próprio sustento. Diz, ainda, que é nula a cláusula que prevê a transferência do usufruto de um imóvel que lhe pertence, no caso de inadimplemento de obrigação assumida no referido pacto.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, sendo indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal (f. 96).

O agravado apresentou contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão objurgada.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 122/126, é pelo desprovimento do recurso.

Conheço do agravo, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar, de ofício, de incompetência absoluta do Juízo Cível.

Verifica-se que o agravante pretende que seja declarada a nulidade da partilha feita nos autos da separação judicial consensual do casal, homologada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba, conforme sentença, cuja cópia se vê à f. 77. Constata-se, também, que o agravante disse equivocadamente na inicial que estava propondo "ação de nulidade de separação judicial", quando, na verdade, o que propôs foi ação anulatória da partilha.

Feitas essas considerações, é imperioso reconhecer a incompetência do Juízo Cível para julgar a ação.

Com efeito, tratando-se de ação em que se pretende a anulação da partilha feita nos autos da separação consensual, o feito deve ser processado perante o Juízo que homologou o ato jurídico que se pretende invalidar, isto é, o próprio Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões, pois este é o competente para dirimir qualquer questão oriunda da separação judicial, inclusive os reflexos patrimoniais, por força da disposição contida no art. 575 do CPC.

Mister registrar que, como já afirmado, a pretensão do autor da ação anulatória de partilha, ora agravante, é no sentido de ver reconhecida a nulidade apontada na referida partilha, não se tratando, portanto, de reconhecimento de nulidade de um simples negócio jurídico.

A propósito, o seguinte julgado desta Câmara:

Pretensão que se busca declarar a incomunicabilidade de bens não levados à partilha nos autos do divórcio consensual. Competência. - O juízo que homologar o divórcio consensual é o competente para apreciar e julgar pedido de declaração de incomunicabilidade de bem omitido quando da elaboração da proposta de partilha, podendo tal matéria ser conhecida de ofício pelo magistrado (6ª Câmara Cível - Agravo nº 1.0024.05.737116-3/001 - Rel. Des. Edilson Fernandes - j. em 13.12.2005).

Dessa forma, a competência para processar e julgar o presente recurso é do MM. Juiz da 2ª Vara de Família da Comarca de Uberaba, sob pena de violar competência *rationae materiae*, de natureza absoluta.

Por derradeiro, se considerássemos a ação anulatória de partilha afeta ao Juízo Cível, isto é, relacionada apenas ao campo obrigacional, não havendo discussão de direito de família, ficaria evidente a competência recursal de uma das Câmaras Cíveis da Unidade Francisco Sales.

Ante o exposto, em preliminar de ofício, declaro a incompetência do Juízo Cível, especialmente do Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, e, em conse-

quência, a nulidade da r. decisão agravada, nos termos do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, determinando a redistribuição do feito para o Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da mesma comarca.

Custas recursais, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e ERNANE FIDÉLIS.

*Súmula* - DECLARARAM, DE OFÍCIO, NOVA COMPETÊNCIA.

...

### Petição inicial - Emenda - Vício - Indicação pelo juiz - Necessidade - Princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processual

Ementa: Alienação judicial de coisa comum indivisível. Emenda da petição inicial. Necessidade de indicação do vício de que padece a exordial.

- Pautado pelos princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processual, deve o juiz indicar quais os defeitos a serem sanados quando determina a emenda da petição inicial.

**AGRAVO Nº 1.0701.08.217993-1/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: Raquel Alves de Souza - Relator: DES. DOMINGOS COELHO**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2008. - *Domingos Coelho* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Trata a espécie *sub examine* de agravo de instrumento intentado por Raquel Alves de Souza em face da decisão de f. 30-TJ proferida pelo il. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que determinou à autora a adequação de seu pedido à realidade fática, no prazo de cinco dias.

Em suas razões de inconformismo, pugna a agravante pela modificação do *decisum*, por afirmar que o Juiz de primeiro grau não teria indicado de forma precisa qual seria o vício de que padece a petição inicial.

Afirma ainda que a decisão deveria ser anulada, por ausência de fundamentação.

Despicienda a intimação da parte agravada, tendo em vista que a relação processual ainda não se completou.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursais e ausentes preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Da análise das razões recursais e dos documentos juntados pela agravante, observa-se que à f. 30-TJ há a determinação do Juiz para que a parte autora/agravante adequasse o seu pedido à realidade fática, sem indicar qual seria o vício a ser sanado na petição inicial.

De acordo com a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

o juiz, ao proferir despacho determinando a emenda da petição inicial, deverá, em atendimento à instrumentalidade do processo, indicar qual é o vício de que padece a exordial. Essa providência não retira a imparcialidade do magistrado, pois constitui mecanismo de efetividade do processo e do dever de transparência e de lealdade que todos têm de ter, reciprocamente, no processo (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

Processual civil. Petição inicial. Emenda. Indicação do requisito ausente pelo magistrado. Princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processuais. Ausência do motivo ensejador do indeferimento da exordial. Prosseguimento do feito. - Embora não exista dispositivo legal impondo a indicação, quando intimada a parte autora para emendar a petição inicial, do requisito ausente na exordial, deve o magistrado, com os olhos nos modernos princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processuais, especificar a falha contida na peça, sob pena de, por rigorismo processual, enterrar o prosseguimento do feito e impedir a célere composição do litígio. (...) (STJ, REsp 86415/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 18.04.2002).

Pautado pelos princípios da instrumentalidade das formas e da economia e celeridade processual, deve o juiz indicar quais os defeitos a serem sanados quando determina a emenda da petição inicial. De outra forma, não estaria sendo garantida a efetividade processual, gerando atrasos indesejáveis para a parte agravante.

Ao impulso de tais considerações, dou provimento ao recurso para anular a decisão de f. 30-TJ, concedendo ao agravante novo prazo para emendar a petição inicial, após a indicação clara e precisa do Juiz de 1º grau sobre quais defeitos deverão ser sanados.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e NILO LACERDA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

**Habilitação de crédito - Falência - Falido -  
Sucumbência - Honorários de advogado -  
Assistente - Legislação falimentar -  
Interpretação sistemática**

Ementa: Empresarial. Habilitação de crédito em falência. Honorários advocatícios de sucumbência ao falido. Interpretação sistemática da legislação falimentar. Assistente simples.

- Não são devidos honorários de sucumbência na habilitação de crédito em falência, ainda que ocorra impugnação, mormente se a parte requerente for pessoa falida que atua no feito apenas como assistente.

- Inteligência do art. 32 do Código de Processo Civil.

**AGRAVO Nº 1.0024.06.219441-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco Hércules S.A. - Agravado: Antônio Carlos Botelho Gonçalves, em causa própria - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2008. - *Brandão Teixeira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Carolina Mendes e proferiu sustentação oral, pelo agravado, a Dr.ª Ângela Olívia Bruno Loss.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto pelo Banco Hércules contra a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Empresarial, que, nos autos do incidente de habilitação de crédito ajuizado por Antônio Carlos Botelho Gonçalves, julgou improcedente a habilitação requerida, condenando o agravado em honorários fixados em dois mil reais em favor do síndico da massa falida.

Não conformada com a decisão, alega a agravante que foi intimada para se manifestar no incidente, motivo pelo qual os procuradores da falida fariam jus aos honorários sucumbenciais.

Pugnou pelo provimento do recurso para reformar a decisão agravada, condenando o agravado a pagar honorários advocatícios também aos procuradores da falida.

O agravado apresentou contra-razões às f. 128/139 alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da agravante e, no mérito, a necessidade de manutenção da decisão recorrida.

O Ministério Público, em parecer de lavra do douto Procurador Antônio César Mendes Martins, opinou pelo não-conhecimento do recurso e, caso ultrapassadas as preliminares, pelo seu provimento.

Conheço do recurso, pois próprio, tempestivo e regularmente processado.

Inicialmente, conheço da questão de ordem pública levantada pelo Ministério Público.

De acordo com o parecer ministerial (f. 151/153), por força do disposto no art. 97 do Decreto-lei nº 7.661/45, o recurso cabível seria o de apelação, não sendo o caso de aplicação do princípio da fungibilidade "ante a clareza desse dispositivo" (f. 152).

De fato, na sistemática do Decreto-lei 7.661/45, aplicável aos autos por força do art. 192 da Lei 11.101/05, o recurso cabível seria o de apelação (falência decretada em 2004, certidão de f. 66).

Entretanto, para que não haja negativa na prestação jurisdicional, norteando-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, tenho que o conhecimento do recurso é a medida mais adequada.

Em sede de preliminar, ventilou-se a ilegitimidade recursal da agravante por dois fundamentos: I) que o crédito pertence aos procuradores da agravante, por força do Estatuto da Ordem dos Advogados, tendo apenas estes legitimidade para a questão suscitada no recurso; II) a impossibilidade de manejo de recurso pelo assistente.

Tenho que a preliminar não merece ser acolhida.

Consoante inteligência dos arts. 23 e 24 da Lei 8.906/94, tanto a parte quanto o advogado têm legitimidade para executar os honorários advocatícios.

Portanto, se as partes possuem legitimidade concorrente para a satisfação de seu crédito, de igual forma possui a parte legitimidade para discutir a decisão que deixou de fixá-lo.

Demais disso, após o julgamento da ADIN 1.194-4 pelo Supremo Tribunal Federal, julgou-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei 8.906/94, sendo possível que haja estipulação em contrário, entre a parte e o seu patrono, quanto aos honorários de sucumbência. Disso decorre que essa verba não pertence obrigatoriamente ao advogado, já que pode haver estipulação em contrário.

Quanto à ilegitimidade do assistente para interpor o recurso, a regra inserta no art. 52 do CPC é expressa no sentido de que o assistente é auxiliar da parte principal, possuindo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais.

Assim, segundo a melhor exegese deste preceito, pode o assistente interpor recurso, ainda que não o faça o assistido, desde que não haja por parte deste expressa manifestação em sentido contrário.



Rejeito, portanto, a preliminar.  
Mérito.

Trata-se de agravo de instrumento da decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados no incidente de habilitação de crédito, condenando o agravado em honorários fixados em dois mil reais em favor do síndico da massa falida.

Desta decisão, interpôs recurso a própria massa falida, alegando serem devidos os honorários de sucumbência também em seu favor.

A questão a ser decidida nos autos, portanto, cinge-se à necessidade de condenação da parte vencida em honorários em favor do falido.

Conforme já me manifestei anteriormente, não tenho como possível, sequer, a condenação da massa em honorários.

Sob tal perspectiva, o art. 208, § 2º, do Dec.-lei nº 7.761/45, aplicável aos autos, dispunha, expressamente, que a massa não pagaria honorários advocatícios aos credores e ao falido.

Frise-se que não se desconhece o posicionamento jurisprudencial acerca da aplicabilidade das regras processuais de sucumbência (art. 20 do CPC) à habilitação de crédito em processo falimentar. Referido posicionamento é fundamentado na incidência subsidiária do Código de Processo Civil à legislação falimentar.

Em que pesem os judiciosos fundamentos daqueles que admitem condenação de honorários, roga-se vênia para aderir à posição contrária, visto que a Lei de Falência anterior adotava sistemática própria, que visava proteger e possibilitar a solvência dos créditos a serem satisfeitos pela massa.

Tais fundamentos, ao serem utilizados para obstar condenação da massa falida ao pagamento de honorários advocatícios, devem ser aplicados à hipótese em que o credor habilitante sucumbir na sua pretensão.

Tratava-se de aplicar equidade aos resultados advindos da habilitação de crédito. Em outras palavras, se a massa falida impugnava a habilitação de crédito e viesse a sucumbir, não poderia ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, o mesmo deveria ocorrer quando o resultado da impugnação fosse desfavorável ao credor habilitante, sob pena de afronta e discriminação ao sistema processual falimentar.

No mesmo sentido, assinala o renomado Yussef Said Cahali:

Este, aliás, o entendimento predominante do STF, que, em linha de princípio, considera que não pode o credor habilitante ser condenado ao pagamento de honorários de advogado quando é acolhida a impugnação de crédito, pois o procedimento de impugnação não gera sucumbência, fonte de obrigação de pagar honorários: não se trata de uma causa no sentido processual, mas de uma verificação contenciosa de crédito em concurso, no processo administrativo da concordata (in Honorários advocatícios. 3. ed. *Revista dos Tribunais*, p. 1.224/1.225).

Tal previsão ocorria para, além de assegurar maior amplitude e liquidez no rateio dos créditos habilitados, possibilitar que o síndico desempenhe a defesa da massa, promovendo impugnações, requisitando diligências, perícias e etc., sem que isso, por si só, acarrete despesas e diminua o ativo a ser liquidado.

Ainda que assim não fosse, não tenho dúvidas acerca da natureza jurídica da intervenção da agravante no processo, figurando como assistente do síndico da massa falida.

Isso porque, como o falido é representado em juízo pelo síndico, sua intervenção não pode ser tida como outra que não a de assistente.

Considerando a parte nesta qualificação, a doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva (*Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º a 100. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 159), leciona quanto à distribuição dos honorários:

Prescreve o art. 32 que o assistente, quando o assistido seja vencido, será condenado nas custas, sem mencionar a condenação em honorários. Também neste dispositivo o Código procura separar, como nos dispositivos anteriores, das 'despesas' processuais os honorários de advogado. Devemos, portanto, interpretar o artigo como tendo excluído a condenação do assistente em honorários do advogado do adversário do assistido. As custas serão proporcionalizadas entre assistente e assistido, em razão da atividade exercida por este, mas os honorários serão integralmente satisfeitos por aquele.

Nesse sentido, não há que se falar em condenação da parte vencida em honorários a favor do assistente.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela recorrente.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

### Execução fiscal - Embargos de terceiro - Mulher casada - Meação - Exclusão

Ementa: Execução fiscal. Embargos de terceiro. Mulher casada. Defesa da meação. Procedência.

- Em execução de débito fiscal - e não de dívida contraída pelo marido - procedem os embargos opostos por sua mulher, para obter a exclusão de sua meação atingida pela constrição judicial, não sendo razoável exigir-lhe

a comprovação de que o não-atendimento da exigência fiscal não tenha resultado em benefício da família.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.07.221435-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelada: Eliane Maria Santos Palhares - 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, 29 de abril de 2008 - Wander Marotta - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Em execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Pilotagem Com. Moda Ltda., referente ao não-recolhimento do ICMS, sendo sócio Antônio Olinto Palhares, Eliane Maria Santos Palhares opôs embargos de terceiro alegando, em síntese, ser casada sob o regime de comunhão parcial de bens com Antônio Olinto Palhares, executado, insurgindo-se contra a penhora efetivada sobre o automóvel, modelo Ford Courier CLX, ano e modelo 1998, placa GSD-9945. Enfatiza que o veículo foi adquirido na constância do matrimônio, fazendo parte do patrimônio do casal. Por tais motivos, pugna pelo acolhimento dos embargos, para excluir a penhora realizada nos autos da execução.

A sentença (f. 44/47) julgou procedente o pedido, determinando seja excluída da penhora a meação pertencente à embargante.

Inconformado, recorre o Estado de Minas Gerais (f. 48/55), sustentando que não há provas nos autos de que a dívida contraída pelo sócio executado não se reverteu em benefício do patrimônio do casal e que esse patrimônio não decorreu de atos ilegais. Requer seja determinada a exclusão da sucumbência por não ter dado causa aos embargos.

Conheço do recurso.

Não há controvérsia nos autos sobre o fato de que os bens penhorados foram adquiridos quando a embargante já era casada pelo regime de comunhão de bens, o que ocorreu em 18/09/1982 (f. 07) - e que responde por débito tributário da empresa da qual seu marido é sócio.

A jurisprudência consolidada é no sentido de que a meação da mulher responde pelos débitos do marido, exceto se provado que não foram assumidos em benefício da família. Entretanto, tratando-se de execução fiscal, em que o marido responde por débito da empresa da qual é sócio, não é da embargante o ônus da prova,

e sim da credora. Não seria justo exigir da mulher casada a comprovação de que o não-pagamento do débito fiscal não tenha resultado em benefício da família para que possa obter a exclusão da sua meação atingida pela constrição judicial.

Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Embargos de terceiro. Penhora sobre bem de meação da mulher. Desconstituição da quota parte da mulher, determinada pela instância de origem. Recurso especial. Pretendida reforma do julgado.

- O posicionamento da Corte de origem se harmoniza com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que 'a responsabilidade pessoal do sócio-gerente da sociedade por quotas, decorrente da violação da lei ou de excesso de mandato, não atinge a meação da mulher' (cf. AGA 183.444-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4/10/99). Iterativos precedentes.

- Na linha de raciocínio acima, veio a lume a Súmula n. 251 deste colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal' (REsp 260642 (2000/0052015-2 - 14/03/2005)).

Assim, a meação da embargante somente poderia ser atingida, se demonstrado, pela credora, que o débito fiscal trouxe benefício ao casal, o que não ocorreu.

Nos embargos de terceiro opostos em defesa da meação, não é necessário que o cônjuge embargante demonstre que a penhora atingiu mais da metade da totalidade do patrimônio do casal. O entendimento de que a meação não se mede em cada bem, mas na totalidade dos bens, não encontra amparo na doutrina e jurisprudência.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (in *Processo de Execução*. 7. ed. Leud, p. 153):

[...] a meação deve ser protegida em cada bem do casal, que, sendo indivisível, será alienado em sua totalidade, entregando-se a metade do preço à mulher, após o preceamento.

Ensina Hamilton de Moraes Barros (*apud* Malachini, Edson Ribas, *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, in *RT* 497/193):

A meação é de ser considerada em cada bem individualizado e não no conjunto do patrimônio. Não é possível, em execução, partilhar-se sempre o patrimônio do casal, de modo a atribuir por inteiro cada um dos bens a um só cônjuge. Execução não é inventário e partilha, ou seja, não é ação divisória.

A propósito, segundo o Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Execução. Embargos de terceiro. Mulher casada. Lei 4.121/62, art. 3º. Bens indivisíveis. Hasta pública. Possibilidade. Meação. Aferição no produto da alienação.

Recurso desacolhido.

I - Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado.

II - Tem-se entendido na Corte que a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio (REsp 200251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 06/08/2001, DJ de 29/04/2002, p. 152 - RSTJ, v. 159, p. 19).

Embargos de terceiro. Meação. Metade de cada bem.

A meação do cônjuge conta-se pela metade de cada bem que constitui o acervo do patrimônio comum e não pela totalidade (TARGS - Ap. Cível n. 197101801, de Feliz - Rel. Des. Rui Portanova - j. em 07.08.97).

Deste tribunal:

Ementa: Embargos de terceiro - Mulher casada - Dívida decorrente de aval dado pelo marido em favor de sociedade da qual não é sócio - Exclusão da meação da mulher - Benefício da família - Ônus da prova - Credor-embargado - Ônus sucumbenciais - Responsabilidade.

Embora seja a regra o fato de que é da mulher, interessada em excluir sua meação da responsabilidade por dívida assumida pelo marido, o ônus de provar que a dívida não resultou em benefício da família, em se tratando de dívida oriunda da dação de aval (em favor de sociedade da qual o marido não participa), cabe ao credor-embargado demonstrar o fato impeditivo da isenção, isto é, que a dívida assumida pelo marido resultou em benefício da família. É que o aval, sem nenhuma comprovação em contrário, a cargo do exequente, não deve ser considerado efetivado em benefício da mulher.

A meação apura-se em todos e em cada um dos bens do patrimônio do casal.

A exequente-embargada não fica isenta dos ônus sucumbenciais, se a embargante de terceiro logra êxito no pedido, que é a própria razão de ser dos embargos, ou seja, a defesa da sua meação da execução por dívida assumida pelo marido, da qual não adveio qualquer benefício à família.

A atribuição da responsabilidade pelos ônus sucumbenciais à exequente-embargada mostra-se ainda mais acertada, quando se verifica que dela partiu a indicação do bem à penhora, cuja meação é reclamada nos embargos de terceiro (Apelação Cível nº 307.076-8, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 07/06/2000, p. em 17/06/2000).

Está correta, pois, a decisão monocrática ao determinar seja preservada a meação da embargante sobre os bens penhorados.

Com respeito aos honorários, são devidos como anotados na r. decisão, em virtude da sucumbência e de sua módica fixação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e HELOÍSA COMBAT.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Ação civil pública - Poluição sonora - Tutela estatal - Igreja evangélica - Decibéis - Limite permitido - Multa - Aplicação**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Poluição sonora. Igreja evangélica. Agravo a que se nega provimento.

- A poluição em seus multifários processos de exteriorização há muito já vem sendo objeto de tutela estatal como arqueiro defensor do direito da coletividade.

- Insere-se na tutela estatal a poluição sonora que, excedendo o limite de decibéis permitidos, passa a ser alvo de censura judicial inclusive com aplicação de multa para coibir o respectivo direito tutelado.

**AGRAVO Nº 1.0105.07.238114-5/001 - Comarca de Governador Valadares - Agravante: Igreja Universal do Reino de Deus - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 26/29-TJ, a qual, nos autos da ação civil pública com pedido de tutela antecipada, para que a agravante não proceda, realize ou permita que se faça qualquer ato ou atividade que provoque, a partir de seu estabelecimento, emissão ou propagação de sons ou ruídos em níveis superiores aos estabelecidos nas normas federal, estadual e municipal, ou seja, não perturbe o sossego alheio com ruídos ou sons excessivos que, independentemente do ruído de fundo, atinjam no ambiente externo do recinto da agravante nível sonoro superior a 70 (setenta) decibéis - dB (A) durante o dia e 60 (sessenta) decibéis dB (A) durante a noite, explicitado o horário noturno como aquele correspondido entre as 22 (vinte e duas) horas e as 6 (seis) horas, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada descumprimento constatado, inclusive pelos descumprimentos reiterados, deferiu a medida, determinando oficiar ao Município de Governador Valadares para fiscalizar o cumprimento da decisão.

Foi deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 26/29-TJ, apenas para acompanhar o em. Des. Relator de plantão Brandão Teixeira na parte referente à multa fixada quanto à poluição sonora, quando às f. 136/137-TJ manifesta que:

[...] Entretanto, no item 3.c de suas razões (f. 12, dos originais) a própria agravante, muito louavelmente, dá notícias de que ela mesma já alterou radicalmente sua forma de proceder e providenciou medições, segundo as quais, nos dias '8 e 9 de novembro p.p' suas atividades estariam dentro dos padrões legais. Nem a liberdade religiosa está sendo reprimida e, ao que parece, o sossego das pessoas não está sendo abalado. Mantendo-se a agravante dentro de tal padrão de conduta, estará livre de quaisquer multas, por mais pesadas que possam ser.

Foram requisitadas informações e intimado pessoalmente o agravado para resposta, tudo no prazo comum de 10 dias e em consonância com a norma contida no art. 527 do CPC.

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

Requisitadas informações, o Magistrado *a quo*, à f. 174-TJ, mantém a decisão agravada.

Intimado para resposta, o agravado, às f. 181/195-TJ, apresenta manifestação, pugnando para que o recurso seja desprovido e mantida a decisão agravada.

Aberta vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça, esta às f. 197/203-TJ apresenta judicioso parecer, opinando pela rejeição da preliminar bem como pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos seus requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Da preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Não comungo com a preliminar argüida visto que, segundo o art. 129, III, da CR/88 e o art. 1º, I, da Lei n. 7.347/85, o Ministério Público tem legitimidade ativa para promover ação civil pública para defesa do meio ambiente e que o art. 225 da CR/88 também assegura referido direito para defesa da qualidade de vida de todos os cidadãos.

Portanto, rejeito a preliminar.

Com o presente recurso, objetiva o agravante a reforma da decisão agravada de f. 26/29-TJ, a qual, nos autos da ação civil pública com pedido de tutela antecipada para que a agravante não proceda, realize ou permita que se faça qualquer ato ou atividade que provoque a partir de seu estabelecimento emissão ou propagação de sons ou ruídos em níveis superiores aos estabelecidos nas normas federal, estadual e municipal, ou seja, não perturbe o sossego alheio com ruídos ou sons excessivos que, independentemente do ruído de fundo, atinjam no ambiente externo do recinto da Agravante nível sonoro

superior a 70 (setenta) decibéis - dB (A) durante o dia e 60 (sessenta) decibéis dB (A) durante a noite, explicitado o horário noturno como aquele correspondido entre as 22 horas e as 6 horas, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada descumprimento constatado, inclusive pelos descumprimentos reiterados, deferiu a medida, determinando oficiar ao Município de Governador Valadares para fiscalizar o cumprimento da decisão, objetivando ainda que a ação civil seja julgada extinta pela perda de seu objeto em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Não comungo com a pretensão argüida, visto que a decisão agravada foi proferida dentro da legislação atinente à espécie, mormente dentro do preceito constitucional, bem como que a Lei Federal n. 6.938/81, que fixa a competência do Conama para estabelecer normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Todavia, na parte referente à multa aplicada no caso de descumprimento da decisão agravada, o em. Des. Relator de plantão Brandão Teixeira na parte referente à multa fixada quanto à poluição sonora manifesta que

[...] Entretanto, no item 3.c de suas razões (f. 12, dos originais), a própria agravante, muito louavelmente, dá notícias de que ela mesma já alterou radicalmente sua forma de proceder e providenciou medições, segundo as quais, nos dias '8 e 9 de novembro p.p' suas atividades estariam dentro dos padrões legais. [...] Nem a liberdade religiosa está sendo reprimida e, ao que parece, o sossego das pessoas não está sendo abalado. Mantendo-se a agravante dentro de tal padrão de conduta, estará livre de quaisquer multas, por mais pesadas que possam ser.

Ora, se a agravante já modificou a forma de proceder e não mais está causando poluição sonora ao meio ambiente não só em seu recinto bem como com relação à paz e tranquilidade da vizinhança, mormente nos horários incompatíveis com o sossego e a tranquilidade, não há por que irressignar com a decisão agravada.

Todavia, segundo preleciona Hely Lopes Meirelles:

Poluição é toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 553).

Contudo, em matéria ambiental, a União pode legislar concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal, e o art. 24, VI, da CR/88 lhe dá competência para editar normas gerais assim como permite a edição de legislação suplementar por parte desses sem contrariar lei federal, uma vez que, no âmbito da competência concorrente, deve-se observar o princípio da hierarquia

das normas, tendo a legislação federal primazia sobre a estadual e municipal e a estadual sobre a municipal.

O Conama - Conselho Nacional do Meio Ambiente, no uso de suas atribuições conferidas pela Lei Federal nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei Federal nº 7.804/89, mediante a Resolução 01, de 08.03.90, estabeleceu que as medições devem ser efetuadas de acordo com a NBR 10.151- Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas, da ABNT, visando ao conforto da comunidade, fixando os seguintes limites de ruído:

Para área mista, predominantemente residencial: Diurno; 55 dB (A); Noturno: 50 dB (A); Para área mista, com vocação comercial e administrativa: Diurno: 60 dB (A); Noturno: 55 dB (A).

Entretanto, se a agravante está promovendo a realização de sons e ruídos acima de 55 dB (A) no período diurno e 50 dB (A) no período noturno, estará ela provocando danos ao meio ambiente mediante a poluição sonora, porquanto estará produzindo ruídos acima do limite legalmente estabelecido, uma vez que, observando o princípio da hierarquia das normas, em que a legislação federal tem primazia sobre a estadual, a Resolução nº 001/90, do Conama, tem primazia sobre a Lei Estadual nº 10.100/90.

Vejam-se as seguintes ementas de acórdão deste egrégio Tribunal de Justiça.

Ação civil pública - Poluição sonora - Igreja evangélica - Comprovação por perícia. - Julga-se procedente a ação civil pública impetrada pelo Ministério Público quando se comprova mediante perícia a poluição sonora causada por igreja evangélica (Número do Processo: 1.0000.00.327003-0/000(1) - Relator: Des. Edivaldo George dos Santos - j. em 05.08.2003 - p. em 1º.10.2003).

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Igreja. Liberdade de culto. Limitação legal. Uso nocivo da propriedade. Poluição sonora. Inadmissibilidade. Recurso parcialmente provido.

1. A Constituição da República assegura a liberdade de culto religioso nos limites da lei.
2. Não pode uma igreja, sob o fundamento de liberdade religiosa, adotar uso nocivo da propriedade mediante produção de poluição sonora porque extrapola limite legal.
3. Entretanto, tem a igreja o direito de utilizar música no interior do templo desde que os sons não atinjam o exterior, causando dano ao sossego dos vizinhos.
4. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido (Número do Processo: 2.0000.00.279713-3/000(1) - Relator: Caetano Levi Lopes - j. em 16.05.2000 - p. em 27.05.2000).

Assim, a poluição em seus multifários processos de exteriorização de há muito já vem sendo objeto de tutela estatal como arqueiro defensor do direito da coletividade.

Insera-se na tutela estatal a poluição sonora que, excedendo do limite de decibéis permitidos, passa a ser alvo de censura judicial inclusive com aplicação de multa para coibir o respectivo direito tutelado.

Por outro lado, vê-se que o deferimento da liminar pelo eminente Juiz *a quo* na forma requerida foi em razão de que a inequívocidade da prova produzida o convencera da verossimilhança dos fatos articulados pelo Ministério Público na ação civil pública.

Assim, não vejo razão plausível para modificar a decisão agravada, razão pela qual rejeito a preliminar e ao agravo nego provimento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Indenização - Tutela antecipada - Pedido -  
Compra e venda pela internet - Prestação de  
serviço - Falha - Dano material -  
Dever de indenizar - Dano moral -  
Comprovação - Inexistência**

Ementa: Processual civil. Legitimidade passiva. Análise. Ação de indenização. Compra e venda pela internet. Falha na prestação do serviço. Prejuízo material. Dever de reparar. Dano moral. Demonstração. Inocorrência.

- Verificando que a causa de pedir da presente ação se fundamenta na prestação de serviço defeituosa por parte da empresa demandada, não pairam dúvidas em relação à sua legitimidade passiva.

- Evidenciada a falha na prestação dos serviços por parte da empresa ré, que não detectou prontamente a fraude eletrônica, evidenciados, ademais, os prejuízos materiais daí decorrentes, merece procedência o pedido de indenização.

- A reparação por danos morais deve ser concedida somente nas hipóteses em que o evento cause grande desconforto espiritual, sofrimento demasiado, não podendo ser confundido com os simples aborrecimentos usuais do cotidiano.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.246090-2/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mercado  
Livre.Com Atividades de Internet Ltda. - Apelante adesi-  
va: Juliana Perazza de Ribeiro e Dias - Apelados: Juliana  
Perazza de Ribeiro e Dias, Mercado Livre.Com Atividades  
de Internet Ltda. - Relator: DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008. - *Irmair Ferreira Campos* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais e materiais com pedido de antecipação de tutela ajuizada por Juliana Perazza de Ribeiro e Dias em face de Mercado Livre.Com Atividades de Internet Ltda.

Narra a autora, em sua exordial, que se cadastrou no site da empresa ré, para poder utilizar de seus serviços. Afirma que, no momento em que se cadastrou, disponibilizou, no site da requerida, dados de seu aparelho celular no intuito de vendê-lo pela quantia de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

Assevera que, após ser avisada da venda do bem acima, recebeu da empresa ré um e-mail comunicando o recebimento do valor e requerendo que a autora enviasse a mercadoria para o endereço do comprador.

Contudo, alega a autora que, após 15 dias da efetiva entrega do produto, não recebeu o valor pago pela mercadoria anunciada.

Em face disso, entrou em contato com a empresa ré por via de e-mail, a qual lhe disse que a operação efetuada foi irregular, solicitando que a autora procurasse a Justiça para resolver seu problema com o comprador, que também era um usuário da empresa ré.

Aduz a autora que, "mesmo afirmando não ter relação com a venda efetuada, a ré começou a cobrar pelos serviços prestados para a autora, ou seja, a venda do celular" (f. 04).

Afirma a autora que a ré lhe cobrou R\$ 33,50 e ainda a excluiu dos cadastros do site, em virtude da inadimplência do valor sobredito.

Continua afirmando que a ré lhe enviou e-mails de cobrança e comunicados de que enviaria o nome da autora para o cadastro dos inadimplentes.

Diante das razões ora expostas, alega que são indiscutíveis os danos moral e material sofridos, devendo a ré ser condenada no pagamento das referidas indenizações.

Requer ainda que seja deferida a antecipação de tutela a fim de impedir que a empresa ré inclua o nome da autora no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito.

À f. 59/60, foi deferida a antecipação de tutela.

Devidamente citada, a empresa ré Mercado Livre apresentou contestação às f. 74/92, sustentando como preliminar a sua ilegitimidade passiva.

Alega que não há qualquer registro em nome da autora no serviço de mercado pago e, por via de consequência, qualquer pagamento por parte do comprador através do sistema mercado pago.

Afirma que o e-mail de f. 33 jamais foi remetido pela ré e que a situação narrada pela autora foge completamente ao controle da empresa ré, uma vez que o comprador forjou a mensagem para induzir a autora a postar o bem sem efetuar o pagamento a que estava obrigado.

Com relação à cobrança de comissão de venda correspondente a 4% sobre o valor da venda, afirma a ré que tal valor já foi estornado.

No que diz respeito à sua responsabilidade pelo ocorrido, afirma a ré que não funciona como garantidora ou fiadora da negociação, ficando totalmente impossibilitada de devolver algo que nunca teve em seu poder. Em face disso, afirma que "somente quem detém o produto poderá devolvê-lo, a saber, o comprador, o Sr. Pedro Júnior".

Ainda sobre a responsabilidade, aduz a ré que nos autos não existe qualquer documento que a vincule como responsável e participante da lesão aos direitos da autora.

Aduz ainda que "é medida bastante fácil remeter-se correios eletrônicos, fazendo-se passar por terceira parte", o difícil é constatar referida fraude através de perícia técnica.

Diante disso e para provar que a mensagem encaminhada à autora não foi remetida pela requerida, pleiteia a produção de prova pericial no computador da autora.

Com relação ao dano material, sustenta a ré que inexistem nos autos documentos hábeis a sua comprovação, devendo a autora ter juntado a nota fiscal do produto que tentou vender.

No que se refere aos danos morais, alega a ré que a cobrança foi cancelada e que o nome da autora não foi incluído em cadastros restritivos de crédito, não originando qualquer constrangimento.

Requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva ou, caso seja ultrapassada essa preliminar, seja no mérito julgada totalmente improcedente a presente ação.

O MM. Juiz a quo proferiu sentença às f. 173/179, julgando procedente o pedido inicial condenando a empresa ré a pagar à autora indenização por danos morais e materiais no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), respectivamente.

Condenou ainda a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da ordem de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Contracitada decisão, o requerido Mercado Livre. com interpôs recurso de apelação às f. 173/179,

sustentando como preliminar a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação.

No mérito, afirma que a atividade da recorrente não admite a sua responsabilização pelos negócios firmados entre as pessoas que se cadastram em seu site e efetuam a compra e venda de mercadorias.

Alega que:

sua atividade se assemelha à desempenhada pelo corretor, que apenas apresenta vendedor a comprador, não se responsabilizando pela qualidade do que está sendo vendido nem se o negócio vai ou não se efetivar. O corretor também não dá qualquer tipo de garantia quanto à idoneidade de qualquer das partes (f. 185).

Com relação ao dano material, sustenta a apelante que a culpa pelo ocorrido é exclusiva da autora, que ignorou os conselhos da recorrente para efetivar uma compra segura, uma vez que, caso a autora tivesse acessado a página "dinheiro pendente", disponibilizada pelo site, nada disso teria ocorrido.

No que se refere ao dano moral, afirma a apelante que o mero inadimplemento contratual relativo à verba não creditada em favor da apelada, no valor de R\$ 650,00, em nada macula o rol dos direitos da personalidade da recorrida, ou seja, a frustração no negócio jurídico em nada atingiu seu nome, sua honra e sua imagem, sendo, portanto, indevida a indenização por danos morais.

Requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva ou, no mérito, seja dado provimento ao presente recurso para reformar a r. sentença proferida.

Contra-razões às f. 194/204.

Também inconformada com a r. sentença proferida, apela adesivamente a autora às f. 205/209, pleiteando tão-somente a majoração dos danos morais fixados.

Contra-razões às f. 212/222.

Conheço dos recursos visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Tendo em vista a prejudicialidade existente em ambos os recursos, analisarei primeiro a apelação interposta por Mercado Livre.Com Atividades de Internet Ltda.

Da apelação principal - Mercado Livre.Com.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Sustenta o apelante não ser parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação ao argumento de que não interveio na compra e venda realizada, agindo tão-somente como anunciante do produto ofertado pela autora.

A preliminar merece ser rejeitada.

Como se sabe, a questão referente à legitimidade passiva *ad causam* deve ser analisada com base nos elementos da lide, com relação ao próprio direito de ação, autônomo e abstrato, afastando-se do conteúdo da relação jurídica material deduzida em juízo.

Sobre o tema, eis a lição do Prof. Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatío ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação.<sup>1</sup> E, para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo.

Outrossim, porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimidade passiva é elemento ou aspecto da legitimidade de agir. Por isso, só há legitimidade para o autor quando realmente age diante ou contra aquele que na verdade deverá operar efeito à tutela jurisdicional, o que impregna a ação do feito de 'direito bilateral' (in *Curso de direito processual civil*. 18. ed., v. I, p. 58).

Os legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. Ainda, na opinião de Moacyr Amaral dos Santos:

Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, a legitimidade para agir em relação ao réu deverá corresponder à legitimidade para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimidade ativa. Aqui, legitimidade passiva. (In *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 171.)

In casu, verificando que a causa de pedir da presente ação se fundamenta na prestação de serviço defeituosa por parte da empresa demandada, não pairam dúvidas em relação à sua legitimidade passiva, reservando-se qualquer discussão acerca da responsabilidade para o mérito.

Lado outro, conforme brilhantemente decidiu o MM. Juiz *a quo*,

[...] mesmo não havendo uma relação de compra e venda entre a autora e a ré, tem-se que foi esta que realizou as orientações a serem seguidas pela autora, bem como foi ela quem cobrou indevidamente pelos serviços prestados e foi ainda ela quem encaminhou e-mails, ameaçando a requerente de se ver negatada no Serasa, sendo, portanto, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação (f. 175).

Dessa forma, sem mais delongas, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Mérito.

No mérito, sustenta a apelante que a atividade por ela desempenhada não admite a sua responsabilização pelos negócios firmados entre as pessoas que se cadastram em seu site e efetuam a compra e venda de mercadorias.

Afirma ainda que a culpa pelo dano material ocorreu por culpa exclusiva da autora, que ignorou os conselhos da recorrente para efetivar uma compra segura. Já com relação aos danos morais, sustenta a apelante que a frustração no negócio jurídico em nada atingiu seu nome, sua honra e sua imagem, não havendo que se falar em indenização por danos morais.

No mérito, a irresignação do apelante merece prosperar parcialmente.

No que se refere à responsabilidade da empresa ora apelante para responder aos danos causados à autora, tenho que restou esclarecida, quando da análise da preliminar de ilegitimidade passiva, a sua obrigação em ressarcir à autora os danos a ela causados.

Inicialmente, ressalto que a presente demanda deve ser analisada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, com respeito a suas normas e princípios.

Nesse sentido, não pairam dúvidas de que o princípio da boa-fé objetiva deve nortear a contratação desde as tratativas iniciais, passando pela execução contratual, e até mesmo após a extinção do contrato.

Sobre o tema, a il. doutrinadora Cláudia Lima Marques ensina:

Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé [...].

Inicialmente, é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1995, p. 106).

E segue:

Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a 'fidelidade' e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de fidelidade e cooperação nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas de despertar (confiança) (*op. cit.*, p. 106).

*In casu*, sustenta a autora, na inicial, que, confiando no serviço disponibilizado pela empresa demandada, qual seja transações (compra e venda) realizadas mediante a rede mundial de computadores, disponibilizou, no *site* da mesma, os dados de seu aparelho celular (Simens SL 65), no valor de R\$ 650,00 (seiscentos e cinqüenta reais).

Ressaltou a autora na inicial que, quando fez seu cadastro no *site* da ré, optou pela modalidade "Mercado Pago", o qual é considerado mais seguro, haja vista que, na opção "Mercado Pago", o cliente é avisado por e-mail

de que seu produto foi vendido, de que o depósito foi feito, evitando dessa forma possíveis fraudes.

Contudo, sustenta a autora que, após ser avisada por e-mail da venda do seu produto anunciado (f. 32), entrou em contato com o comprador (Pedro Júnior), conforme orientação passada pela empresa ré, a fim de concretizar a venda.

No mesmo dia, a empresa ré enviou outro e-mail à autora (f. 33), informado que recebeu R\$ 670,00 (seiscentos e setenta reais) do comprador pela venda do celular anunciado.

Antes mesmo de enviar o produto negociado ao suposto comprador, a autora enviou e-mail à empresa ré, solicitando informações sobre a venda realizada nos seguintes termos (f. 36):

[...] fiz a venda de um aparelho de telefone o comprador me mandou o endereço para enviar o produto no nome do irmão dele, se eu fizer isso como poderei comprovar que entreguei o aparelho se ele alegar o contrário?

Em resposta à solicitação da autora, o Mercado Livre respondeu:

O envio do produto, o Mercado Livre, recomenda que seja enviado por sedex, para segurança das contrapartes. Não há problema de que o envio seja feito no nome do irmão do comprador, guarde o e-mail enviado para sua segurança, para qualquer eventualidade.

E assim foi feito. A autora enviou o aparelho celular via sedex (f. 37), para o endereço informado pelo suposto comprador.

Contudo, verificando que, 15 dias após o envio, ainda não havia recebido o dinheiro da venda, enviou novamente um e-mail à empresa, ora apelante, solicitando alguns esclarecimentos acerca do ocorrido e, para sua surpresa, essa foi a resposta da requerida (f. 38):

Verifiquei no sistema e não encontrei nenhuma transação para que pudesse enviar o produto, dessa forma, me envie o e-mail o qual o senhor recebeu para que o nosso departamento de políticas e regras analise os fatos.

Após enviar os e-mails solicitados, mais uma vez a autora foi surpreendida com a seguinte informação (f. 40):

Peço por gentileza que a senhora contate os meios legais para que possa verificar as ações do usuário que enviou o e-mail falso à senhora. Como não há transações no Mercado Pago, o Mercado Livre não tem como dar uma posição a qual seja possível resgatar valores ou até mesmo o produto. Como se trata de uma negociação irregular, aconselho a senhora entrar com uma ação contra esse usuário.

Ora, diante da troca de e-mails realizada entre a autora e a empresa ré, não me restam dúvidas em afirmar que a requerida, ora apelante, foi negligente, ao



não verificar, desde o primeiro e-mail enviado no dia 10.04.2006 (f. 36), se existia realmente uma negociação entre as partes, vindo apenas a conferir a transação quando a autora questionou sobre o recebimento do valor supostamente pago pela mercadoria.

Na hipótese dos autos, a empresa apelante, ao deixar que transação *on line*, ainda que fraudulenta, se efetivasse, criou na autora a expectativa legítima de que o valor dela decorrente estava disponível em sua conta bancária.

Dessa forma, não pode a requerida, sob o fundamento de que apenas atua como intermediadora nas compras e vendas dos produtos anunciados, querer excluir sua responsabilidade, uma vez que, repita-se, foi negligente ao não controlar as transações feitas pela internet.

Também não pode a apelante alegar que a autora ignorou os conselhos fornecidos por ela, para uma compra segura, haja vista que, conforme documentos juntados pela requerida às f. 15/40, a autora obedeceu a todas as instruções fornecidas, tendo inclusive cadastrado no "Mercado Pago", no intuito de obter mais segurança na venda realizada.

Lado outro, a empresa ré não cuidou, em momento algum, nos autos, de comprovar que a culpa pelo insucesso na transação foi exclusiva da autora, também não comprovou que os e-mails enviados, informando acerca da venda e do recebimento do valor, são falsos, o que apenas confirma a falha do Mercado Livre, ora apelante, na prestação do serviço contratado pela autora.

Assim, em se tratando de verdadeiro risco da atividade, a mesma acarreta responsabilidade objetiva da empresa, tudo nos moldes do art. 14 do CDC, *in verbis*:

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.

Não pairam dúvidas de que, *in casu*, houve falha na prestação dos serviços por parte da empresa, ora apelante, que não detectou prontamente a fraude eletrônica, levando a autora, ora apelante adesiva, a crer que seu produto anunciado foi de fato vendido e que o valor correspondente foi depositado e recebido pelo Mercado Livre, conforme e-mails enviados (f. 32/33).

Nem se diga que aplicável ao caso dos autos a excluída de antijuridicidade denominada fato de terceiro.

Sobre o tema, o il. doutrinador Sílvio Salvo Venosa tece:

No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexos causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexos causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato

era inevitável e imprevisível (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 56).

Isso porque o fato ocorrido com a autora, não obstante possa até ser previsível, o mesmo somente poderia ser evitável caso a empresa ré fosse diligente e oferecesse mais segurança aos seus usuários, o que não ocorreu.

Ora, certo é que eventos danosos como o narrado pela apelante, com envio de e-mails falsos causados por hackers, já vitimaram inúmeras pessoas, que, além dos prejuízos como o sofrido pela autora, tiveram, por exemplo, clonado seu número de CPF, e conseqüentemente compras foram realizadas pelo fraudadores, causando enormes prejuízos financeiros a essas pessoas.

Ocorre que muitas das vezes é difícil rastrear a fraude até o seu responsável, sendo tal tarefa simplesmente impossível para o simples cidadão que se viu envolvido e prejudicado.

Ora, tratando-se de negociação por via da internet, em que todas as informações são trocadas por via de e-mail, deve-se levar em conta a Teoria da Aparência, não se podendo, no presente caso, imputar à autora a culpa pelo prejuízo sofrido, visto que ela acreditou fielmente que os e-mails enviados eram realmente da empresa ré.

Tanto é verdade que pediu informações se poderia enviar o produto ao irmão do comprador, sendo ônus da empresa apelante, naquele momento, verificar se havia ou não transação entre as partes.

Assim, em relação aos danos materiais, resta comprovado nos autos que a quantia objeto da transação *on line* tinha por escopo o pagamento de um aparelho celular anunciado através do site da apelante, entregue ao pretense comprador tão logo informado à autora o recebimento do valor da venda realizada.

Assim, após o envio do aparelho, a requerente se viu sem o telefone celular e sem o dinheiro da venda, evidenciando, pois, os prejuízos decorrentes de todo o lamentável ocorrido.

O fato é que, diante da falha no serviço, dos danos materiais experimentados pela consumidora e do nexos de causalidade existente, não pairam dúvidas em relação ao dever de indenizar, como bem decidiu o Juiz sentenciante.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial:

Ação de indenização - Aquisição de produto via internet - Falha na prestação do serviço - Configuração - Dever de indenizar reconhecido - Dano moral - *Quantum* indenizatório - Critério - Moderação. - O fornecedor responde, independentemente da comprovação de culpa, pelos danos causados aos consumidores em razão dos defeitos relativos aos serviços prestados. - O cancelamento prematuro do cadastro de consumidor pelo fornecedor de serviços que intermedeia transação de compra e venda via internet bem como a ausência de devolução dos valores depositados por aquele configuram defeito na prestação do serviço, sendo devida a indenização por danos materiais e morais. - À falta de

critérios objetivos, deve o juiz agir com prudência ao fixar o *quantum* indenizatório, atendendo às peculiaridades do caso sob julgamento e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo (Apelação nº 1.0024.06.199230-1/001 - Relator: Des. D. Viçoso Rodrigues - p. em 15.09.2007).

Processual civil. Legitimidade passiva. Análise. Ação de indenização. Estorno. Boa-fé objetiva. Falha na prestação do serviço. Prejuízo material. Dever de reparar. Dano moral. Demonstração. Inocorrência.

- A legitimidade *ad causam* deve ser analisada a partir de um exame em abstrato da pretensão deduzida em juízo. A boa-fé objetiva é princípio geral dos contratos, que deve nortear a contratação desde as tratativas iniciais, passando pela execução contratual, e até mesmo após a extinção do contrato. Evidenciada a falha na prestação dos serviços por parte da instituição financeira, que não detectou prontamente a fraude eletrônica, evidenciado, ademais, os prejuízos materiais daí decorrentes, merece procedência o pedido de indenização. A reparação por danos morais deve ser concedida somente nas hipóteses em que o evento cause grande desconforto espiritual, sofrimento demasiado, não podendo ser confundido com os simples aborrecimentos usuais do cotidiano (Apelação nº 1.0024.06.221286-5/001 - Relator: Desembargador Irmair Ferreira Campos - p. em 27.07.2007).

Diante das razões ora expostas, entendo acertada a decisão proferida pelo MM. Juiz monocrático ao condenar a empresa ré, ora apelante, na indenização por danos materiais, relativos à suposta venda do aparelho.

Contudo, no que se refere aos danos morais, a meu ver, a r. decisão está a merecer reparos.

Isso porque, com relação ao dano moral, entendo que, para que se possa falar em obrigação de indenizar, necessária se faz a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil, os quais são: o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre os dois anteriores elementos.

Nesse sentido, a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira:

A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outro (in *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 85).

Este é o entendimento jurisprudencial:

Processual civil - Indenização - Responsabilidade civil - Requisitos - Descaracterização.

- Para que se imponha o dever de indenizar, necessária a comprovação dos requisitos subjetivos da responsabilidade civil, quais sejam o dano, a ilicitude da conduta e o nexo causal entre ambos.

- Ao autor cabe o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito. Recurso não provido (Ap. 337.291-4 - TAMG, Rel. Juiz Manuel Saramago, 2ª Câmara Cível, j. em 07.08.2001).

À guisa de arremate:

Apelação - Ação de indenização - Dano material e moral - Ônus probatório - Não-comprovação dos requisitos previstos no art. 159 do Código Civil. - Não logrando o autor comprovar a coexistência dos pressupostos da responsabilidade civil elencados no art. 159 do CC, ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, dano e nexo de causalidade, impõe-se o reconhecimento da improcedência da pretensão indenizatória. (Ap. 331.274-9 - TAMG - Rel.ª Juíza Beatriz Pinheiro Caíres - 6ª Câmara Cível - j. em 03.05.2001).

Na hipótese específica do dano moral, para que incida o dever de indenizar, no sofrimento físico ou espiritual, deve comprovar-se que o dano é decorrente de uma ação ilícita voluntária, comissiva ou omissiva, imputável ao agente responsável pelos danos causados à vítima, visto que o dano moral constitui o prejuízo decorrente da dor imputada à pessoa em razão de atos que, indevidamente, ofendem seus sentimentos de honra e dignidade, provocando mágoa e atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral.

Em se tratando de indenização por danos morais, a questão da prova se apresenta de forma simples, quando se trata de demonstrar o prejuízo, mas, ainda assim, ao prejudicado cumpre mostrar o dano.

Na lição de Aguiar Dias:

O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa na ação seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante (in *Da responsabilidade civil*. 6. ed., 1979, v. I, p. 93/94).

No caso em espécie, não se vislumbra pelo contexto probatório nenhum elemento que pudesse determinar a ocorrência do dano moral, porquanto não demonstrou o apelante a ocorrência de nenhum tipo de constrangimento, humilhação ou vexame que abalasse sua auto-estima ou dignidade.

O simples fato de o serviço prestado pela apelante ter sido insatisfatório, por não ter sido a mesma diligente em verificar se existia ou não negociação entre as partes, não é danoso suficientemente para provocar tamanha dor espiritual que enseje a reparação pecuniária.

Há sempre que distinguir entre os leves aborrecimentos do dia-a-dia e a dor moral propriamente dita. Aborrecimentos e fatos indesejáveis acontecem a todo o tempo no cotidiano das pessoas, mas esses são absorvidos e superados.

A conduta do Mercado Livre, embora possa ter causado à autora aborrecimento, irritação e insegurança, não é capaz de provocar ao homem médio o sofrimento suficiente para tornar-se uma dor espiritual que mereça reparação pecuniária.

Acrescente-se ainda que o nome da autora nem sequer foi inscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, sendo certo que as ameaças de envio do nome à Serasa não são suficientes para ensejar a indenização por danos morais.

Nesse sentido:

Ação de indenização com pedido de desabilitação de linhas telefônicas - Cobrança indevida - Ameaça de inscrição de nome em cadastros de devedores inadimplentes e habilitação de números sem autorização da autora, em seu nome - Danos morais - Não-configuração - Inexistência de efetiva inscrição - Cobrança não vexatória - Ausência de prova de necessidade de prestar esclarecimentos em inquérito policial - Manutenção da determinação de desabilitação das linhas não solicitadas pela requerente - Recurso parcialmente provido. [...] - A simples cobrança de valores que a ré entendia como devidos e a ameaça de inscrição do nome da autora em cadastros restritivos de crédito não ensejam danos morais, sobretudo quando não houve qualquer demonstração de que a cobrança tenha sido vexatória ou tenha exposto a requerente a qualquer dano extrapatrimonial (Apelação nº 1.0363.05.020491-8/001 - TJMG - Relator: Des. Eduardo Marine da Cunha - p. em 05.06.2008).

Diante das razões ora expostas, entendo que a r. sentença deve ser parcialmente reformada apenas para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais.

Apelação adesiva - Juliana Perazza de Ribeiro e Dias.

Fica prejudicada a análise do presente recurso, uma vez que a matéria nele contida já foi analisada quando do julgamento da apelação principal, interposta pelo Mercado Livre.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação principal, apenas para excluir da r. sentença a condenação em danos morais, ficando prejudicada a análise da apelação adesiva.

Como consectário, altero os ônus sucumbenciais para condenar ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na r. sentença em R\$ 1.000,00 (mil reais), na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma.

Com relação à autora, apelante adesiva, fica suspensa tal exigibilidade em virtude de a mesma estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Fica admitida a compensação das verbas honorárias nos termos da Súmula 306 do STJ.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

**Súmula** - REJEITARAM A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

...

**Rescisão contratual - Obrigação de fazer - Repetição de indébito - Cumulação - Operadora de telefonia - Título executivo extrajudicial - Opção do credor - Interesse de agir - Mérito - Apreciação pelo tribunal - Possibilidade - Prestação de serviço - Teoria objetiva - Dano moral - Dano material - Configuração - Honorários de advogado**

Ementa: Telefonia. Repetição do indébito. Título executivo extrajudicial. Opção do credor. Interesse de agir. Apreciação do mérito pelo tribunal. Possibilidade. Prestação de serviço. Teoria objetiva. Dano moral configurado. Danos materiais. Honorários contratuais.

- Impedimento legal não existe se, mesmo estando munido de título executivo extrajudicial, optar o credor por ação de conhecimento, sendo que tal opção não traz qualquer prejuízo à parte contrária, sendo a possibilidade de defesa da parte ré inclusive mais ampla, não havendo falar em carência de ação por falta de interesse de agir do autor.

- Tendo o processo sido extinto sem julgamento de mérito, o tribunal, reformando a sentença, pode, desde logo, apreciar a lide, caso verse sobre matéria de direito e esteja em condições de imediato deslinde.

- Nas relações de consumo, aplica-se a teoria objetiva, e esta exige tão-somente que a vítima prove a ocorrência de uma conduta antijurídica por parte do agente e o dano causado, cumprindo a este convencer o julgador acerca da existência de causa legal de exclusão da ilicitude ou de culpa da vítima, concorrente ou exclusiva, para eliminar ou atenuar a responsabilidade pela reparação civil. As concessionárias ou permissionárias de serviços públicos estão obrigadas a fornecê-los de forma adequada, eficiente e segura, e respondem pelos danos causados aos consumidores se inobservadas aquelas obrigações, conforme o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

- O arbitramento do montante indenizatório por dano moral deve ter como parâmetro, dentre outros aspectos, as condições da vítima e do ofensor, o grau da culpa, impondo-se ao julgador, segundo orientação consolidada na doutrina e jurisprudência, ponderar as circunstâncias de cada caso concreto, segundo os critérios de apreciação eqüitativa, cuidando para que o valor estabelecido não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento imotivado, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, considerando especialmente a intensidade da culpa e o potencial econômico do ofensor.

- Se o autor contratou advogado particular para patrocinar sua causa, ainda que sabedor da possibilidade de utilizar-se da assistência judiciária gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988), obviamente se comprometeu a pagar honorários ao causídico, não sendo possível responsabilizar a parte contrária pelo pagamento dessa verba.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.05.281445-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Marcelo Henrique de Araújo Almeida - Apelada: Vesper S/A - Relator: DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2008 - José Affonso da Costa Côrtes - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ - Conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação de rescisão de contrato c/c obrigação de fazer, repetição do indébito e ainda indenização pelos danos materiais e morais ajuizada por Marcelo Henrique de Araújo Almeida em desfavor de Vesper S.A., em síntese, mencionando que adquiriu um aparelho telefônico e a conseqüente prestação de serviços de linha telefônica da requerida em 20.10.2004. Ocorre que, recebido o produto na data de 22.04.2004, não fora prestado o serviço adquirido, pelo que, no prazo legal estipulado pelo CDC, entrou em contato com o Procon e procedeu à reclamação, requerendo a desistência do contrato, bem como rescisão do contrato, restituição das quantias pagas e conseqüente repetição do indébito, dano moral e material.

A requerida citada apresentou contestação, alegando preliminarmente a inexistência de interesse de agir, uma vez que há título executivo extrajudicial representado pelo acordo firmado no Procon, que, caso inadimplido, dá ensejo à propositura de ação de cunho executivo. Alegou ainda a inépcia da inicial, se contrapondo aos pontos alegados na exordial, pugnano pela improcedência do pedido.

O d. Juízo da Comarca de Juiz de Fora, às f. 99/100, entendendo pela falta de interesse de agir em se promover ação de conhecimento quando já existente título executivo extrajudicial, julgou extinto o processo sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, do

CPC. Condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios que fixou em 10% do valor da causa.

Insiste o apelante, em suas razões recursais (f. 102/110), que a sentença merece ser reformada, preliminarmente porque o autor tem interesse de agir e por isso optou pela ação de conhecimento por questões que evidentemente não poderiam ser conhecidas pelo juízo caso proposta a execução do título extrajudicial. No mérito, requereu a condenação da requerida à restituição do valor pago a título de 4 parcelas, no montante de R\$ 139,60, acrescida de juros legais e atualização monetária a partir de cada efetivo desembolso. Também a repetição do indébito nos termos do art. 42 do CDC em relação às 6 parcelas vencidas após o acordo, com juros de mora de 1% ao mês e reajuste monetário pelo INPC, a partir de cada efetivo desembolso, de acordo com as súmulas 43 e 54 do STJ. Requereu, por fim, danos morais e materiais, além da condenação da requerida nos ônus da sucumbência.

A apelada contra-arrazoou às f. 117/128, rebatendo as alegações do apelante, pugnano pela manutenção da r. sentença.

Interesse de agir.

O MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, ao entendimento de falta de interesse de agir do autor em promover ação de conhecimento quando já existente título executivo extrajudicial.

Deve-se reconhecer que a escolha do procedimento não é faculdade da parte, pois, sendo cogente a norma do *codex*, deve a parte observá-la com rigor, sob pena de nulidade do processo.

No entanto, no caso dos autos, a regra deve ser aplicada com certa mitigação e vista com prudência e restrição, pois nenhum prejuízo vem acarretar à ré, que, pelo contrário, é a única beneficiada, tendo em vista que o processo de conhecimento é menos voraz e violento com relação à pessoa do devedor, e porque, mesmo sendo o autor portador de um título executivo, pode, como credor, se assim lhe aprouver, abrir mão da efetividade e rapidez do processo executivo e percorrer a via mais demorada da ação de conhecimento, inexistindo, a meu ver, qualquer obstáculo de ordem legal, jurídica ou lógica que o impeça de assim proceder.

O extinto egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais já se pronunciou a respeito da questão:

Ação monitoria. Contrato de renegociação de dívida. Título executivo extrajudicial. Documento hábil ao ajuizamento da ação monitoria.

- O contrato de renegociação de dívida pode ser cobrado com a utilização da via monitoria, pois é documento escrito de que trata o art. 1.102 do CPC.

- Pode o credor, portador de um título executivo, abrir mão da efetividade e rapidez do processo executivo e percorrer a via mais demorada da ação monitoria, inexistindo qualquer

obstáculo que o impeça de assim proceder (Ap. Cível 2.0000.00.507475-5/000 - Rel. Alvimar de Ávila - p. em 18.06.05).

E também este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Civil e comercial. Apelação. Ação de cobrança. Manejo da ação de conhecimento. Possibilidade. Princípio da instrumentalidade das formas. Nota promissória. Ausência de indicação do nome do beneficiário. Não-descaracterização do título. Indicação do lugar do pagamento. Desnecessidade. Pagamento parcial. Compensação na apuração do valor devido. Apelo provido.

- O credor pode ajuizar a ação de cobrança no lugar da execução, mesmo quando detém título executivo extrajudicial, tendo em vista que a referida opção não acarreta prejuízo algum para a parte contrária.

- Estando a nota promissória na posse do credor, não é exigível a sua indicação como beneficiário do crédito estampado no título.

- A falta de indicação do lugar do pagamento não descaracteriza a nota promissória, sendo possível efetuar a cobrança na localidade que consta nos dados do subscritor/emittente.

- Na apuração do valor devido, deve ser descontado o pagamento parcial efetuado pelo devedor e reconhecido pelo credor (Ap. Cível 1.0024.04.349804-7/001 – Rel.º Des.º Márcia De Paoli Balbino - p. 28.09.06).

Assim é que necessário se faz afastar a falta de interesse de agir reconhecida em primeira instância.

Apreciação das questões pelo Tribunal.

Observa-se que o MM. Juiz, ao decretar a falta de interesse de agir, extinguiu o processo sem resolução do mérito, conforme estatuído no art. 267, VI, do CPC, deixando de apreciar o mérito do pedido exordial, pelo que não vejo sentido determinar a volta dos autos ao Juízo singular de origem, mesmo porque, de acordo com o art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso de apelação devolve ao Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

A respeito de tal regra, o colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

O recurso de apelação é dotado de efeito devolutivo amplo, não restrito às questões efetivamente resolvidas na sentença, podendo abranger também aquelas que poderiam tê-lo sido, como no caso das questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas pelas partes (REsp 237984/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 16.12.99).

A amplitude de devolução do § 1º do art. 515 do CPC é limitada à matéria impugnada, ainda que, embora discutida na causa, não tenha sido objeto do julgamento da instância monocrática (REsp 5803-CE, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 27.05.91).

É integral o efeito devolutivo da apelação: não se cinge às questões efetivamente resolvidas na instância inferior; abrange também as que deveriam tê-lo sido (RSTJ 129/328).

Dessa forma, nos termos do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, estando o processo maduro e devidamente instruído e em condições de imediato julgamento, passa-se desde logo ao exame do pleito inicial.

Restituição da quantia paga.

Relata o autor que contratou com a requerida a compra de um aparelho telefônico (tipo celular), no valor total de R\$ 349,00, e prestação de serviços pela sua utilização que não chegou a efetivar-se.

Diz que fez vários contatos com a ré sem sucesso e então recorreu ao Procon, o que culminou no acordo de f. 15.

Resta incontroverso nos autos que o autor já havia quitado 4 parcelas por ocasião da reclamação no Procon, sendo certo que ali ficou acordado que a requerida procederá ao cancelamento das outras 6 parcelas, o que não ocorreu.

Dessa forma, deve a requerida restituir o valor das 4 parcelas no total de R\$ 139,60, acrescido de correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Repetição do indébito.

A repetição do indébito decorre do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.

O art. 42, parágrafo único, do CDC confere ao consumidor o direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, salvo na hipótese de engano justificável.

*In casu*, não houve qualquer engano justificável, haja vista que a requerida ficou bem ciente - f. 15 - de que deveria proceder ao cancelamento das 6 parcelas restantes; e, se assim não fez, deve responder pela sua inércia.

Tal cobrança, portanto, dá ensejo à punição pretendida, devendo a requerida restituir em dobro o autor pelo pagamento (comprovado às f. 21/26) das 6 parcelas (que deveriam ter sido canceladas e não foram) no valor total de R\$ 418,80 (34,90x6=209,40x2=418,80), acrescido de correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Correção monetária e juros de mora.

Servindo, pois, a correção monetária como fator de adequação da moeda, e não sanção, deve, portanto, incidir tal verba a partir do desembolso para quitação dos valores cobrados.

Já os juros moratórios, tratando de responsabilidade contratual devem incidir a partir da citação. Em recente decisão, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

Rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Devolução de importâncias pagas. Direito de retenção. Súmula 7/STJ. Juros de mora. Data da citação. Art. 406 do Código Civil de 2002. Aplicabilidade. [...] - Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil. Recurso especial parcialmente provido (STJ. REsp 594486/MG. Terceira Turma. Rel. Min. Castro Filho. Julgamento em 19 de maio de 2005).

Por tais motivos, devem incidir juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês sobre os valores a serem restituídos ao autor somente a partir da citação inicial.

Danos morais.

A detida análise da prova documental não corrobora as assertivas da ré. Ao contrário, não resta qualquer dúvida de que efetivamente não houve prestação adequada dos serviços contratados pelo autor.

De início, observa-se que entre as partes existe genuína relação de consumo, pois a ré é prestadora de serviço de telefonia e o réu consumidor final do serviço, que dele se utilizou como cidadão, estando ao menos equiparado nos termos do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o entrave existente entre as partes deve ser analisado sob a ótica da teoria objetiva, adotada excepcionalmente nos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 8.078, de 1990.

Sobre a mencionada teoria objetiva ensina Caio Mário da Silva Pereira (em *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 269):

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

Logo, para obter o ressarcimento baseado na responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, basta que o autor demonstre o nexo causal entre o fato lesivo - comissivo ou omissivo - e o dano, pois se presume a culpa do agente prestador do serviço com a conseqüente inversão do ônus da prova.

Em outras palavras, a teoria objetiva exige, tão somente, que a vítima prove a ocorrência de uma conduta antijurídica por parte do agente e o dano causado, cumprindo a este convencer o julgador acerca da existência de causa legal de exclusão da ilicitude ou de culpa da vítima, concorrente ou exclusiva, para eliminar ou atenuar a responsabilidade pela reparação civil.

No caso, restou amplamente provado que houve falha na prestação do serviço, já que o autor adquiriu aparelho telefônico, bem como a respectiva prestação de serviços pela sua utilização, contudo o serviço nunca chegou a se iniciar.

Logo, existindo falha na prestação do serviço, deve o contratado indenizar os prejuízos padecidos pelo contratante.

Dispõe o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Nesse sentido decidiu este Tribunal:

Indenização - Dano moral e material - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Interrupção do serviço - Usuário adimplente - Responsabilização.

1 - Nos casos em que se encontrem envolvidas pessoas físicas ou jurídicas prestadoras de serviço público, prescinde a vítima do prejuízo da comprovação da culpa ou ilicitude da concessionária, cabendo ao demandante evidenciar simplesmente a coexistência do dano e do nexo de causalidade. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

2 - O entendimento constitucional da responsabilidade objetiva fora estendido aos prestadores de serviços em geral, mesmo que não implementassem atividade pública, desde que a relação por eles constituída pudesse ser considerada como de consumo, subsumindo-se as partes contraentes aos conceitos de consumidor e fornecedor constantes do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90. É o que se vê do art. 14 do Estatuto consumerista.

3 - O estatuto consumerista é cristalino ao impor, relativamente às concessionárias de serviço público, o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, acrescentando também que, nos casos de descumprimento total ou parcial das aludidas obrigações, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, como dispõe o art. 22 e seu parágrafo.

4 - Prescinde da comprovação do prejuízo a vítima do dano moral, por ser ilógico exigir a demonstração de algo imaterial, daquilo que habita a alma da pessoa. [...] (Ap. Cív. 428.981-6/Montes Claros, 8ª C.Cível/TAMG, Rel. Juiz Sebastião Pereira de Souza, j. em 12.03.2004).

No caso em exame, a ré efetivamente não prestou o serviço como contratado. Logo, deve responder pelo dano que causou. Nesse aspecto, seu inconformismo não tem pertinência.

Por fim, resta examinar se o dano moral está presente.

Para o autor Caio Mário da Silva Pereira, na obra citada, à p. 53, o dano moral é assim entendido:

Quando opto pela definição do dano como toda ofensa a um bem jurídico, tenho precisamente em vista fugir da

restrição à patrimonialidade do prejuízo. Não é raro que uma definição de responsabilidade civil se restrinja à reparabilidade de lesão imposta ao patrimônio da vítima.

E prossegue:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se à ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como 'qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições etc.

Aqui é inquestionável o prejuízo extrapatrimonial do autor, pois a ré tem o dever de prestar o serviço adequadamente e conforme contratado, sendo inegável a frustração do autor na contratação do serviço, pois ninguém adquire o direito de uso de linha telefônica para não ser usufruído.

É importante a lição de Cláudia Lima Marques (em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 998):

Enquanto o direito tradicional se concentra na ação do fornecedor do serviço, no seu fazer, exigindo somente diligência e cuidados ordinários, o sistema do CDC, baseado na função social do contrato, concentra-se no efeito do contrato. O efeito do contrato é a prestação de uma obrigação de fazer, de meio ou de resultado. Este efeito, este serviço prestado, é que deve ser adequado para os fins que 'razoavelmente deles se esperam'; [...] Está claro que o fazer e seu resultado são inseparáveis, conexos de qualquer maneira, mas o CDC como que presume o que o fazer foi falho, viciado, se o serviço dele resultante não é adequado ou não possui a prestabilidade regular.

Logo, deve mesmo reconhecer a existência do dano moral em razão do desgaste e incômodo que o autor padeceu ao ter que proceder a várias reclamações sem retorno, pagar as parcelas convencionadas, mas ficar impossibilitado de comunicar-se, e ainda não ter os serviços disponibilizados na forma contratada. A prova carreada ao feito não deixa dúvida de que as expectativas do contratante não foram atendidas e, portanto, deve a ré, prestadora do serviço, indenizar seu cliente.

Quanto ao valor da indenização, sabe-se que a quantificação do dano moral, na verdade, é extremamente difícil, pois são imensuráveis a dor, o incômodo, o constrangimento, a mágoa, a tristeza, enfim as dores tanto físicas quanto espirituais. E é justamente por isso que ainda se encontram dificuldades para a fixação dos seus parâmetros.

Mas os tribunais concluíram que o dano moral há de ser fixado de forma proporcional e razoável, evitan-

do-se o enriquecimento sem causa para a vítima e a impunidade para aqueles que transgridem as regras de conduta, atendendo-se ainda às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Nesse sentido decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça no seguinte aresto:

Ementa: Indenização. Danos morais. Critérios de fixação. - Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto [...] (ApC no REsp nº 213.731 - PR, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 06.06.200, in RSTJ 140/371).

A reparação moral deve sempre ser fixada de forma a atender à dupla finalidade do instituto, qual seja desestimular, de forma pedagógica, o ofensor a condutas do mesmo gênero (teoria do desestímulo) e propiciar ao ofendido os meios de compensar os transtornos experimentados, sem que isso implique fonte de enriquecimento sem causa.

No caso, considerando os parâmetros acima enfocados, tenho que o *quantum* de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) é sem dúvida razoável e proporcional ao dano causado.

Danos materiais.

Os gastos com honorários convencionais decorrem da vontade exclusiva da parte que contrata advogados, razão pela qual não se pode atribuir aludido ônus à parte sucumbente.

Neste sentido:

Ação de indenização por danos morais e materiais. Honorários contratuais do advogado. Acordo alheio à relação jurídica versada nos autos. Justiça do Trabalho. *Jus postulandi*. Inexistência do dever de indenizar. - No caso dos autos, os honorários contratuais decorrem de acordo celebrado livremente entre a apelante e seu patrono, totalmente alheio, portanto, à relação de direito material que deu ensejo à ação.

- Não tendo o autor exercido o seu direito garantido no art. 791 da CLT nem se utilizado dos serviços oferecidos pelo sindicato para demandar na Justiça do Trabalho, preferindo contratar advogado particular, não pode agora pretender que a ré arque com os honorários advocatícios contratados para se fazer representar naquela justiça especializada.

- Não havendo prova de algum dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil, não há que se falar em obrigação de indenizar (TJMG, 13ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.509716-9/000, Rel. Des. Elpidio Donizetti, j. em 17.11.2005).

Com efeito, se o autor contratou advogado particular para patrocinar sua causa, ainda que sabedor da possibilidade de utilizar-se da assistência judiciária gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988), obviamente se comprometeu a pagar honorários ao causídico, não sendo possível responsabilizar a parte contrária pelo pagamento dessa verba.

Ademais, não se verifica qualquer conduta ilícita imputável à ré que se relacione de forma direta e lógica à contratação decorrente da vontade exclusiva de outrem.

Vale destacar, ainda, que, se se entendesse pelo nexó entre os gastos tidos pelo apelante e a conduta da apelada, inviabilizar-se-ia o acesso ao Judiciário, na medida em que todo aquele que defendesse seus interesses em juízo e, posteriormente, viesse a perder a demanda ficaria obrigado, além de arcar com os honorários sucumbenciais, a pagar os honorários contratuais da parte contrária, sem que tivesse qualquer participação nessa contratação - *res inter alios acta*.

Acerca do prejuízo para o acesso ao Judiciário:

Ressalte-se, ainda, que a apelada apenas se defendeu de uma ação que foi ajuizada contra si, não se aceitando tal conduta como enquadrada na moldura de ato ilícito, sob pena de se ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Ademais, não se poderia prover o pedido da apelante, pois o acolhimento deste importaria na inviabilização do direito postulatório, já que, sempre que a parte saísse vencida, arcaria não só com os honorários advocatícios judiciais, mas também com aqueles que a outra parte despendeu em contrato particular (TJMG, 16ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.503687-9/000, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. em 05.10.2005).

A responsabilidade pelos honorários convencionais, portanto, cabe à parte que os contratou.

Com tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, declarando rescindido o contrato entre as partes, referente à linha telefônica (32) 3084-2457, com a restituição pelo apelante à apelada do aparelho Nokia 2272, condenando a requerida à devolução simples no valor de R\$ 139,60, mais devolução em dobro no valor de R\$ 418,80, tudo acrescido de correção monetária pelos índices da CGJ/MG e juros de mora de 1% a partir da citação, apurável em liquidação de sentença. Condeno, ainda, a requerida ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por dano moral, corrigidos a partir da publicação do acórdão. Por fim, tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima de seu pedido, condeno a requerida ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono do apelante, que fixo em 15% sobre o valor total da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e MAURÍLIO GABRIEL.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

## Multa de trânsito - Estado de necessidade - Urgência médica - Auto de infração - Nulidade

Ementa: Ação ordinária. Multa de trânsito. Auto de infração. Invalidez. Estado de necessidade. Ocorrência. Urgência médica configurada.

- O Código de Trânsito Brasileiro estabelece a necessidade de dupla notificação do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito.

- O estado de necessidade é uma causa de exclusão da culpa pela inexigibilidade de conduta diversa. No caso, apesar de o instituto em questão se encontrar previsto, inicialmente, apenas na lei e na doutrina de Direito Penal, seus preceitos aplicam-se a qualquer outro ramo do Direito, por tratar-se de uma causa de exclusão geral da culpabilidade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.06.283652-7/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Município de Contagem - Apelado: Rogério Pereira da Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. Des. Antônio Sérvulo - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Conheço do recurso voluntário, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária cumulada com antecipação de tutela proposta por Rogério Pereira da Silva, em face do Município de Contagem e da Empresa de Transporte e Trânsito de Contagem, visando à exclusão do auto de infração de trânsito e, conseqüentemente, o cancelamento e o arquivamento, com baixa definitiva junto ao Detran e com exclusão da averbação de pontuação no prontuário.

Em sentença de f. 79/87, o pedido inicial foi julgado procedente, determinando que os réus cancelassem a multa de trânsito aplicada originária dos Autos nº 2342283, adotando, ainda, as providências cabíveis para a retirada dos pontos da Carteira Nacional de Habilitação do autor, porventura lançados em razão da penalidade.



Irresignados, os réus interpuseram recurso de apelação às f. 91/95, requerendo a reforma da sentença, sob a alegação de não ser válida a aplicação do estado de necessidade ao caso em tela, bem como em análise realizada pelos mesmos quanto ao estado de saúde da filha do autor, esta não demandava maiores preocupações a ponto de fazer com que o mesmo desrespeitasse as normas de circulação de trânsito.

Presentes os pressupostos de admissibilidade da apelação, passo a analisá-la.

De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, existe a necessidade de dupla notificação do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito: a primeira, por ocasião da lavratura do auto de infração, nos termos do art. 280, VI, e a segunda, quando do julgamento da regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade.

Dessa forma, a ausência de qualquer uma dessas notificações enseja a nulidade do auto de infração, não podendo, assim, ser aplicada a multa.

Observa-se que o autor tomou conhecimento da multa através do site do Detran/MG e foi devidamente notificado por edital (f. 61). Apresentou recurso junto à Jari-Contagem em 03.11.04, este, por sua vez, indeferido, gerando, assim, o Auto de Infração nº 2342283, pauta de discussão da presente lide.

Em decisão interlocutória de f. 35/38, a Juíza singular deferiu o pedido de antecipação de tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito fiscal, determinando à Secretária de Trânsito de Contagem a imediata baixa dos registros de infrações junto ao Detran até decisão final, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), em observância ao estado de necessidade comprovado, pois o autor desenvolveu velocidade incompatível com a do local, porque sua filha menor inspirava cuidados médicos de urgência.

A infração de trânsito foi flagrada em 07.06.04, às 08h54 (f. 28), na Rua Rio Comprido, nº 888, local próximo à sua residência, quando o autor se deslocava para o Hospital de Urgência de Contagem para prestar socorro médico a sua filha, Marina Nascimento da Silva, com três anos de idade, a qual apresentava diagnóstico de convulsão febril, conforme se pode verificar pelo prontuário de entrada (f. 25) na clínica pediátrica da Fundação de Assistência Médica de Urgência de Contagem.

Ademais, conforme se constata dos documentos apresentados pelo autor (f. 25/28), a compatibilidade entre o horário da aplicação da multa com o atendimento médico da filha do autor, sendo uma diferença de seis minutos.

Dessa forma, não há como subsistir a infração de trânsito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES e ERNANE FIDÉLIS.

*Súmula:* NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Alimentos - Conciliação - Vontade das partes - Homologação pelo juiz - Nulidade - Arguição pelo Ministério Público - Prejuízo - Ausência - Manutenção**

**Ementa:** Ação de alimentos. Conciliação homologada pelo juiz. Arguição de nulidade suscitada pelo Ministério Público. Ausência de prejuízo. Recurso desprovido.

- Embora o Ministério Público tenha legitimidade para recorrer da sentença, não pode se sobrepor à vontade das partes, manifestada em acordo homologado pelo juiz, especialmente quando não indica, no recurso, o efetivo prejuízo decorrente da transação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.344218-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: C.M.R.S. e outro - Relator: DES. NEPOMUCENO SILVA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. NEPOMUCENO SILVA - Trata-se de recurso de apelação (f. 23/31), manejado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da sentença (f. 17/18), proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara de Família e Sucessões, da Comarca de Contagem, nos autos da ação de divórcio direto c/c alimentos, ali proposta por C.M.R.S., em desfavor de R.F.S., a qual homologou o acordo (f. 02/04), extinguindo o processo, com resolução de mérito, na forma do art. 269, III, do CPC.

Erige-se o inconformismo do apelante sustentando, em síntese, que a vocação constitucional do Ministério Público é defender a ordem jurídica e interesses disponíveis e que a Resolução nº 407/2003, da egrégia

Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, publicada em 14.02.2003, altera e fere o devido processo legal, impondo-se a anulação do feito.

Aduz que a competência do "conciliador estagiário" para ouvir e conciliar as partes, bem como redigir termo de acordo, traduz atribuição judicial, não podendo, assim, ser delegada.

Contra-razões (f. 33/35), em infirmação óbvia.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça oficiou no feito.

É o relatório, no essencial.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do apelo.

A matéria não é nova nesta Casa, tendo sido, nos últimos tempos, objeto constante de recursos visando à anulação de processos e decisões designatórias de audiência de conciliação.

O Ministério Público diz que a Resolução 407/2003 veicula matéria de competência legislativa, inclusive privativa da União, sendo manifesta a sua ilegalidade e inconstitucionalidade, e que a egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça, embora inspirada no elogiável propósito de agilizar a prestação jurisdicional, editou a aludida resolução à revelia do Ministério Público e da Procuradoria-Geral de Justiça, sem prévia consulta e coordenação do *Parquet*.

Argumenta que a referida resolução incide sobre procedimentos que envolvem direitos indisponíveis e que a agilidade da prestação jurisdicional há de ser conquistada, mas dentro da legalidade, em prestígio ao Estado de Direito, e que, concomitantemente à agilidade da prestação jurisdicional, não menos importante é a qualidade desta, principalmente em sede de direitos indisponíveis.

Sustenta que a competência do conciliador-estagiário para, inclusive, ouvir e conciliar as partes, bem como redigir o termo de acordo, traduz atribuição judicial.

Aduz que a pluralidade de conciliadores-estagiários, inclusive trabalhando simultaneamente, inviabiliza a efetiva atuação ministerial.

Também diz que, no caso concreto (2ª Vara de Família de Contagem), a atuação do Promotor de Justiça, inclusive nas audiências inaugurais das ações de alimentos, separação e divórcio, tem contribuído para a correta prestação jurisdicional, favorecendo, significativamente, a proteção aos incapazes, inclusive através de contato e reflexão conjunta com as partes, freqüentemente receptivas e sensíveis ao papel ministerial, nas audiências inaugurais.

Sustenta que o Magistrado não deve ser refém de nenhuma imposição, senão as da legalidade e justiça, para exercer sua atividade com a mais plena independência.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso de apelação, anulando-se o processo a partir do r. despa-

cho (f. 14), que programou a "sessão de conciliação" entre as partes, determinando-se a observância do devido processo legal, prevalecendo a seqüência procedimental nos termos da legislação vigente, negando-se aplicação à Resolução nº 407/2003, com a programação de audiência inaugural a ser realizada e presidida pelo Juízo da 2ª Vara de Família de Contagem.

Passando ao desate, estou que não merece ser acolhida, *data venia*, a pretensão do ilustre Representante do Ministério Público, pois a Resolução nº 407/2003 em nada contraria as normas do Direito Processual vigente, estabelecendo somente o procedimento a ser adotado nos processos judiciais que tramitam nas Varas Cíveis e de Família, onde direitos sobre quais são as partes que podem, e como podem, transigir, tudo sob a ótica de celeridade e eficácia.

A Resolução nº 407/2003, da colenda Corte Superior deste egrégio Tribunal, foi editada com o objetivo de agilizar a fase de conciliação e de prestigiar sua realização em processos judiciais. O procedimento conciliatório, segundo a prescrição da supracitada resolução, é supervisionado pelos denominados juízes-orientadores, únicos competentes para homologar os acordos eventualmente firmados entre as partes. A função dos conciliadores-estagiários restringe-se a ouvir, conciliar os envolvidos e redigir o termo.

Restando infrutífera a conciliação, o processo seguirá seu curso regular, razão pela qual não há falar em ofensa ao devido processo legal.

Ademais, não obstante a preocupação do Ministério Público em relação à regularidade procedimental, deve-se reconhecer que não houve qualquer prejuízo às partes, tendo o Representante do Ministério Público sido devidamente intimado para a realização dos atos (f. 14).

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Sodalício, *verbis*:

Ação de alimentos. Audiência de conciliação. Acordo homologado por sentença. Resolução 403/2003. Ilegalidade. Ausência. Desprovimento (Ap. 1.0079.05.191483-0/001 (1), Rel. Des. Schalcher Ventura, acórdão de 15.12.2005, publ. em 27.01.2005).

Processual civil. Ação revisional de alimentos. Acordo. Homologação. Arguição de nulidade pelo Ministério Público. Ausência de prejuízo. Manutenção. Inteligência do arts. 244 E 249, § 1º, ambos do CPC. - Em obsequio ao princípio da instrumentalidade das formas que caracteriza o processo civil moderno, não se deve declarar nulidade processual, quando inócua a parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade (Processo nº 1.0079.03.088686-9/002, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, acórdão de 17.06.2004, publ. em 03.08.2004).

Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Designação de audiência prévia de conciliação, a ser realizada na Central de Conciliação da Comarca de Contagem. Inconformismo do Órgão do Ministério Público. Ato processual praticado

por juiz de direito legalmente investido no cargo. Projeto de conciliação instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no âmbito das Varas de Família das Comarcas do Estado. Portaria Conjunta nº 004/2000. Resolução nº 407/2003, da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça. Obediência aos termos dos instrumentos normativos. Regular intimação do Ministério Público. Ofensa ao devido processo legal não demonstrada. Recurso desprovido (Ap. nº 1.0079.03.065556-1/0001(1), Rel. Pinheiro Lago, j. em 02.04.2004, publ. em 29.06.2004).

Entendo, mesmo, que o Ministério Público, embora tenha legitimidade para recorrer de sentença, não pode se sobrepor à vontade das partes, manifestada em acordo, homologado pela MM. Juíza, especialmente quando não indica, no recurso, o efetivo prejuízo decorrente da transação.

Com tais expendimentos, rogando vênia, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e ANTÔNIO HÉLIO SILVA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Consórcio - Seguro - Acessório - Contratação - Estipulante - Parte ilegítima - Doença preexistente - Exames médicos - Não-realização - Arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916 - Infringência - Má-fé - Não-caracterização - Cumprimento contratual - Recusa - Sinistro - Valor pago posteriormente - Restituição devida**

Ementa: Apelação. Consórcio. Seguro. Acessório. Contratação. Estipulante. Parte ilegítima. Má-fé. Doença preexistente. Exames médicos. Não-realização. Arts. 1.443 e 1.444, ambos do CC/1916. Infringência. Não-comprovação. Recusa de cumprimento contratual. Valores pagos após o sinistro. Restituição devida.

- A estipulante é mera mandatária e não detém legitimidade para responder pela obrigação securitária, mormente quando não comprovada conduta excepcional que autorize sua responsabilização pelo inadimplemento da indenização.

- Constatado que a contratação do seguro se deu de forma acessória e que sua aceitação não foi precedida

de exames médicos, é vedado à seguradora fundar a recusa de pagamento das prestações vencidas a partir do sinistro na alegação de que o prestamista possuía doença anteriormente à assinatura da proposta.

- Compete à seguradora fazer prova da má-fé do segurado, isto é, de que não tenha cumprido intencionalmente as regras dispostas nos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916, regente à espécie, fornecendo elementos que caracterizem de forma insofismável a existência de dolo na realização do contrato, visando única e exclusivamente à prematura quitação do bem consorciado, em razão de seu óbito, visto que a má-fé não se presume.

- Meras presunções, per si, não são suficientes para liberá-la do cumprimento da obrigação pactuada.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.06.351218-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Consórcio Nacional Volkswagen Ltda., 2º) Itaú Seguros S.A. - Apelados: Lílian Pinho Dias e outros - 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 PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 7 de maio de 2008. - *Afrânio Vilela* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. AFRÂNIO VILELA - Cuida-se de recursos de apelações interpostos contra a sentença de f. 174/177, que julgou procedente o pedido dos apelados, Lílian Pinho Dias e outros, em face dos apelantes, Consórcio Nacional Volkswagen Ltda. e Itaú Seguros S.A., para declarar a ineficácia da cláusula 2.2, item III, do seguro de vida em grupo, incluindo-os novamente no grupo de consórcio nº 902150, e condenar os apelantes, solidariamente, ao pagamento da importância relativa ao saldo devedor apurado a partir do óbito da segurada, continuando os apelados habilitados a concorrer à contemplação do veículo. Condenando-os, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atualizado pela tabela da CGJMG e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) a partir da citação.

Foram rejeitados os embargos de declaração avia-dos pelo apelante (f. 180/181 e 182-TJ).

Na primeira apelação de f. 183/186, o Consórcio Nacional Volkswagen Ltda. argumenta que somente foi interveniente entre a consorciada e a Itaú Seguros S.A., razão pela qual não pode ser responsabilizado pelo pagamento do débito em discussão. Requer o provimento do recurso e a improcedência do pedido.

Na segunda apelação de f. 189/193, a seguradora Itaú Seguros S.A. argumenta que é fato incontroverso a omissão da seguradora sobre o seu estado de saúde à época da contratação do seguro, qual seja portadora de miastenia grave desde 1992, o que deu causa a sua aposentadoria junto ao INSS e aos demais problemas cardíacos que a levaram à morte. Ressalta que foi induzida a erro por desconhecer o risco e que a recusa ao pagamento da indenização pleiteada se deu com base no art. 766 do CC c/c o art. 6º, III, da Circular Susep nº17/92, na cláusula terceira, item I, da proposta de adesão e na cláusula quarta, item 4.1. das Condições Gerais do Contrato de Seguro. Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos.

Em contra-razões de f.197/227, os apelados ressaltam a boa-fé da seguradora, a informação sobre sua aposentadoria antes da assinatura do contrato de adesão e o fato de nunca ter sido inquirida sobre sua vida e saúde; pugnam pela negativa de provimento aos recursos.

Através do despacho de f. 235, foi convertido o julgamento em diligência para que fosse sanada a omissão em relação ao credor do saldo devedor. Na decisão de f. 237, a MM. Juíza sentenciante integrou a sentença no sentido de que as duas apelantes são responsáveis solidariamente pelo pagamento do saldo devedor aos apelados e julgou improcedente o pedido no item a.3 da inicial, ao fundamento de ausência de previsão legal para o pagamento.

À f. 238v., foi certificado o decurso do prazo sem manifestação das partes.

I - Da primeira apelação.

Neste caso específico, acolho as razões da apelante no tocante a sua condenação pelo pagamento do saldo devedor, solidariamente com a segunda apelante.

Consoante o contexto probatório, a genitora dos apelados, Elizabeth de Melo Pinho, aposentada por invalidez, aderiu à cota 143-06, do grupo de consórcio nº 80014, para a aquisição de um veículo VW, modelo Gol 1.0 City, mediante anuência da administradora, Consórcio Nacional Volkswagen Ltda., primeira apelante.

Ocorre que, após quatro meses da assinatura do contrato, em 20.04.2004, a consorciada faleceu em decorrência de infarto. Por conseguinte, contataram com a primeira apelante para informar o ocorrido e pedir o cumprimento do disposto na cláusula 6.1, item III, do

contrato de seguro de vida em grupo, acessório ao contrato principal de adesão ao consórcio, que prevê a quitação do saldo devedor pela segunda apelante, e a manutenção dos herdeiros da consorciada no sorteio do grupo, *verbis*:

6.1 Consorciado não contemplado.

Ocorrendo o óbito de Consorciado não contemplado, se a Seguradora houver indenizado o saldo devedor vincendo, o Beneficiário continuará habilitado a concorrer à contemplação, no entanto, apenas por sorteio e desde que os eventuais débitos anteriores à data do óbito estejam satisfeitos (f. 45).

Contudo, a Itaú Seguros S.A. recusou-se a cumprir o contrato de seguro, ou seja, solver as contribuições e/ou prestações em atraso, ao argumento de que a consorciada, à época da assinatura do contrato, era portadora de doença preexistente, o que levou à exclusão da consorciada do grupo de consórcio pela empresa administradora, primeira apelante.

Resumidos os fatos em debate, inexistindo preliminares, passo ao exame da controvérsia.

De acordo com o Decreto-lei 73/66, age a estipulante como mandatária dos segurados:

Art. 21. Nos casos de seguro legalmente obrigatórios, o estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro.

[..].

§ 2º Nos seguros facultativos, o estipulante é mandatário dos segurados.

Depreende-se do dispositivo supramencionado que, nos contratos facultativos, ao estipulante incumbe tão-somente receber as propostas de adesão e os prêmios, repassando-os à seguradora, não assumindo responsabilidade, em caso de sinistro, pelo pagamento da indenização, que é devida pela seguradora.

Atua, pois, como mera mandatária dos segurados.

Nesses casos, a estipulante-mandatária somente responderia juntamente com os seguradores nos casos excepcionais de falta grave, como, por exemplo, a ausência de repasse do prêmio pago pelos segurados ao segurador.

Portanto, não há que se falar em responsabilidade solidária em relação ao pagamento do saldo devedor, cuja obrigação é prevista no contrato de seguro celebrado com a segunda apelante.

II - Da segunda apelação.

No que toca à seguradora, segunda apelante, verifico que a controvérsia se cinge à negativa de quitar o saldo devedor referente ao contrato de consórcio firmado entre a primeira apelante e a mãe dos apelados, por alegar que o prestamista já estava doente quando da adesão ao consórcio.

Com efeito, o pedido de reforma apresentado pela Itaú Seguros funda-se nos seguintes preceitos do Código Civil de 1916, regente da espécie:

Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro e pagará o prêmio ao vencido.

Carvalho Santos leciona que:

O segurado, em se tratando de seguro de vida, deve, regra geral, esclarecer a idade, a profissão, o estado de saúde. Qualquer informação falsa ou errada, qualquer omissão ou reticência, da parte do segurado, dará motivo à nulidade do contrato, pelas razões já conhecidas.

Mas, evidentemente, quando o segurador por esse fundamento recusa pagar o seguro, claro que lhe cabe provar:

- a) não só que o segurado no momento da celebração do contrato já sofria da moléstia de que veio a falecer;
- b) como ainda que ela a conhecia e que efetivamente a dissimulou (*Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, v. 19, p. 300-301).

Assim, compete à seguradora fazer prova da má-fé do segurado, isto é, de que não tenha cumprido intencionalmente as regras dispostas nos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916, regente da espécie, fornecendo elementos que caracterizem de forma insofismável a existência de dolo na realização do contrato, visando única e exclusivamente à prematura quitação pelo bem consorciado, em razão de seu óbito, visto que a má-fé não se presume. Meras presunções, per se, não são suficientes para liberá-la do cumprimento da obrigação pactuada.

Desse modo, para que se admita a má-fé do segurado, deve-se aceitar o fato de que o mesmo, ciente de que seu estado de saúde era precário, teria procurado a seguradora com o escopo de obter a indevida vantagem, ou seja, a má-fé residiria na comprovação de que o segurado, no momento da realização dos contratos, arquitetava lesar a seguradora justamente em razão de seu estado de saúde debilitado.

Não é o caso dos autos, em que resta constatado que a contratação do seguro se deu de forma acessória e que sua aceitação não foi precedida de exames médicos, sendo, por isso, vedado à seguradora fundar a recusa de pagamento das prestações vencidas a partir do sinistro na alegação de que a prestamista possuía doença anteriormente à assinatura da proposta.

Não fosse isso, na proposta de adesão ao grupo de consórcio, constou que a segurada era aposentada (f. 58). E, como a apelante não cuidou de se informar sobre a causa dessa aposentadoria, tampouco de providenciar a avaliação de seu estado de saúde à época, assumiu o risco, porquanto, sem tomar qualquer cautela, é incabível, após recebimento do prêmio, tentar se eximir do adimplemento da obrigação resultante do pacto.

A responsabilidade é exclusiva da seguradora, segunda apelante.

Isso posto, dou provimento à primeira apelação, reformo a sentença e julgo improcedente o pedido de condenação do saldo devedor em relação à primeira apelante.

Em decorrência da sucumbência recíproca dos apelados Lílian Pinho Dias e outros na primeira apelação, condeno-os ao pagamento de 70% (setenta por cento) das despesas processuais despendidas pelo Consórcio Nacional Volkswagen Ltda., bem como honorários advocatícios arbitrados em R\$ 700,00 (setecentos reais), além da integralidade das custas recursais da primeira apelação. Por conseguinte, os apelados arcarão com 30% (trinta por cento) das despesas processuais remanescentes em relação a esta parte e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Nego provimento à segunda apelação.

Devido à manutenção da sentença em relação à segunda apelação, a Itaú Seguros S.A. arcará com a integralidade das despesas processuais em relação aos apelados, Lílian Pinho Dias e outros, inclusive custas recursais, bem como com o pagamento do percentual dos honorários advocatícios arbitrados na sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e DUARTE DE PAULA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA.

...

### **Alimentos - Prescrição - Prazo - Suspensão ou interrupção - Inexistência - Embargos à execução - Oposição independente de penhora - Possibilidade**

Ementa: Alimentos. Execução. Embargos. Prescrição. CC/2002. Aplicação. Maioridade. Inexistência de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição.

- A prescrição da pretensão para haver prestações alimentares é de dois anos, contados a partir da data em que vencerem, nos exatos termos do art. 206, § 2º, do CC/2002.

- O art. 198 do CC/2002 tem aplicação restrita aos incapazes, ausentes do país em serviço público dos entes de direito público interno ou, em tempo de guerra, àqueles que se encontrarem servindo nas Forças Armadas. Como dispõe o art. 1.211 do CPC, ao

entrarem em vigor, as disposições relativas ao processo civil aplicam-se, desde logo, aos processos pendentes.

- Com a redação da Lei 11.382/06, os embargos de que trata o art. 736 do CPC devem ser recebidos e processados independentemente de penhora, depósito ou caução.

Apelo improvido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.386709-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: P.H.S.G. e outro - Apelado: S.G. - Relator: DES. CLÁUDIO COSTA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - *Cláudio Costa* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CLÁUDIO COSTA - Conheço do apelo, pois que próprio e tempestivo.

Da decisão que, com base no art. 206 do CC/2002, julgou procedentes os embargos à execução, reconhecendo a prescrição do débito alimentar exequendo, além de declarar insubsistente a penhora (f. 149/151) integrada pela sentença declaratória de f. 154, recorrem os vencidos (f. 159/165), ponderando que o Juízo teria desatendido o teor do acórdão proferido nos autos nº 1.0024.06.078675-3/001, negando a aplicação imediata da norma processual e, de outro lado, o Juízo, a par da insuficiência de garantia, nem sequer poderia ter conhecido os embargos, a teor do art. 739, III, do CPC.

Prossegue na ponderação quanto à inexistência de prescrição, já que aplicável seria a do art. 178, § 10, inciso I, do CC/1916 e, por fim, teria havido causa interruptiva da prescrição - art. 202, V, do CC/2002 (art. 172, IV, do CC/1916) diante do efeito devolutivo em que veio a ser recebido o recurso.

Contra-razões (f. 169/179).

Os autos foram a mim redistribuídos - f. 198 e 213/226.

Deferi o pedido estampado às f. 205/206 e reiterado às f. 239/240, tal como se vê à f. 242, determinando a juntada dos autos ali indicados (f. 246).

Com efeito.

Tenho, da análise detida que fiz do tema, que não merece reforma a sentença, tornada pública em maio de 2007 (f. 154-v.).

E, assim, vejo que os embargos foram opostos em 08.01.2007 (f. 65), ao argumento de que as parcelas de alimentos relativas a junho de 2002 a fevereiro de 2004 foram solapadas em junho de 2004 a fevereiro de 2006, sendo que, já à época da publicação da sentença na ação revisional - junho/2002, os apelantes já haviam atingido a maioria (f. 29/30).

Não se tratando, assim, de incapacidade, a prescrição da pretensão para haver prestações alimentares é de dois anos, contados a partir da data em que vencerem, nos exatos termos do art. 206 do CC/2002, aplicável a rigor do comando do art. 2.028 do CC.

Daí que, conquanto tenha, na decisão proferida nos autos do anexo Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.078675-3/001, fixado que à execução se deveria observar o teor do art. 475-J do CPC, à consideração da eficácia imediata da lei processual - art. 1.211/CPC - numa detida reanálise do tema, estou que, efetivamente, o legislador, com a edição da Lei 11.382, de 06.12.2006, alterou o rito da execução de prestação alimentícia, tal como imposto no Capítulo V do Título III do CPC.

E ali se extrai que os embargos do devedor - art. 736/CPC - poderão ser opostos independentemente de penhora, depósito ou caução, ao que se acresce que a pretensão exposta pelos apelantes quanto à insuficiência constitutiva se esvai no vazio, dada sua manifesta improcedência.

De fato, com a reforma do procedimento executório - iniciada com o advento da Lei 11.232/2005 e então concluída com a Lei 11.382/2006 -, a defesa do executado ficou dividida em duas: a impugnação, para o cumprimento das sentenças (art. 475-L do CPC), e os embargos do executado, no caso de execução dos títulos extrajudiciais (art. 736 do CPC) e das sentenças contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730) e contra o devedor de alimentos (CPC, arts. 732 e segs.), donde é de se aplicar, assim, a lei vigente à época da prolação da sentença.

José Rogério Cruz e Tucci assim discorre sobre o tema:

Provendo então somente para o futuro, decorrido o prazo de *vacatio legis*, as leis aqui comentadas, à luz da máxima *tempus regit actum*, têm aplicação imediata. Estando em curso o processo, incidirão elas sobre o fluir do respectivo procedimento, atingindo apenas os atos que ainda não foram construídos (in *Lineamentos da nova reforma do CPC* - Lei nº 10.352, de 26.12.2001 - Lei nº 10.358, de 27.12.2001. RT, 2002, p. 97).

De outro lado, o art. 198 do CC/2002 tem aplicação restrita aos incapazes, ausentes do país em serviço público dos entes de direito público interno ou, em tempo de guerra, àqueles que se encontrarem servindo nas Forças Armadas, não se subsumindo à hipótese em que se inserem os apelantes.

Quanto à carta de sentença, tal como fixou o eminente Des. Hugo Bengtsson, só poderia ser expedida

quando cumpridos os requisitos contidos no art. 357 do RITJMG, e, mesmo que não tenha obtido êxito o então recorrente, não se pode, à míngua de amparo legal, estabelecer a aplicação do art. 199, I, do CC/2002.

Em síntese, a prescrição da pretensão para haver prestações alimentares é de dois anos, contados a partir da data em que vencerem, nos exatos termos do art. 206 do CC/2002 e, por fim, pode ser decretada até de ofício, na forma do art. 219, § 5º, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.280/06.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e MAURO SOARES DE FREITAS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Embargos à execução - Denúncia contratual - Resilição unilateral - Débitos pendentes - Hipoteca - Extinção - Impossibilidade**

Ementa: Embargos à execução. Resilição unilateral de contrato. Hipoteca. Extinção. Débitos pendentes. Impossibilidade.

- O simples fato de ser promovida denúncia de contrato e, por conseqüência, ocorrer a resilição unilateral da avença não importa na extinção da garantia hipotecária quanto às obrigações anteriormente assumidas, prevalecendo tal ônus até o devido adimplemento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.437800-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Doralice Maciel Diniz - Apelada: Shell Brasil 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2008. - *Nilo Lacerda* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. NILO LACERDA - Trata-se de apelação interposta por Doralice Maciel Diniz contra a r. sentença de f. 78/81, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara

Cível de Belo Horizonte/MG, nos autos dos embargos à execução manejados em desfavor de Shell Brasil Ltda., que julgou improcedentes os embargos, por entender que, não obstante tenha havido a rescisão contratual, a relação entre os contratantes não se extinguiu, permanecendo, portanto, a garantia hipotecária prestada.

A r. sentença condenou, ainda, a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (mil reais). Contudo, suspendeu a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

A apelante sustenta, em síntese, ser necessária a reforma da sentença hostilizada, sob o argumento de que não existe mais oneração do imóvel dado em hipoteca, visto que a referida garantia real deixou de existir a partir do momento em que a própria recorrida, em 02.10.2003, notificou a recorrente da rescisão do contrato que havia entre as partes, para exercer as funções de posto revendedor exclusivo Shell. Aduz que o imóvel descrito na escritura pública de hipoteca foi objeto de arrematação em ação trabalhista, sem que a recorrida tenha adotado qualquer providência.

Contra-razões, às f. 88/91.

Ausente o preparo, em razão de a apelante litigar sob os beneplácitos da justiça gratuita.

Em juízo de admissibilidade, conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo e corretamente processado.

O cerne do presente recurso circunda a análise se houve ou não a extinção da hipoteca prestada no contrato de operação de Posto Marca Shell.

Colhe-se dos autos que, em 02.10.2003, a apelada notificou a apelante acerca da rescisão incondicional do contrato firmado entre as partes, motivada pelo fechamento do posto, bem como pela falta de aquisição dos volumes mínimos de combustíveis contratados.

Com base nessa notificação, alega a apelante que ocorreu a desoneração do imóvel dado em garantia hipotecária, visto que, conforme cláusula terceira da escritura pública de constituição da hipoteca, a referida garantia real vigoraria apenas enquanto existissem entre a sociedade Luar Comércio Ltda. e a Shell relações comerciais.

É preciso deixar claro, de plano, que a hipoteca constituída teve como finalidade, única e exclusiva, a garantia do pagamento integral à Shell dos débitos existentes da sociedade, inclusive os seus acréscimos legais e convencionais, bem como de quaisquer prejuízos, faltas e indenizações por perdas e danos provenientes de transações comerciais entre as partes, conforme se infere da cláusula segunda da escritura de constituição.

Sendo assim, a aludida cláusula terceira da escritura de constituição da hipoteca deve ser interpretada da seguinte maneira: o gravame existirá para as obrigações contratuais assumidas durante a vigência da relação comercial, após o término desta não mais subsistirá o ônus.

Significa dizer que o fato de a apelada ter denunciado o contrato, provocando, por conseqüência, a rescisão unilateral da avença, não implica a automática desoneração do imóvel, uma vez que a garantia hipotecária persiste sobre as obrigações assumidas anteriormente, até o seu adimplemento, tão-somente se torna inservível para garantir a cobrança de débitos posteriores à rescisão.

Dessa forma, não há que se falar em extinção da hipoteca, nos termos do art. 1.499, inciso I, do CC, enquanto a obrigação a que ela visava garantir não for solvida.

Noutro giro, cumpre registrar que a própria cláusula quinta da já mencionada escritura de constituição da hipoteca prevê o vencimento, de pleno direito, da garantia na seguinte hipótese, a saber:

b) não-cumprimento, pela sociedade 'Luar Comércio Ltda.', de qualquer obrigação assumida perante a Shell, representada por qualquer tipo de contrato, cheques, duplicatas, notas promissórias, ou qualquer outro título representativo de crédito, já existentes ou que venham a existir no futuro, ou ficar sem comprar produtos da Shell por mais de 30 (trinta) dias, salvo motivo de força maior, devidamente comprovado [...].

Por derradeiro, no que diz respeito à alegação de que o imóvel objeto da hipoteca já foi arrematado em feito trabalhista, não houve qualquer comprovação nesse sentido, inexistindo, portanto, pertinência. Além disso, não se pode olvidar da norma disposta no art. 1.501 do CC, que dispõe sobre a não-extinção da hipoteca, devidamente registrada, pela arrematação ou adjudicação, sem que o credor hipotecário, estranho à execução, seja devidamente notificado.

Mediante tais considerações, nego provimento à apelação, mantendo hígida a r. sentença apelada.

Custas recursais, pela apelante, suspenda a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Conflito negativo de competência - Contribuição previdenciária estadual - Lei Complementar 59/2001 - Resolução 377/2001 da Corte Superior - Custeio da saúde - Contribuição compulsória - Mandado de segurança - Competência - Vara de Feitos Tributários**

Ementa: Conflito negativo de competência. Contribuição compulsória para o custeio de saúde. LC 59/2001 e

Resolução 377/2001 da Corte Superior. Competência do Juízo de Feitos Tributários do Estado.

- Nos limites da Resolução 377/2001, compete às Varas de Feitos Tributários do Estado processar e julgar as ações que envolvam matéria tributária do Estado de Minas Gerais, bem como as questões afetas às contribuições previdenciárias estaduais.

- O mandado de segurança impetrado com o escopo de fazer cessar a compulsoriedade do recolhimento da contribuição prevista no art. 85 da LC 64/2002 encerra discussão de natureza tributária, o que atrai a competência das Varas de Feitos Tributários do Estado.

Conflito que se julga procedente para declarar a competência do Juízo suscitado.

**Conflito Negativo de Competência nº 1.0000.07.463818-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Suscitado: Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2008. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo ilustre Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, em virtude da competência declinada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado da mesma comarca, nos autos do mandado de segurança impetrado por Antônio Cláudio das Graças Guedes e outros em face do Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg.

Argumenta o Juízo suscitante, em resumo, que a decisão proferida no Incidente de Inconstitucionalidade 1.0000.05.426852-9/000 não tem o condão de alterar ou afastar a aplicação do sistema difuso do controle de constitucionalidade, os quais continuam a ser decididos pelos juízes de primeiro grau, responsáveis pelo julgamento das demandas em que são discutidas e, diante disso, enquanto não afastada a compulsoriedade, por



via do controle difuso, a contribuição em comento continua a apresentar o caráter compulsório, enquadrando-se, pois, na definição de tributo.

Por fim, invoca o art. 1º da Resolução nº 377/2001 e pugna, ao final, pela procedência do conflito.

O Juízo suscitado prestou suas informações à f. 18-TJ.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às f. 21/23-TJ, opinando pela competência do d. Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias, ora suscitante.

É o relatório.

Conheço do conflito, porquanto presentes os seus pressupostos legais.

Como se vê, cuida-se de conflito negativo de competência instaurado pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual contra o Juízo da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado, cuja controvérsia se cinge a perquirir qual dos juízos é o competente para processar e julgar o *mandamus* impetrado por Antônio Cláudio das Graças Guedes e outros, com o qual visam extirpar de seus contracheques a cobrança de contribuição do custeio obrigatório de assistência à saúde.

A meu juízo, a matéria inserta no mandado de segurança é afeta ao Direito Tributário, porquanto a referida demanda restou ajuizada com a finalidade única de fazer cessar a cobrança de contribuição obrigatória de assistência à saúde prevista na LC 64/2002.

Ora, a eventual declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 85, § 5º, da LC 64/2002 é matéria afeta ao mérito do mandado de segurança, não podendo servir de escusa para se afastar a competência do Juízo de Feitos Tributários, sendo certo que a competência é determinada no momento em que a ação é proposta, conforme disposto no art. 87 do CPC.

Como se não bastasse, a LC 59/2001 foi clara ao definir a competência das Varas de Fazenda Pública em seu art. 59, cuja dicção passo a transcrever:

Art. 59. Compete a Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou oponente, o Estado, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público e, onde não houver vara da Justiça Federal, as decorrentes do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual.

Assim, não há falar na competência do Juízo suscitante no caso em tela, uma vez que se trata de causa tributária e, portanto, de competência do Juízo da Vara de Feitos Tributários para o qual o *mandamus* havia sido inicialmente distribuído.

Vale gizar que a Corte Superior deste Tribunal editou a Resolução 377/2001, que mudou a denominação das antigas "Varas de Execuções Fiscais" para "Varas de

Feitos Tributários", tendo definido com precisão a competência destas últimas:

Art. 1º. As 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas de Execuções Fiscais do Estado, da Comarca de Belo Horizonte, passam a denominar-se, respectivamente, 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas de Feitos Tributários do Estado, com competência para julgar as ações envolvendo matéria tributária do Estado de Minas Gerais. Parágrafo único. Incluem-se na matéria prevista neste artigo os feitos judiciais em que o debate se restrinja à contribuição previdenciária estadual.

Neste tempo, e tendo-se em vista que a irresignação inserta no *mandamus* se cinge à matéria tributária afeta ao Estado de Minas Gerais e, ainda, à contribuição compulsória, tem-se por competente o Juízo suscitado, conforme vem decidindo reiteradamente este Tribunal:

Conflito negativo de competência - Ação ordinária - Contribuição previdenciária - Contribuição para custeio de assistência à saúde - Art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 64/2002 - Discussão sobre a compulsoriedade da cobrança - Matéria de competência das Varas de Feitos Tributários - Exegese da Resolução nº 377/01 da Corte Superior do TJMG - Competência do Juízo suscitado. - 1 - Há previsão explícita na Resolução nº 377/01 da Corte Superior deste TJMG de que a competência para julgar matéria atinente a contribuição previdenciária é das Varas de Feitos Tributários. - 2 - A contribuição para custeio de sistema de saúde é instituída como tributo, cuja legalidade/constitucionalidade deve ser declarada no juízo especializado para tratar da matéria, no caso a Vara de Feitos Tributários do Estado, a que é afeta toda e qualquer irresignação sobre a própria natureza jurídica do desconto intitulado contribuição. - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado (TJMG, CC 1.0000.06.443741-1/000, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, DJ de 22.06.07).

Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da Vara da Fazenda - Mandado de segurança contra o Estado e Ipsemg - Contribuição para o custeio da saúde - Vara de Feitos Tributários - Competência - Resoluções nº 377/2001 e nº 349/1999 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. - A Vara de Feitos Tributários é competente para apreciar questão que envolva matéria tributária, incluído o debate que se restrinja à contribuição previdenciária estadual, nos termos das Resoluções nº 377/2001 e nº 349/1999 expedidas pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como no caso de mandado de segurança impetrado contra o Ipsemg e o Estado de Minas Gerais que objetiva a suspensão dos descontos realizados a título de contribuição para custeio da saúde, que se dão de forma compulsória (TJMG, CC 1.0000.06.443863-3/000, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ de 1º.06.07).

Por fim, registre-se que a decisão proferida no Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.05.426852-9/000 não possui efeitos *erga omnes*, sendo insuscetível de suspender a compulsoriedade das cobranças e, tampouco, de modificar a natureza jurídica da aludida contribuição, cuja discussão é afeta ao mérito do mandado de segurança.

Com tais razões, julgo procedente o conflito para declarar a competência do Juízo suscitado.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ALBERGARIA COSTA e KILDARE CARVALHO.

*Súmula* - JULGARAM COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

...

**Processo administrativo disciplinar - Servidor público do Poder Judiciário - Recurso - Autoridade que proferiu a decisão - Exame prévio de admissibilidade recursal - Ausência de previsão legal - Mandado de segurança - Concessão da ordem**

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Servidor público do Poder Judiciário. Autoridade que proferiu decisão. Exame prévio de admissibilidade de recurso interposto. Inexistência de previsão na legislação específica. Concessão da ordem.

- Em processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor público do Poder Judiciário, não há previsão na legislação específica de exame prévio de admissibilidade de recurso pela autoridade que proferiu a decisão recorrida. O exame dos pressupostos de interposição e de conhecimento é reservado à autoridade ou ao órgão superior a que se dirige o recurso.

Concede-se a segurança.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.470706-6/000 - Comarca de Tombos - Impetrante: Bárbara Suely Rosa Gomes - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Comarca de Tombos - Relator: DES. ALMEIDA MELO**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda 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 CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008. - Almeida Melo - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ALMEIDA MELO - Bárbara Suely Rosa Gomes impetrou este mandado de segurança contra ato da Juíza de Direito da Comarca de Tombos, que, em processo administrativo disciplinar, não recebeu o recurso interposto pela requerente e dirigido ao Conselho da Magistratura (f. 489-TJ).

A impetrante relata que contra ela foi instaurado processo administrativo disciplinar, por meio da Portaria nº 03/2007, da Juíza de Direito da Comarca de Tombos; que argüiu a prescrição como matéria de defesa, cuja tese foi acatada pela comissão processante e afastada pela autoridade coatora, a qual sugeriu a aplicação da pena de demissão e remeteu os autos ao Presidente deste Tribunal de Justiça; que contra a decisão da autoridade coatora interpôs recurso inominado dirigido ao Conselho da Magistratura, com fundamento no art. 11 do seu Regimento Interno c/c o art. 24, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça; que, todavia, a autoridade coatora decidiu por não conhecer do recurso, ao entendimento de que incabível. Sustenta que o ato impugnado contraria o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal e que é previsto recurso para o Conselho da Magistratura contra decisões de natureza correccional proferidas por Juiz de Direito. Pede a concessão da ordem para que se determine a remessa do recurso ao Conselho da Magistratura.

O Desembargador Audebert Delage, em regime de plantão, deferiu a liminar para determinar a suspensão do processo administrativo disciplinar até o julgamento desta impetração (f. 498/499-TJ).

A Juíza de Direito da Comarca de Tombos prestou as informações de f. 510/512-TJ, nas quais esclarece que deixou de receber o recurso interposto para o Conselho da Magistratura, uma vez que sua decisão não impôs pena à impetrante, que constitui requisito objetivo de admissibilidade recursal previsto no art. 24, VII, da Resolução nº 420/2003 (RITJ).

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela denegação da segurança (f. 514/515-TJ).

Extrai-se dos autos que contra a impetrante foi instaurado processo administrativo disciplinar nos termos da Portaria nº 03/2007, da Juíza de Direito Diretora do Foro da Comarca de Tombos (f. 13/15-TJ).

Apresentados o relatório e o parecer da comissão processante nomeada (f. 430/443-TJ), a autoridade indicada coatora proferiu a decisão trasladada às f. 446/454-TJ, na qual rejeitou a tese de prescrição sustentada pela servidora, examinou as provas apresentadas no processo administrativo, concluiu pela demonstração das infrações disciplinares atribuídas à impetrante e deixou de impor-lhe pena, ao fundamento de que se

trata da prática de falta grave que, em tese, enseja sanção cuja aplicação compete ao Presidente do Tribunal de Justiça.

Contra a referida decisão administrativa a impetrante apresentou o recurso inominado reproduzido às f. 465/475-TJ e dirigido ao Conselho da Magistratura.

Mas a Juíza de Direito da Comarca de Tombos proferiu a decisão impugnada neste mandado de segurança, para negar seguimento ao recurso, ao entendimento de que não foi imposta pena à impetrante para ensejar a incidência do disposto no art. 24, VII, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

O dispositivo invocado na decisão administrativa impugnada (art. 24, VII, do RITJ) prevê recurso para o Conselho da Magistratura de decisão do Corregedor-Geral de Justiça ou de Juiz de Direito que impuser pena disciplinar.

No mesmo sentido, o art. 11, VIII, do Regimento Interno do Conselho da Magistratura.

Entretanto, como bem observou o Des. Audebert Delage ao deferir a liminar (f. 498/499-TJ), não há previsão de admissibilidade prévia de recurso dirigido ao Conselho da Magistratura pela autoridade que proferiu a decisão recorrida.

A Lei de Organização Judiciária (Lei Complementar Estadual nº 59/2001), ao dispor sobre o processo disciplinar para apuração de responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas funções (arts. 297 a 300), não trata dos recursos nem do seu procedimento, mas prevê a aplicação supletiva do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado (art. 301).

A Lei Estadual nº 869/52, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais, também não regula o procedimento recursal no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Mas a Lei Estadual nº 14.184/02, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, trata da matéria e, nos termos do seu art. 1º, §§ 1º e 2º, aplica-se aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas do Estado, no que se refere ao desempenho de função administrativa e, subsidiariamente, aos processos administrativos específicos.

Ao tratar da fase recursal no processo administrativo, a mencionada lei não prevê a admissibilidade prévia do recurso pela autoridade que proferiu a decisão recorrida. O seu art. 51, § 1º, apenas faculta à autoridade reconsiderar sua decisão e, caso contrário, determina-lhe a remessa do recurso à autoridade imediatamente superior, *verbis*:

Art. 51 Das decisões cabe recurso envolvendo toda a matéria objeto do processo.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a

decisão, a qual, se não reconsiderar a decisão no prazo de cinco dias, encaminhá-lo-á à autoridade imediatamente superior.

Logo, segundo as normas vigentes aplicáveis aos processos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado de Minas Gerais, não ocorre o juízo preliminar de admissibilidade de recursos na mesma instância em que proferida a decisão impugnada, como previsto no Código de Processo Civil para determinados recursos (arts. 518, 541 e 542, § 1º).

Nesse sentido, a orientação da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Direito administrativo do Estado de Minas Gerais. Processo administrativo disciplinar. Argüição de suspeição. Recurso administrativo.

No processo administrativo estadual, a autoridade prolatora da decisão recorrida limita-se a reconsiderá-la ou a encaminhar o recurso à autoridade superior, sem emitir juízo de admissibilidade do mesmo, que é exclusivo da autoridade competente para apreciá-lo (art. 51, § 1º, da Lei Estadual 14.184/02).

Cabe recurso contra a decisão que rejeita argüição de suspeição em processo administrativo (art. 63, parágrafo único, da Lei Estadual 14.184/02), cuja apreciação, tratando-se de servidor do Poder Judiciário, cabe ao Conselho da Magistratura.

Salvo disposição legal em sentido contrário, os recursos administrativos não têm efeito suspensivo (art. 57, *caput*, da Lei Estadual 14.184/02), o que, tratando-se de argüição de suspeição, é reforçado pelo art. 63, parágrafo único, do mesmo diploma legal. (Mandado de Segurança nº 1.0000.00.290347-4/000, Relatora a Des.ª Maria Elza, DJ de 28.03.2003).

Portanto, neste caso, compete ao Conselho da Magistratura verificar e decidir sobre a admissibilidade do recurso a ele dirigido pela impetrante contra a decisão proferida pela Juíza de Direito Diretora do foro da Comarca de Tombos no Processo Administrativo Disciplinar nº 02/2007.

Concedo a segurança para anular o ato impugnado e determinar à autoridade coatora que remeta o recurso inominado interposto pela impetrante, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 02/2007, ao eg. Conselho da Magistratura.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÉLIO CÉSAR PADUANI, AUDEBERT DELAGE, MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

**Conflito negativo de competência - Juízo de Família e Criminal - Violência doméstica contra a mulher - Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) - Medidas protetivas de urgência - Representação formalizada - Competência do juízo criminal**

Ementa: Conflito negativo de competência. Lei 11.340/06. Violência doméstica contra a mulher. Juízo de Família e Criminal. Representação formalizada. Demanda que não possui pedido de natureza cível. Competência do juízo criminal.

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.08.470951-8/000 - Comarca de Manhuaçu - Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu - Suscitado: Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Audebert Delage* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. AUDEBERT DELAGE - O Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu suscita conflito negativo de competência em feito em que R.R.S. representou em face de R.R.S., nos termos da Lei 11.340/2006. Narra que os autos foram originalmente distribuídos ao Juiz de Direito da Vara Criminal e que este, após o deferimento das medidas protetivas que entendeu cabíveis, se declarou incompetente sob o argumento de que a competência do Juízo Criminal seria tão somente para a aplicação de tais medidas, cabendo à então ofendida o ajuizamento da ação principal perante a Vara de Família ou Cível.

Argumenta que, nos termos da Resolução nº 529/2007, as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher serão exercidas nas comarcas do interior do Estado onde houver uma única vara criminal pelo juiz desta vara.

Recebido o conflito, f. 52/53, deixou-se de colher informações do MM. Juiz suscitado, Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu, tendo em vista a manifestação de f. 29/30-TJ.

A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, às f. 59/60, pela competência do Juízo suscitado.

A Lei 11.340/2006 dispõe em seu art. 33:

Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

No feito em que se originou o conflito, tem-se que foram conferidas as medidas protetivas de urgência perante o Juízo Criminal. Uma interpretação literal do dispositivo mencionado resulta na competência da vara criminal para o julgamento do feito.

Já manifestei meu entendimento, em conflitos análogos, de que, no caso de feitos de natureza equivocadamente cível, como, por exemplo, uma separação, em que não fosse formulado qualquer pedido de providência relativo à Lei 11.340/06 bem como ausente a manifestação de interesse da parte em demandar na esfera criminal, a competência para o julgamento do feito seria atribuída ao juízo cível.

Contudo, no caso dos autos, houve o pedido e o deferimento das medidas protetivas de urgência bem como expressamente formulada a representação por R.R.S. em face do seu ex-companheiro R.R.S., sendo que o pedido possui como objeto a prevenção ou coibição de violência doméstica e familiar contra a mulher, fatos que, a meu juízo, permitem a atribuição de competência para a vara criminal. Mesmo porque tampouco verifico qualquer requerimento de natureza cível no presente feito.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal, *mutatis mutandis*, ao caso em epígrafe:

Conflito negativo de competência. Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Violência doméstica contra a mulher. Conflito entre a vara de família e a vara criminal da comarca. Demanda de natureza cível. Propositura no âmbito cível sem pedido de medidas protetivas e procedimentos da Lei 11.340/2006. Competência do juiz suscitado. - Proposta a demanda, de natureza cível, na vara de família, sem pedido das medidas protetivas e procedimentos elencados na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), compete ao juízo cível (vara de família), e não ao criminal, o processamento da ação judicial, atendendo ao preceito constitucional e à organização judiciária do Estado, que disciplinam as atribuições e competências. Dar pela competência do juiz suscitado (vara de família) (Conflito de Competência 1.0000.07.452237-6/000 - Rel. Des. Roney Oliveira - j. em 14.06.2007).

Ressalte-se, contudo, que eventual ação de natureza eminentemente cível envolvendo as partes deverá ser proposta na vara cível. Esse também foi o entendimento

dos integrantes do I Simpósio dos Procuradores e Promotores Criminais de Minas Gerais, realizado no 2º semestre de 2006, e que resultou na seguinte ementa:

No exercício de competência conferida pelo art. 33 da Lei nº 11.340/06, poderá o juízo criminal, ouvido o Ministério Público, homologar acordos celebrados entre as partes envolvidas e relacionadas com questões cíveis ou de família, previstas nos arts. 22, 23 e 24 da mesma lei, devendo a execução bem como as ações principais pertinentes a medidas cautelares de natureza não penal processarem-se perante o juízo cível ou de família competente (Ementa nº 02, Oficina nº 05 - Legislação Especial - Item 03 - Violência Doméstica).

Ante tais considerações, declaro como competente o Juízo da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu, ora suscitado, para processar e julgar o feito, devendo os autos serem remetidos ao respectivo Juízo.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Moreira Diniz e Almeida Melo.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

...

**Comodato - Rescisão contratual - Reintegração de posse ou reivindicatória - Propriedades das ações - Requisitos - Constituição em mora - Necessidade - Pressuposto e condição da ação - Ausência**

Ementa: Comodato. Rescisão do contrato. Reintegração de posse ou reivindicatória. Propriedades das ações. Requisitos. Constituição em mora. Necessidade. Falta de pressuposto e condição da ação.

- Para os casos de recuperação da posse de imóvel dado em comodato, oferece a lei ao comodante a oportunidade de postular ação possessória ou ação reivindicatória, mas exige-se, naquela, a presença da prova da posse pretérita do autor esbulhada, e nesta, a demonstração do domínio da coisa pelo registro imobiliário e de que o réu a possua ou a detenha injustamente, fazendo mister, no caso de contrato por tempo indeterminado, a notificação prévia, rompendo o ajuste que coloque em mora o comodatário, pressuposto e condição da ação necessária à incursão da análise do mérito.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.473030-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Vilsa Carla de Almeida - Apelada: Elizene Ribeiro dos Santos - Relator: DES. DUARTE DE PAULA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM, DE OFÍCIO, EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2008. - *Duarte de Paula* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. DUARTE DE PAULA - Inconformada com a r. sentença que julgou procedente o pedido feito na ação de reintegração de posse ajuizada por Elizene Ribeiro dos Santos, insurge-se a ré, Vilsa Carla de Almeida, buscando reverter a r. decisão mediante o recurso de apelação de f. 66/78.

Alega, inicialmente, a ré inadequação da via eleita por ter a autora ingressado com ação de reintegração de posse, enquanto deveria ajuizar ação reivindicatória, já que fundamentou seu pedido na propriedade do imóvel, nunca tendo ocorrido o esbulho, por nunca ter sido a autora possuidora do bem, incorrendo a r. sentença em erro ao apreciar um pedido pelo outro, pois somente existe fungibilidade entre ações possessórias, e não destas com petitórias, impondo-se a extinção do processo por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Sustenta, ainda, a apelante ter sido o imóvel, em verdade, adquirido por ela e seu companheiro, quando já se encontrava ruim o convívio do casal, tanto que a procuração da vendedora do imóvel era em nome de seu companheiro, e não da autora. Assim, afirma que as provas dos autos apontam para uma simulação entre a autora e seu irmão, seu ex-companheiro, que tenta fugir de suas obrigações civis com relação a sua ex-companheira e suas filhas, que não terão onde morar, não havendo prova da existência do comodato, até porque, sendo a autora pessoa de poucos recursos como ela própria admite, dificilmente emprestaria gratuitamente para seu irmão o seu único bem.

Desejo submeter à elevada análise desta Turma Julgadora uma preliminar.

Conforme se verifica dos autos, ajuizou a autora pedido de reintegração de posse, fundado na existência de comodato, que foi analisado pela r. sentença como pedido reivindicatório, deferindo a posse à autora com base na prova de seu domínio sobre o bem imóvel, desconsiderando a ilustre Julgadora de origem a qualificação do pedido feito pela parte.

Pelo permissivo do art. 1.228 do novo Código Civil, tem o proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder

de quem quer que injustamente a possua ou detenha. E, como é por demais sabido, tal ação é de natureza real e tem como escopo, repete-se, possibilitar ao titular do domínio de um bem manejá-la, buscando recuperá-lo de quem o detenha injustamente.

É, por conseguinte, meio processual colocado à disposição do titular do domínio contra quem detém a sua posse injusta, havendo ainda à sua disposição a possessória, a reintegração de posse, podendo, perfeitamente, ser opções eleitas pelo comodante para recuperar imóvel dado em comodato.

Para Lafayette, a reivindicatória é definida como:

A ação real que compete ao senhor da coisa para retomá-la do poder de terceiro que injustamente a detém (*Direito das coisas*, v. 4, p. 82).

Assim, para a propositura da ação reivindicatória, há de estar configurados os seguintes requisitos: a) prova do domínio da coisa; b) prova de que o réu a possui ou a detenha injustamente; c) que a coisa seja individuada, identificada.

Já para a ação de reintegração de posse, fundada no exercício de fato da posse sobre o bem, faz-se necessária a comprovação de outros requisitos, quais sejam: a) a posse do autor; b) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; c) a data da turbação ou do esbulho; d) a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; e a perda da posse, na ação de reintegração.

Feita essa digressão, para pôr termo ao contrato de comodato, rescindi-lo, pode perfeitamente ser utilizado o pleito petitório ou o possessório, para tanto necessita-se da comparação dos requisitos das mencionadas ações, verificando-se ser comum para ambas a necessidade da prova pelo autor do exercício da posse injusta caracterizadora do esbulho, o que deveria estar presente como prova nestes autos, independentemente da via eleita pela autora para a defesa de seus interesses.

Compulsando-se os elementos contidos no caderno probatório, constata-se, sem qualquer dificuldade, através da certidão de f. 07/08, a prova do domínio que, por si só, comprova o direito de propriedade da autora sobre o apartamento da Rua Salinas, requisito necessário à reivindicação, podendo, através do constituto possessório, contido na escritura de compra e venda, dizer se existente a posse do comodante. Falta, no entanto, para ambos os feitos, a demonstração da injustiça da posse.

Verifica-se, outrossim e em contrapartida, que não se acham devidamente comprovados os fatos narrados na peça de contestação acerca da afirmada simulação entre o ex-companheiro, irmão da autora, e esta última, sobre a alegada compra e venda simulada, prevalecendo, assim, a existência do instituto jurídico do comodato, definido pelo art. 579 do novo Código Civil e contornado por Orlando Gomes:

Comodato é a cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo (*Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 349).

Segundo o magistério de Sílvio Rodrigues:

Trata-se de contrato gratuito, real, unilateral e, em princípio, não solene. Se aperfeiçoa pela mera troca de vontades, ultimado com a entrega da coisa, incumbindo ao comodatário as obrigações de velar pela sua conservação; servir-se da coisa emprestada de forma adequada; restituir a coisa no momento devido (*Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, p. 264).

Com efeito, sabe-se que, no caso do comodato, a posse do comodatário é precária, não lhe gerando direitos possessórios, devendo ser exercitada de acordo com a sua destinação e as circunstâncias em que se lhe concede, tornando-se posse de má-fé ao negar o possuidor a sua restituição no prazo legal, após notificado pelo comodante do rompimento do contrato.

Extingue-se, portanto, o comodato por tempo indeterminado pela simples manifestação unilateral de vontade do comodante, sendo dever do comodatário restituí-lo prontamente, em prazo razoavelmente fixado, quando interpelado do rompimento do ajuste contratual, por notificação.

Assim, somente através da constituição em mora - o que indubitavelmente não vejo ocorrer nestes autos -, a posse do réu se tornaria injusta de modo a configurar o esbulho, o que autorizaria o autor ingressar com a ação contra o comodatário, visando à retomada do imóvel, tanto em caso de ação reivindicatória quanto em caso de ação de reintegração de posse.

Nesse esteio, impossível a apreciação da matéria concernente ao mérito em face de se apresentar a autora com processo a que falta pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular, sendo ainda carecedor de ação, por lhe faltar o interesse de agir, infringindo o art. 267, incisos IV e VI, CPC, o que leva indubitavelmente à extinção do processo sem resolução de mérito, diferentemente do que fez a MM. Juíza *a quo*, que não cuidou de observar os requisitos necessários para a postulação, vindo a reconhecer o pedido possessório, analisando a questão pelo ângulo meritório da reivindicação, no que se equivoca, para julgar procedente o pedido, não tendo igualmente atentado para o fato da apelante, daí sua submissão de ofício à apreciação da Turma Julgadora por este Relator.

Na definição de Humberto Theodoro Júnior, o interesse de agir provém da situação que:

[...] nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta

acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação (*Curso de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 56).

Este o entendimento do extinto egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais acerca de ações reivindicatórias:

Reivindicatória. Contrato de comodato verbal. Prazo indeterminado. Não-constituição em mora. Posse injusta não configurada. Ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

- Cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele, de acordo com o art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

- Para a propositura da ação reivindicatória devem estar presentes os seguintes requisitos: a prova do domínio da coisa; a prova de que o réu a detenha ou a possua injustamente; e a identificação da coisa.

- Tratando-se de contrato de comodato por prazo indeterminado, o comodante somente estará habilitado a retomar o imóvel, mediante ação possessória ou reivindicatória, se antes constituir em mora o comodatário, dando por findo o empréstimo. É pressuposto de constituição válida e regular do processo (art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil) a prova da constituição do comodatário em mora, em caso de ação reivindicatória fulcrada no art. 524 do Código Civil (Apelação Cível 359.976-6 - Rel. Maurício Barros - DJ de 24.04.02).

Ação reivindicatória. Comodato. - Se o imóvel de sua propriedade se encontra cedido em comodato a terceiro, cumpre ao autor, antes de ajuizar a ação reivindicatória, notificar o comodatário da sua intenção de extinguir o contrato. A posse mantida pelas rés não pode ser considerada injusta perante o autor, pois é derivada, segundo sua própria alegação, de contrato de comodato ainda não rescindido, não se completando, desse modo, os elementos necessários para a procedência do pedido reivindicatório, conforme disposto no CC, art. 524 (Apelação Cível 340.825-5 - Rel. Wander Marotta - j. em 27.06.01).

Com efeito, se não existe nos autos prova da notificação da apelante para que desocupe o imóvel da apelada, havido por empréstimo, sem estipulação de prazo para a devolução, não há esbulho ou injustiça da posse, e à autora não favorece nenhuma utilidade prática ou proveito a serem aferidos da sua intervenção judicial. Noutras palavras, segundo a técnica do Código de Processo Civil, falece à autora, apelada, interesse processual.

Pelo exposto, de ofício, julgo a autora carecedora da ação de reintegração de posse, como proposta, por falta de pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo e ainda ausência de interesse de agir (art. 267, IV e VI, CPC), uma vez que não comprovou a comodante, de plano, haver realizado a notificação imprescindível ao rompimento do contrato e

devolução do imóvel, necessária à regularidade do procedimento eleito, extinguindo o processo sem resolução de mérito, para condenar a autora, ora apelada, no pagamento das custas processuais, bem como na verba de honorários do procurador da ré, ora apelante, que fixo em mil e quinhentos reais, tendo por prejudicado o recurso. Custas recursais, pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

*Súmula* - DE OFÍCIO, EXTINGUAM O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

...

### **Indenização - Dano à imagem - Inocorrência - Álbum de figurinhas - Fotografia de jogador de futebol - Contrato entre o clube e a editora - Utilização da imagem - Autorização - Dever de indenizar - Ausência**

Ementa: Civil. Apelação. Ação de indenização. Fotografia de jogador de futebol. Álbum de figurinhas. Contrato celebrado entre o clube e a editora. Insciência do atleta. Dano à imagem. Inocorrência. Dever de indenizar afastado.

- A circulação da fotografia de jogador de futebol em álbum de 'figurinhas', por si só e sem a autorização do atleta, viola o direito à imagem e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

- A insciência do atleta de que o clube que o representa celebrou contrato com terceiro, autorizando a veiculação da sua imagem, não acarreta para este terceiro o dever de indenizar, uma vez que apenas cumpriu o contrato, não revelando conduta contrária ao direito.

**Apelação Cível nº 1.0024.07.484678-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Carlos Renato Frederico - Apelada: Editora Abril S.A. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2008. *Adilson Lamounier* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER (convocado) - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação que Carlos Renato Frederico interpôs contra a r. sentença de f. 100/104, declarada à f. 119 e pela qual o digno Juiz de Direito da 16ª Vara Cível desta Comarca de Belo Horizonte - MG julgou improcedente o pedido de indenização por ter sido sua imagem publicada sem autorização, com obtenção de lucro sem sua participação, além de não ter ciência do contrato que a apelada celebrou com o terceiro, cujo objeto era sua imagem.

Nas razões de apelação (f. 107/117), o apelante pleiteia a reforma da sentença ao argumento de que houve violação do art. 5º, X, da Constituição da República. Afirma que o Clube Atlético Mineiro não poderia ter cedido sua imagem, apenas o próprio atleta, o que acarreta prática ilícita a ensejar indenização. Acrescentou que a utilização de sua foto em álbum de figurinhas gera lucro em razão da imagem que desfruta na sociedade como atleta; e, no entanto, não teve participação dele. Entende que a simples publicação da imagem acarreta dano a ser indenizado.

A apelada contrariou o recurso de apelação às f. 120/139, requerendo a manutenção da sentença.

No mérito, o *thema decidendum* consiste em saber se a veiculação da imagem do apelante por meio de álbum de figurinhas acarreta violação de direito à imagem.

Na inicial, o apelante alega que era atleta do Clube Atlético Mineiro - jogador de futebol - e que não concedeu expressa ou tacitamente autorização, nem para o clube nem para a apelada, para que sua imagem fosse veiculada em álbum de figurinhas. Afirmou que a apelada violou seu direito de imagem, e, por esse motivo, tem direito à indenização no valor de R\$ 5.000,00, o que normalmente é pago aos atletas que figuram em tais álbuns, e ainda participação nos lucros obtidos com a venda destes.

Ao contestar a ação, a apelada, Editora Abril S.A. (f. 32/47), afirmou que o clube para o qual o apelante atuava autorizou, por meio de contrato escrito, a veiculação da imagem do atleta e que esse fato não tem o condão de acarretar dano à imagem e tampouco indenização.

Pelo documento de f. 77/83, juntado com a contestação, verifica-se que a apelada celebrou com vários clubes de futebol, dentre eles o Clube Atlético Mineiro (f. 77), contrato denominado "Contrato de Licença para Uso de Imagem, Cessão de Direitos Autorais e outras avenças". Consta da cláusula primeira, transcrita várias vezes nos autos, que o clube cede à apelante o direito de utilizar as imagens dos jogadores e demais componentes

dos outros clubes declinados no mencionado documento, com fixação das imagens. Na cláusula décima (f. 81) do mesmo contrato, consta que o clube se obriga a repassar aos atletas 20% do valor que receber do contrato.

Primeiramente, cumpre observar que, embora a r. sentença faça menção à indenização por danos morais (f. 101), o apelante, na verdade, pleiteia indenização pela veiculação da sua imagem sem a devida autorização. Entende ele que a simples reprodução da imagem de pessoas notórias, sem a autorização, por si só já acarreta violação de direito e, conseqüentemente, indenização.

Logo, o ponto crucial da demanda é verificar tão somente se a publicação das figurinhas por meio de álbum, como ocorreu no caso em exame, afetou a imagem do profissional.

Sobre o direito de imagem, ensina Milton Fernandes (em *Proteção civil da intimidade*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 171):

A necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem, deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições: o sentido da própria individualidade cria uma exigência de circunspeção, de reserva. A referida necessidade tornou-se mais forte com os progressos técnicos, ou permitiram o emprego do processo fotográfico, o qual facilita muito a reprodução.

No caso em exame, o apelante cedeu os direitos de sua imagem ao clube com o qual mantinha relação profissional de atividade esportiva, conforme se vê nas cláusulas do contrato de f. 77/83. Logo, a sua insciência do contrato celebrado entre a apelada e o Clube Atlético Mineiro, conforme ele alega, não tem o condão de imputar à apelada violação de direito à sua imagem. Ao contrário, o clube para o qual desempenhava as atividades esportivas autorizou a apelada a publicar a sua foto, nos termos do contrato mencionado.

Assim, se o apelante não autorizou a veiculação da sua imagem, não pode atribuir à apelada o dever de indenizar porque esta, insista-se, não praticou qualquer conduta contrária ao direito, apenas cumpriu o contrato que celebrou com o Clube Atlético Mineiro.

Sobre a utilização de imagem de pessoa notória decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça no seguinte aresto:

Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte afigure lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa (Ac. no REsp nº 138.883, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 04.08.98).



Logo, não provando o apelante que a apelada tenha contravindo a normas de direito, cujo ônus era seu, outro não poderia ser o desate da questão. Seu inconformismo, portanto, não tem pertinência.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e BARROS LEVENHAGEN.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Agravo de instrumento - Litisconsórcio ativo facultativo - Princípio da ampla defesa - Limitação de litigantes**

**Ementa:** Agravo de instrumento. Litisconsórcio ativo facultativo. Anulação de cláusulas contratuais. Contratos diversos. Limitação do número de litigantes pelo juiz. Necessidade.

- Deve-se manter a decisão que limitou o número de litigantes do litisconsórcio ativo facultativo, quando este comprometer a rápida solução da lide e dificultar, ainda, a defesa da parte indicada no pólo passivo da demanda. Apelação não provida.

**AGRAVO Nº 1.0024.07.491658-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Djalma José Marques e outros - Agravado: Banco Itaucard S.A. - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2008. - *Pereira da Silva* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Djalma José Marques e outros, representados pela Andec, contra a decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 34ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que determinou o desmembramento do pólo ativo, providenciando, ainda, a escolha, dentre eles, de apenas um para permanecer na lide, e concessão de justiça gratuita.

A MM. Juíza a qua decidiu pela impossibilidade de formação de litisconsórcio ativo facultativo, por entender que poderia acarretar tumulto processual.

Afirmam os agravantes que a concessão da justiça gratuita se admite pela simples opção da parte, devendo ser concedida a todos os autores. Aduzem também que cada um deles possui uma relação jurídica com o agravado, mas os acordos de vontade são idênticos, já que se trata de um único contrato de adesão celebrado entre os agravantes e o agravado.

Alegam que a simples afinidade e semelhança de questões por um ponto comum de fato ou de direito permite que consumidores litiguem em conjunto e, por isso mesmo, sustentam que o impedimento à formação do litisconsórcio seria uma afronta ao princípio da economia processual.

A MM. Juíza prestou informações à f. 72, mantendo a decisão agravada. O banco/agravado, apesar de devidamente intimado, não apresentou contraminuta, conforme certidão de f. 111.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo. Estão presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Passo à análise das razões recursais.

Os ora agravantes, no total de quatro pessoas, representados pela Andec, ajuizaram uma ação ordinária de nulidade de cláusulas contratuais abusivas c/c repetição de indébito e liminar *inaudita altera pars*, em face do ora agravado, o conhecido Banco Itaucard S.A.

Buscam, ainda, a declaração de nulidade das cláusulas abusivas dos contratos, notadamente as que tratam sobre juros, comissão de permanência e capitalização de juros.

Pretendem seja declarada a responsabilidade do agravado, condenando-o a recalcular a dívida dos consumidores, dos contratos já quitados ou não, com os juros compensatórios de no máximo 12% ao ano, não capitalizados, ou que o MM. Juiz os fixasse utilizando juros simples de CDB + 1/5 do CDB e expurgo da comissão de permanência.

No que se refere à possibilidade de litisconsórcio ativo facultativo, a meu ver deve ser mantida a decisão agravada.

O art. 46 do CPC prevê a possibilidade de litisconsórcio ativo facultativo, mas o seu parágrafo único permite que o juiz, ao perceber que este poderá comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, limite o litisconsórcio.

No presente caso, embora os agravantes tenham ajuizado a ação com a mesma causa de pedir e com os mesmos pedidos, a manutenção do litisconsórcio ativo comprometeria a rápida solução da lide. Além disso, dificultaria a defesa do agravado, por tratar de contratos diversos, firmados por consumidores que, à evidência, se encontram em situações diferentes.

Certamente a realização da prova pericial de contratos diversos tumultuaria o feito, dificultando a defesa.

Analisando o caso concreto, deve-se fazer prevalecer os princípios da ampla defesa e do contraditório, em desfavor do princípio da economia processual, devendo, de fato, ser limitado o número de autores, conforme determinou a MM. Juíza de primeiro grau de jurisdição.

O festejado Alexandre Freitas Câmara sustenta:

Caberá ao juiz, no caso concreto, estabelecer quem permanece no processo e quem dele será excluído, por decisão fundamentada, e devendo a decisão ser proferida com vistas a permitir que se alcancem os objetivos da norma, quais sejam assegurar uma mais rápida entrega da prestação jurisdicional, com amplas garantias, para ambas as partes, de defesa de seus interesses (*Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 173).

Segundo o entendimento jurisprudencial:

Litisconsórcio ativo. Limitação. Possibilidade. Dificuldade da defesa e da prestação jurisdicional. - Quando o litisconsórcio traz dificuldade à defesa da parte contrária, bem como prejudica a prestação jurisdicional, uma vez que se deve verificar contrato de cada um dos litisconsortes, correta se revela a decisão que o limita - art. 46, parágrafo único, do CPC (TAMG, AI 479.130-8, Juiz Sebastião Pereira de Souza).

Litisconsórcio ativo facultativo. Parágrafo único do art. 46. Limitação do número de litigantes pelo juiz.

- Na hipótese dos autos, embora os contratos que os agravantes pretendem discutir sejam semelhantes, a situação em que se encontra cada um deles é totalmente diversa, tendo firmado as avenças em épocas diferentes, efetuando despesas que não se equivalem, pelo que, comparando-se a situação de cada recorrente, verifica-se que inexistiu uniformidade que possibilite a formação do litisconsórcio ativo.

- Assim, correta a decisão monocrática que determinou a limitação do número de litigantes, matéria afeta à discricionariedade do juiz na análise das especificidades do caso concreto (TAMG, AI 2.0000.00.480.377-8/000, Relator: Juiz Eduardo Mariné da Cunha).

No que se refere à concessão da justiça, tenho que restou prejudicada, uma vez que foi concedida pela MM. Juíza, para o autor que permanecer no pólo ativo da demanda.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso avariado, para manter, na íntegra, decisão proferida, da lavra da culta e operosa Juíza Mônica Libânio Rocha Bretas.

Custas recursais, na forma da lei, pelos agravantes, ficando suspensa a exigibilidade de tais encargos, por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita - Lei Federal 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Mandado de segurança - Sentença - Desistência da ação - Parte passiva - Não-anuência - Indeferimento - ISS - Empresa prestadora de serviço profissional - Serviços médicos - Tributo - Base de cálculo - Art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68 - Alíquota fixa - Inaplicabilidade**

Ementa: Apelação cível. Ação de mandado de segurança. Desistência da ação após sentença. Discordância da parte passiva. Indeferimento. Imposto sobre serviço de qualquer natureza. ISS. Sociedade prestadora de serviço profissional. Serviços médicos. Caráter empresarial. Base de cálculo do tributo. Inteligência do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406, de 1968. Alíquota fixa. Inaplicabilidade. Segurança denegada. Recurso não provido.

- O autor pode desistir da ação, antes de vencido o prazo de resposta do réu. Porém, uma vez apresentada a defesa, a desistência fica condicionada à anuência da parte passiva.

- O imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS é tributo de competência municipal (art. 156, III, da Constituição da República) e tem como base de cálculo o serviço prestado pelo contribuinte.

- Os serviços prestados por sociedade uniprofissional estão sujeitos ao ISS em valor fixo calculado em relação a cada profissional habilitado que preste serviço na sociedade, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406, de 1968.

- Porém, tratando-se de sociedade empresarial, o lançamento do ISS com base em receita bruta da sociedade não lesa direito líquido e certo do contribuinte.

Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que denegou a segurança e indeferido o pedido de desistência da ação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.500594-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Centro Mineiro de Medicina Hiperbárica Ltda. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade Coatora: Gerente de Tributos Mobiliários do Município de Belo Horizonte - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008 - Caetano Levi Lopes - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelante aforou esta ação de mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda do Município de Belo Horizonte. Afirmou ser sociedade simples de prestação de serviços médicos. Acrescentou que tem direito ao recolhimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS com base na tributação fixa estabelecida no art. 9º do Decreto-lei nº 406, de 1968, e que não foi revogado pela Lei Complementar nº 116, de 2003, mas o impetrado está cobrando o tributo com base na receita bruta dos serviços prestados pela pessoa jurídica. Entende que o imposto da forma como vem sendo exigido fere seu direito líquido e certo. O impetrado defendeu a regularidade da exação. Pela r. sentença de f. 93/96, a segurança foi denegada.

Anoto que, após ter apelado, o recorrente requereu desistência da ação (f. 99). O apelado, entretanto, na peça de f. 144/151, discordou do pedido. Asseverou que a desistência depende de anuência da parte passiva e não existe previsão para o seu manejo após a prolação da sentença.

O Código de Processo Civil prevê a desistência da ação, mas estabelece requisitos para o seu manejo, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior:

Pela desistência, o autor abre mão do processo, não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu. Daí por que a desistência da ação provoca a extinção do processo sem julgamento do mérito e não impede que, futuramente, o autor venha outra vez a propor a mesma ação, uma vez que inexistente, *in casu*, a eficácia da coisa julgada [...]. É a desistência da ação ato unilateral do autor, quando praticado antes de vencido o prazo de resposta do réu, não depois dessa fase processual.

Na verdade, porém, o que é decisivo é a contestação, pois se o réu apresentou sua defesa antes de vencido o prazo de resposta, já não mais poderá o autor desistir da ação sem o assentimento do demandado. O ato passa a ser necessariamente bilateral (CPC, art. 267, § 4º).

[...] O limite temporal do direito de desistir da ação é a sentença, de sorte que não é concebível desistência da causa em grau de apelação ou outro recurso posterior, como os embargos infringentes e o recurso extraordinário (*Curso de direito processual civil*, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 346/347).

Como ensina José Alberto dos Reis, se a causa está pendente de recurso interposto pelo autor, pode este desistir do recurso, mas não pode desistir da ação. Com a desistência do recurso opera-se o trânsito em julgado da decisão recorrida: com a desistência da ação far-se-ia cair a decisão de mérito,

e não é admissível que o autor, mesmo com a aquiescência do réu, inutilize uma verdadeira sentença proferida, não sobre a relação processual, mas sobre a relação substancial, uma sentença que tem o alcance de pôr termo ao litígio [...]. Depois da sentença de mérito, o que pode haver é a renúncia ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V), que não depende de anuência do réu, mas que, uma vez homologada, provoca a solução de mérito contrária ao pedido do autor, equivalente à sua improcedência, com eficácia de coisa julgada material [...].

Observo que a apelação foi interposta em 17.12.2007 (f. 100/124) enquanto o pedido de desistência da ação foi feito em 21.01.2008 (f. 99).

Ora, completada a relação jurídica processual, a desistência só é possível se a parte passiva anuir. E o apelado, expressamente, discordou. Logo, deve o pedido ser indeferido.

Feito o reparo, a *vexata quaestio* consiste em verificar se o recorrente deve recolher o tributo questionado em valor fixo ou sobre a sua receita bruta, se existe possibilidade de compensação dos valores pagos indevidamente, bem como se é aplicável a taxa Selic como fator de juros e correção monetária e qual o prazo prescricional para solicitar a repetição.

O apelante, com a petição inicial, carrou os documentos de f. 36/41. Destaco a décima alteração contratual de f. 37/39, especificando os nomes dos sócios e o objeto da sociedade; a ficha de inscrição cadastral - FIC junto ao Município de Belo Horizonte (f. 41). Posteriormente, carrou as guias de recolhimento de ISS (f. 49/60). Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que o imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS é tributo de competência municipal (art. 156, III, da Constituição da República) e incide sobre a efetiva prestação de serviços. A relação dos serviços tributados deverá ser feita em lei complementar. Eis a propósito a lição de Hugo de Brito Machado:

Em face do disposto no art. 146, inciso III, alínea 'a', cabe à lei complementar estabelecer normas gerais a respeito do fato gerador dos impostos, entre os quais o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

O Decreto-lei n. 406/68, que podia ser tido como lei complementar, disse que o imposto sobre serviços de qualquer natureza tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista que anexou a seu art. 8º, na qual foram elencados os serviços tributáveis pelos Municípios (*Curso de direito tributário*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 293).

A mencionada lista consiste numa técnica legislativa utilizada para ordenar a resolução de conflitos de competência tributária entre o ISS, ICMS e IPI e preestabelecer quais são os serviços tributáveis pelos municípios. Em outras palavras, consideram-se excluídos da competência municipal todos os serviços que não estejam nela contidos.

O apelante é sociedade simples, constituída sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, e tem como objeto social a prestação de serviços médicos, conforme disposto na décima alteração contratual, de f. 37/39. Afirmou que é prestadora de serviços relacionados a profissão intelectual, cujos serviços são prestados sob a forma de trabalho pessoal do próprio sócio mas, por equívoco, constou ser sociedade empresária (f. 104).

Distingue-se a sociedade empresária da sociedade simples pelo maior ou menor objetivo econômico, bem como pela responsabilidade pessoal dos sócios, conforme ensina Ricardo Negrão no:

Em relação à atividade desenvolvida, as sociedades se classificam em: 1) empresárias, as que exercem atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços; e 2) simples, todas as demais, isto é, as que, embora pratiquem atividade econômica, não desenvolvem o objeto próprio das empresárias (art. 982).

[...] Em relação à maior ou menor importância da *affectio societatis* na vida da sociedade, estas se classificam em sociedade de pessoas, de capital e mistas. Spencer Vampre distingue as sociedades de capitais das de pessoas pelo critério da 'transmissibilidade dos direitos e obrigações de cada sócio, permitindo a qualquer indivíduo adquirir uma parte de direitos na sociedade, ou dela retirar-se à vontade. As sociedades de pessoas não têm este último característico e, além disso, todos os sócios não têm responsabilidade limitada, salvo na sociedade limitada por quotas' (*Manual de direito comercial e de empresa*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239/240).

É, portanto, em razão dessa maior ou menor importância da *affectio societatis* que as sociedades se classificam em sociedades de pessoas e de capitais.

Obviamente, em ambos os grupos há necessidade, em sua formação, de elementos pessoais e de capital; sem eles inexistiria contrato de sociedade. Entretanto, se há predominância em sua formação de qualidades pessoais, de sorte que a mera substituição de um sócio pode acarretar sua dissolução ou a impossibilidade de sua continuação, então se diz que a sociedade é pessoal. Se o caráter pessoal é secundário, e a substituição de sócio se faz livremente, sem necessidade de prévia consulta ou até mesmo conhecimento dos demais sócios, então, à evidência, trata-se de sociedade de capitais.

Carvalho de Mendonça bem descreve a distinção entre ambas:

Nas primeiras, os sócios aceitam-se, tendo em consideração suas qualidades pessoais e, por isso, se dizem formadas *intuitu personae*; os credores sociais podem contar, além do capital social, com o patrimônio de todos ou de alguns dos sócios. Essas sociedades repousam na confiança recíproca dos sócios. [...] A morte de um deles importa a dissolução, e a parte dos sócios, denominada quota, não pode ser acessível entre vivos nem transmissível *causa mortis*, salvo com o consentimento unânime dos outros sócios [...] Nas segundas, atende-se exclusivamente às entradas de cada

sócio. São os capitais que se unem, não as pessoas. A garantia de terceiros está unicamente no capital social. Essas sociedades fundam-se na força do capital, pelo que as entradas de todos os sócios, representadas por ações, são títulos transmissíveis e negociáveis.

O apelante não carrou aos autos o contrato social originário, pelo qual poder-se-ia verificar por menorizadamente o seu objetivo social. Trouxe apenas a décima alteração contratual consolidada de f. 37/39, registrada em 16.09.2004, e que altera a denominação social para Centro Mineiro de Medicina Hiperbárica Ltda., antes denominada Centro Mineiro de Medicina Hiperbárica Ltda., Sociedade Simples Limitada (f. 37). Vê-se que houve modificação da natureza da sociedade, que deixou de ter em sua denominação a expressão Sociedade Simples Ltda.

A análise da referida alteração contratual revela que houve admissão de novo sócio, elevação do capital social e respectiva distribuição entre os três sócios que a compõem. Na cláusula oitava, dispôs que a responsabilidade dos sócios é limitada à importância do capital social, nos termos do art. 1.052 do Código Civil de 2002. Previu, ainda, na cláusula décima primeira, retiradas mensais a título de pró-labore e distribuição de lucros apurados em balancetes mensais. Por último, previu que, no caso de falecimento ou interdição de qualquer dos sócios, as atividades sociais continuarão com os herdeiros ou sucessores. A derradeira circunstância deixa claro que o apelante não é sociedade profissional, mas, sim, empresária.

Acrescento que o Decreto-lei nº 406, de 1968, em seu art. 9º, §§ 1º e 3º, dispõe que os serviços a que se refere o item 89, dentre outros, prestados por sociedades, estarão sujeitos ao ISS, por meio de alíquotas fixas e variáveis, e calculados em relação a cada profissional habilitado que preste serviço para a sociedade, sócio, empregado ou não:

Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.  
§ 1º - Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas e variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, neste não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...] § 3º - Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92, da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto, na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Logo, nas sociedades uniprofissionais a base de cálculo do ISS não é o faturamento bruto, mas o número de profissionais habilitados. Nesse sentido, reiteradas vezes já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Tributário - ISS - Auditoria e Contabilidade. - Estabelece o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço e, quando este serviço, a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa, for prestado por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal. Recurso improvido (Ac. no REsp 255353/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 20.06.2000, DJ de 14.08.2000, in www.stj.gov.br).

Ementa: ISS - Sociedade de profissionais - Receita bruta - Auditoria e Contabilidade. - As sociedades, cujos serviços constam dos itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa ao Decreto nº 406/68, ficam sujeitas ao recolhimento do ISS na forma privilegiada, definida pelo artigo 9º, parágrafo 3º do referido decreto-lei. Recurso improvido (Ac. no REsp 69524/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 15.10.1998, DJ de 14.12.1998, in www.stf.gov.br).

É oportuno lembrar que o Decreto-lei nº 406, de 1968, foi recepcionado pela Constituição da República, conforme já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Embargos de declaração opostos à decisão do relator: conversão em agravo regimental – Constitucional - Tributário - ISS - Sociedade prestadora de serviços profissionais - Base de cálculo - D.L. nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3/93. - I - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3/93 (C.F., art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, D.L. 406/88. III - Precedentes. IV - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento deste. (Ac. no RE. 396421 ED/RJ - Rio de Janeiro, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 19.04.2005, DJ de 20.05.2005, in www.stf.gov.br).

Ementa: 1. ISS: sociedades civis profissionais: base de cálculo: Decreto-lei 406/68. O acórdão recorrido, ao afirmar que o art. 9º, § 3º, do DL 406/68 foi recebido pela Constituição de 1988, decidiu em conformidade com a jurisprudência do STF (RE 220.323, Pleno, Carlos Velloso, DJ de 18.5.2001). 2. Agravo regimental: motivação da decisão agravada: necessidade de impugnação. (Ac. no AI. 286616 AgR/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.10.2004, DJ de 12.11.2004, in www.stf.gov.br).

Sabe-se que a norma em questão sofreu várias alterações. Entretanto, o art. 9º e seus parágrafos do Decreto-lei nº 406, de 1968, não foram revogados pela Lei Complementar nº 116, de 2003. Esta, no art. 10, de forma expressa, revogou somente os arts. 8º, 10, 11 e 12 do mencionado Decreto-lei nº 406, de 1968.

Portanto, continua em vigor o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406, de 1968, vale dizer, não houve modificação no tratamento tributário anteriormente concedido às sociedades uniprofissionais.

Insista-se que a única alteração promovida pela Lei complementar nº 116, de 31.07.2003, foi na lista de serviços, detalhando as profissões que podem adotar o regime tributário diferenciado, com acréscimo ou retirada de algumas profissões. Resta claro, pois, que incorreu a suposta repristinação, por não se tratar, no presente caso, de restauração de norma revogada.

Por outro lado, para efeito do ISS, é necessário, ainda, que todos os sócios da sociedade de profissionais liberais estejam habilitados para o pleno exercício das atividades abrangidas pelo seu objeto social. E são profissionais regularmente habilitados aqueles que congregam em sociedade civil profissional com o objetivo de prestar serviços que a referida Lei enumera e que são pertinentes a atividades ou profissões regulamentadas.

O apelante, como já mencionado, é mesmo sociedade empresária e pretende beneficiar-se da forma diferenciada de pagamento do ISS. Mas não tem direito a tanto. Em situação análoga, vem decidindo o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Sociedades civis. Médicos. ISS. Finalidade empresarial. Não-incidência do § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68.

1. A controvérsia limita-se a saber se a recorrente faz jus ao privilégio fiscal previsto no Decreto-lei n. 406/68, estando assentado na instância ordinária sua natureza empresarial.

2. As sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades empresariais, de modo que a simples presença deles não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

3. Conquanto o corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade 'limitadas' desempenham atividade empresarial, uma vez que, nos contratos sociais, há, inclusive, disposição de como devem ser distribuídos os dividendos.

Recurso especial improvido (Ac. no REsp nº 867.715/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.11.2006, DJU de 24.11.2006, p. 283).

Portanto, o inconformismo é impertinente, restando prejudicado o exame das demais teses.

Com estes fundamentos, indefiro o pedido de desistência da ação e nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e JARBAS LADEIRA.

**Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO.**

...

**Alvará de funcionamento - Cassação - Posto de gasolina - Atividade perigosa - Poder de polícia - Devido processo legal - Ato administrativo - Presunção de legitimidade - Adequação da cassação**

Ementa: Posto de gasolina. Atividade perigosa. Cassação de alvará de funcionamento. Poder de polícia. Devido processo legal. Ato administrativo. Presunção de legitimidade. Adequação da cassação.

- A cassação do alvará de funcionamento de posto de gasolina é ato administrativo que traz consigo o atributo da presunção de legitimidade. Essa presunção pode ser afastada e o ato de cassação, por conseguinte, invalidado pelo Judiciário. Contudo, é preciso que o interessado demonstre, de forma clara e consistente, que o ato é ilegítimo. Na hipótese dos autos, foi observado o devido processo legal. Confirmação da sentença.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.662439-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Posto Chaves Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - 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, 3 de junho de 2008. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Posto Chaves Ltda. ajuizou embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, alegando, em síntese, a insubsistência do auto de infração que deu origem ao crédito tributário ora executado, pois possui alvará de localização para o exercício da atividade de posto de gasolina desde 16.09.1988; que essa licença se encontra válida e vigente, haja vista que foi concedida sem condicionantes e sem prazo, não existindo nenhum ato administrativo que a tenha cassado, mormente o imprescindível procedimento administrativo; que obteve o citado alvará em estrita observância à legislação que vigia à época.

Na impugnação, a Fazenda Pública alegou que a embargante fez acréscimos clandestinos em seu em-

preendimento, não regularizando a situação perante a Prefeitura; que se trata de atividade perigosa (revenda de combustíveis); que o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 8.616/2003) estabeleceu novas regras para as atividades perigosas; que é necessária a apresentação da licença ambiental; que foi dada ao embargante a oportunidade de apresentar defesa administrativa, garantindo-lhe o devido processo legal e a ampla defesa.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedentes os embargos e condenou a embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da execução, devidamente corrigido.

Foi aviada apelação pelo embargante, f. 104/112, requerendo a reforma da sentença, aduzindo que o alvará para a localização, expedido em favor do posto de gasolina na década de oitenta, não havida sido cassado quando da autuação, quicá por meio de processo administrativo válido; que a defesa administrativa apresentada contra a autuação fundada no exercício de atividade perigosa sem alvará não afasta o cerceamento do direito de defesa, visto que não foi previamente dada ao contribuinte a oportunidade de defender a validade de seu alvará; que se torna imperiosa a insubsistência da autuação lavrada, o que invalida a execução da multa aplicada.

Contra-razões, f. 117/127.

Penso que não assiste razão ao apelante.

É verdade que o embargante exerce as suas atividades comerciais há aproximadamente 20 anos, tendo obtido o alvará de licença para a localização em 16.09.1988, f. 20, porquanto atendidos os requisitos exigidos pela legislação vigente à época.

Todavia, a Administração Pública Municipal, no uso do seu poder de polícia, fixa as regras relativas ao uso e à ocupação do solo, as quais podem ser alteradas ao longo do tempo, em razão do crescimento da cidade, constatada pelo Poder Público a necessidade ou a sua conveniência e oportunidade.

Assim, na esteira da CF e do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01), foi promulgado o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 8.616/03), que, dentre outras providências, cuidou do exercício de atividade perigosa, sujeitando-a a processo prévio de licenciamento e estabelecimento de novos critérios para a concessão do respectivo alvará, em prol da segurança do estabelecimento e dos munícipes.

Conforme asseverou o Sentenciante, f. 99, *verbis*:

A embargante deve submeter-se às novas exigências da Municipalidade, não configurando o ato de ter-lhe sido concedido um alvará de localização e funcionamento há 20 anos garantia eterna de exercício da atividade, independentemente de nova fiscalização pelo Poder Público, visto que, conforme dito alhures, as características do espaço público

se alteram com o passar do tempo e, por via de consequência, alteram-se as necessidades de controle do uso da propriedade.

Saliente-se que, ao contrário do que sustenta o apelante, foi-lhe garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo-lhe dada a oportunidade para a apresentação de defesa administrativa. E de fato este apresentou defesa contra o auto de infração lavrado e, posteriormente, recorreu da primeira decisão administrativa.

Ademais, deve o ora apelante submeter-se às exigências do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, que, através da Resolução nº 273/2000, determinou que os postos de gasolina se submetessem a licenciamento ambiental.

Desse modo, tenho que deve prevalecer a presunção de legitimidade do ato administrativo, que não foi elidida pelo administrado.

*Mutatis mutandis*, já decidiu este TJMG:

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Recurso administrativo. Efeito suspensivo. Direito líquido e certo. Ausência. Poder de polícia. Interesse público. Atividade perigosa. Licenciamento prévio. Princípio da razoabilidade.

1 - A outorga de posto de gasolina com o licenciamento vencido, sujeitando-o à interdição em caso de prosseguimento nas atividades de cunho perigoso antes da renovação da licença, não fere o devido processo legal, diante das previsões dos arts. 194 e 324, parágrafo único, da Lei de Posturas do Município de Belo Horizonte de que 'a interposição de recurso não suspende o curso da ação fiscal respectiva'

2 - Preliminar rejeitada e sentença reformada, em reexame necessário (Reexame Necessário nº 1.0024.04.513595-1/001 - Relator Des. Edgard Amorim).

Cassação de alvará de funcionamento. Ato administrativo. Presunção de legitimidade. Posto de gasolina. Não-preenchimento dos requisitos legais para a obtenção/manutenção do alvará. Adequação da cassação. - A cassação do alvará de funcionamento de posto de gasolina é ato administrativo que traz consigo o atributo da presunção de legitimidade. Esta presunção pode ser afastada e o ato de cassação, por conseguinte, invalidado pelo Judiciário. Contudo, é preciso que o interessado demonstre, de forma clara e consistente, que o ato é ilegítimo. Na hipótese dos autos, tal não ocorreu (Apelação Cível nº 1.0024.06.029544-1/001 - Relator Des. Geraldo Augusto).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, pois, incólume a r. sentença.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Ação ordinária - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Ato administrativo - Ausência de fundamentação - Nulidade - Benefício social - Suspensão - Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social - Preceitos fundamentais da Constituição Federal - Violação - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Direito assegurado pelo art. 208, IV, da CF e art. 31, § 6º, II, da CE**

Ementa: Direito administrativo e constitucional. Suspensão de benefício social. Impossibilidade. Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social. Violação a preceitos fundamentais da Constituição da República. Sentença confirmada no reexame necessário.

- A suspensão de benefício previdenciário, de caráter marcadamente social, sem implementação de política compensatória, macula o princípio da proibição do retrocesso social. Tal princípio impede que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de direitos fundamentais e sociais, sejam desconstituídas as conquistas já obtidas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

**APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.930599-3/006 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelada: Cynara Régia Leal - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Maria Elza* - Relatora.

#### Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Cuida-se de reexame necessário e de recurso de apelação cível interposto pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Minas, que, nos autos de uma ação ordinária ajuizada por Cynara Régia

Leal, ora parte apelada, em face do recorrente, ora parte agravada, julgou procedente o pedido inicial, para determinar à parte ré a inclusão do menor no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, bem como para condená-la ao pagamento de valores referentes ao auxílio materno-infantil inadimplidos.

Em razões recursais de f. 162/167-TJ, o recorrente alega que, desde 1º de novembro de 2003, encontra-se suspensa a concessão de novos benefícios de auxílio materno-infantil. Assinala que o requerimento para concessão do auxílio materno-infantil foi feito após a sua suspensão, daí a razão de seu indeferimento. O pleito da parte apelada não possui suporte legal. Pede, por tais motivos, seja provido o recurso.

Em resposta ao recurso, a parte apelada pugna, às f. 169/176-TJ, pelo seu não-provimento.

É o relato. Decido.

Conheço da remessa necessária e do recurso, pois presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A Deliberação nº 09/2003, ato administrativo que fundamentaria a não-inclusão do filho da apelada no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, não apresenta motivação, o que conduz a sua nulidade. Acerca da necessidade de motivação do ato administrativo, sob pena de ser considerado nulo, decidi o Superior Tribunal de Justiça:

A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado. Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato (MS nº 9944/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki).

Por outro lado, o pedido da apelada de inclusão de seu filho no Programa de Assistência Materno-Infantil encontra amparo na Constituição da República no art. 208, inciso IV, da Constituição da República e no art. 31, § 6º, inciso II, da Constituição Estadual. Não vejo como uma deliberação, desprovida de motivação, possa contrariar preceitos constitucionais correlacionados com direitos fundamentais individuais e sociais.

No Recurso Extraordinário nº 436.996-SP, o Ministro Celso de Mello aponta a importância de se tutelar e efetivar o direito constitucional à educação infantil:

Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças,

a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Por fim, verifico que a suspensão de benefício previdenciário, de caráter marcadamente social, sem implementação de política compensatória, macula o princípio da proibição do retrocesso social.

Tal princípio impede que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de direitos fundamentais e sociais, sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Segundo o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

[...] a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses - de todo inócenas na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (ADIN 3.128-DF).

Dessarte, por julgar que a sentença recorrida está em consonância com preceitos fundamentais da República, que compõem o núcleo essencial do Estado Democrático e Social de Direito consagrado pela Constituição, confirmo-a no reexame necessário. Fica prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NEPOMUCENO SILVA e MAURO SOARES DE FREITAS.

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

...



**ISS - Município - Competência - Fato gerador -  
Definição - Lei complementar - Farmácia -  
Aplicação de injeção - Decreto-lei 406/68 -  
Lista de serviços - Interpretação extensiva -  
Impossibilidade - Princípio da estrita  
legalidade tributária**

Ementa: Direito constitucional tributário. Imposto sobre serviços. Competência municipal. Definição do fato gerador. Lei complementar. Incidência do tributo. Aplicação de injeções por farmácia. Interpretação extensiva. Impossibilidade. Princípio da estrita legalidade tributária.

- Não obstante caiba ao Município instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, à lei complementar compete a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Inteligência dos arts. 156, III, e 146, III, *a*, CR.

- A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não abrange os serviços de aplicação de injeções desenvolvidos por farmácias, hipótese que não comporta interpretação extensiva sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.935125-2/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública  
do Município de Belo Horizonte - Apelada: Drogeria  
Araújo S.A. - Relator: DES. CARREIRA MACHADO**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008 - *Carreira Machado* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. CARREIRA MACHADO - Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação cível interposta pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra a sentença de f. 106/109, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, que, em embargos opostos pela apelada à execução fiscal que lhe move a apelante, julgou-os procedentes.

Argúi a apelante que se afigura devida a imposição de multa à apelada pelo descumprimento de obrigação

acessória, enquadrando-se o serviço prestado - aplicação de injeções - àqueles previstos no item 2 do Decreto-lei 406-68, f. 110/116.

Contra-razões pela apelada, pugnando pela manutenção da sentença recorrida, f. 118/129.

Sentença não sujeita ao reexame necessário nos termos do § 2º do art. 475 do CPC.

Deixo de remeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça em virtude da Súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça.

Determina o art. 156, III, da Constituição da República que:

Compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Estatui ainda o art. 146, III, *a*, da Constituição da República que:

Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributo e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Portanto, os Municípios podem instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, mas os fatos geradores devem estar definidos por lei complementar.

Assim, não obstante caiba ao Município instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, à lei complementar compete a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 não abrange os serviços desenvolvidos pela apelada, não comportando interpretação extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária.

A aplicação de injeções por farmácia, serviço prestado pela apelada, não se enquadra no serviço ambulatorial previsto na lista referida, porque este se caracteriza pela existência de ampla estrutura em caráter principal, o que não é o caso da apelada, que exerce o aludido mister de forma secundária.

A jurisprudência corrobora tal entendimento, assim como transcrito pelo douto Juiz *a quo*, f. 180-TJ.

Ante tais considerações, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante, isenta nos termos do art. 10, I, da Lei 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILSON REIS e CAETANO LEVI LOPES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Ação cominatória - Perdas e danos e liminar -  
Cumulação de ações - Propriedade industrial -  
Nome comercial - Marca - Proteção -  
Anterioridade do registro - Abstenção  
do uso - Possibilidade**

Ementa: Ação ordinária com preceito cominatório. Propriedade industrial. Nome comercial. Marca. Proteção. Precedência do registro. Abstenção do uso. Possibilidade. Agravo desprovido.

- A empresa que primeiro registrou, na junta comercial competente, a denominação social de que faz uso tem o direito do seu uso em detrimento de outra sociedade qualquer que venha a utilizá-la.

- A anterioridade do uso do nome que identifique a empresa já é suficiente, não sendo imprescindível o registro no INPI, mas, se esse já foi solicitado, maior o direito dessa empresa.

**AGRAVO Nº 1.0024.08.989186-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Rick & Nit Indústria e Comércio de Confecções Ltda. - Agravadas: Fragmento Indústria e Comércio Ltda. e outra - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 12 de junho de 2008. - Antônio de Pádua - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por Rick e Nit Ind. e Com. de Confecções Ltda., nos autos da "ação ordinária com preceito cominatório cumulada com perdas e danos e liminar" movida por Fragmentos Ltda. e Idem Artigos de Vestuário Ltda. perante o Juízo da 25ª Vara Cível desta Comarca, inconformada com os termos da r. decisão de f. 111/112, que deferiu às autoras a antecipação da tutela requerida, para determinar que a ré, ora agravante, se abstenha de utilizar a expressão "Fragmentos" em suas atividades comerciais, por qualquer forma ou meio, e ainda remover placas de seu estabelecimento contendo tal designação, exclusão de

lista telefônica ou qualquer outra espécie de divulgação, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária arbitrada em R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 50.000,00.

Em suas razões recursais, aduz, inicialmente, a ilegitimidade *ad causam* da agravada, ao argumento de que esta não detém o registro da marca "Fragmentos".

Quanto ao mérito, sustenta o desacerto da decisão censurada, uma vez que o nome por ela utilizado (Fragmentos) não foi copiado da agravada, mas pesquisado e encontrado em um poema antigo, estando registrado na Junta Comercial desde 2003, quando não havia qualquer registro da agravada no órgão competente.

O único pedido de registro que havia sido feito pela agravada - prossegue a agravante - foi definitivamente arquivado, não havendo, em decorrência, qualquer óbice a que a mesma passasse a utilizar-se do nome "Fragmentos".

Aduz mais: somente após haver formulado pedido de registro da marca no INPI é que veio a saber que a segunda agravada havia renovado o seu pedido de registro do mencionado nome.

Afirma a recorrente estar agindo com lealdade e boa-fé, não podendo ser prejudicada com a perda do uso do nome em referência, ante a inequívoca negligência das agravadas, que não recolheram a tempo e modo os dispêndios atinentes ao registro da marca no INPI.

Encerra suas razões, requerendo o provimento do recurso para que lhe seja deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela final e, assim, afastar a determinação de se abster de usar o nome "Fragmentos" e também de praticar os demais atos determinados pelo Magistrado, autor da decisão censurada.

O preparo se acha comprovado à f. 117.

Conheço do recurso, presentes suas condições de admissibilidade.

Preliminar de ilegitimidade ativa das agravadas.

A preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da agravada não se credencia ao sucesso, impondo-se o seu afastamento de plano, pois são elas as que se utilizam do nome empresarial e de fantasia "Fragmentos" muito antes da agravante, com pedido de registro no INPI, conforme reconhecido por esta em sua peça recursal, estando, portanto, inquestionavelmente, legitimadas a figurar no pólo ativo da relação formal atinente à ação ordinária, de preceito cominatório, contra ela movida perante o Juízo da 25ª Vara Cível desta Capital.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Quanto ao mérito, registro, inicialmente, que, ao receber o recurso por distribuição, proferi o despacho de f. 122/124, indeferindo a tutela recursal pleiteada, ao não ver na espécie os requisitos traçados pelo art. 273 do CPC, consistentes na probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, que é a reunião da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação; o

risco de que o direito sofra um dano de difícil ou impossível reparação ou o abuso de direito de defesa do demandado e a reversibilidade dos efeitos do provimento.

Imediatamente após tomar conhecimento da decisão censurada, a agravante requereu a sua reconsideração, pedido que restou indeferido pelo despacho de f. 116.

Após regular intimação, as agravadas ofereceram a contraminuta de f. 128/136, em que refutam todos os argumentos expendidos pela agravante, pedindo, ao final, o desprovimento do recurso.

Denotam os elementos informativos e probatórios dos autos que a agravante foi constituída em 13 de março de 2003, sob razão social de Dolce Vita Confeccões Ltda., alterando-a, no dia 21 do mesmo mês, para Rick & Nit Indústria e Comércio de Confeccões Ltda., com adoção do nome fantasia Blanc.

As agravadas demonstraram, com a inicial de sua ação de kunho ordinário, cumulada com preceito cominatório, que a marca Fragmentos vem sendo por elas utilizada em data muito anterior à da constituição da agravante e que, embora seu primeiro pedido de registro da marca no INPI tenha sido arquivado por falta de pagamento das despesas pertinentes ao andamento do processo, novo pedido de registro, de sua autoria, já se acha protocolado no órgão.

O art. 209 da Lei 9.279/96 - Lei de Marcas e Patentes - assim dispõe, *verbis*:

Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º - Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante caução em dinheiro ou garantia fidejussória, caso julgue necessário.

§ 2º - Nos casos de reprodução ou imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

José Carlos Tinoco Soares tece os seguintes comentários ao artigo transcrito:

A ação cível para a cessação da prática do ato incriminado, com o direito de haver perdas e danos em ressarcimento dos prejuízos causados, poderá ser proposta contra a violação de direitos de patente (arts. 183, 184 e 185), contra a violação de registro de desenho industrial (arts. 187 e 188), contra a violação de marcas ( arts. 189 e 190), contra os crimes cometidos por meio da marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda (art. 191), contra a violação de indicações geográficas e demais indicações (arts. 192,

193 e 194) e contra a prática de atos de concorrência desleal (art. 195) (*Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. RT, 1997, p. 296).

Assevera, ainda, o mesmo autor que:

Se, eventualmente, o concorrente pretender a imposição dos seus produtos no mercado ou a prestação dos seus serviços através do aproveitamento do bem alheio, estará forçosamente agindo em flagrante concorrência desleal. Não obstante ser um tanto quanto difícil estabelecer os critérios que determinarão os atos que se constituem em concorrência desleal, porque a lei institui genericamente como sendo o 'emprego de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem', cremos que, em princípio, a concorrência desleal se caracteriza pelo emprego de todo e qualquer meio fraudulento (ob. cit., p. 296).

A lei estimula a concorrência comercial e industrial, contanto que seja feita de forma salutar, levando-se em conta os princípios morais da probidade e lealdade, ou seja, com observância da mínima ética profissional. Excedidos esses limites, cai-se no desvio fraudulento de clientela.

A hipótese não é de tutela antecipada, e sim de liminar prevista no § 1º do art. 209 da Lei 9.279/96.

Cumprir frisar que a proibição não é no sentido de que a agravada não comercialize seus produtos, e sim de que não se utilize da marca Fragmentos na sua comercialização, da qual vêm as agravadas fazendo uso regular.

Conforme se extrai dos dispositivos legais acima transcritos, especificamente o art. 189, I, da Lei 9.279/96, é vedado o uso até mesmo parcial da marca alheia. Portanto, o uso do nome Fragmento, em princípio, não é permitido.

As marcas, como lembra Ascarelli, indicam uma subespécie de produtos. Entre produtos similares, conhecidos por um nome do vocabulário, encontram-se alguns com características próprias, que foram designados por um nome ou símbolo pelo titular da marca. Isso torna possível aos consumidores reconhecerem, de imediato, os produtos que pretendem adquirir (ou os serviços que desejam utilizar) e ao empresário referi-los em sua publicidade.

Pela importância econômica da marca, sua utilidade para os consumidores e pelo estímulo que representa à livre concorrência, o legislador, a par de manter as normas que reprimem a concorrência desleal e punem os atos confusórios, conferiu à norma o *status* de bem imaterial exclusivo (objeto de uma "propriedade" idêntica à outorgada às obras do espírito), *status* esse que decorre do registro criado pela lei (*A propriedade intelectual e a nova Lei de Propriedade Industrial*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26/27).

É certo que a utilização pela agravante da expressão "Fragmentos" pode confundir o consumidor, levando-o a pensar que os produtos provêm da mesma marca, sendo suficiente para gerar prejuízos à proprietária da marca.

Deve ser levado em conta que, além da coincidência de expressões, os litigantes comercializam o mesmo produto, qual seja roupa, o que agrava a situação.

Há também pedido de registro formulado pela agravante, do que se evidencia a existência de litígio administrativo quanto à marca Fragmentos no INPI.

Assim, correta a meu sentir a decisão censurada, que conferiu às agravadas a proteção provisória do uso da mencionada marca até o julgamento da ação principal, quando poderão ser produzidas provas mais consistentes para uma correta e definitiva solução da controvérsia.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo.

Custas, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e ROGÉRIO MEDEIROS.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Indenização - Namoro - Promessa de casamento - Descumprimento - Coabitação - Ruptura - Dano moral - Ato ilícito - Inexistência**

Ementa: Indenização. Namoro. Intenção de casamento. Início de coabitação. Dano moral. Exercício regular do direito. Ato ilícito. Inexistência.

- O descumprimento da promessa de casamento e a ruptura de namoro ou coabitação não ensejam dano moral, pois qualquer um dos nubentes tem o direito de se arrepender, haja vista que ninguém é obrigado a manter uma relação conjugal com outrem.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0325.06.000495-0/001 - Comarca de Itamarandiba - Apelante: E.S.S. - Apelado: D.A.G. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

#### **Notas taquigráficas**

DES.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA - Cuida a espécie de apelo interposto por E.S.S. em virtude da sentença, f. 108/115, que, nos autos da indenizatória por danos morais aforada em desfavor de D.A.G., julgou improcedente o pedido formulado na inicial, nos seguintes termos:

Destarte, pelo exposto, julgo improcedente o pedido para extinguir o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC) e condenar a autora a suportar o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro, em consonância com o art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões recursais, f. 118/122, a apelante pugnou pela reforma, *in totum*, do provimento hostilizado por entender que há prova do dano moral que sofreu em virtude da conduta do recorrido, que a abandonou após dois anos de relacionamento, apesar de lhe demonstrar intenções de casamento.

Contra-razões às f. 126/127.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, do qual conheço, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

E.S.S. ajuizou uma ação de indenização por danos morais em desfavor de D.A.G., alegando que aos 17 anos de idade foi seduzida pelo réu, que, após muitos assédios e investidas, em 2002, conseguiu convencê-la a namorar.

Decorrido algum tempo, quando o requerido já demonstrava interesse em se casar com a postulante, ele exigiu que a jovem se submetesse a um exame médico para comprovação de sua virgindade, o que foi feito. Em seguida, os litigantes resolveram morar juntos e a requerente passou a trabalhar na loja de propriedade do Sr. D.

Desse relacionamento adveio uma gravidez que, por infortúnio, foi interrompida espontaneamente, gerando inúmeros problemas para a saúde da moça, que prejudicaram a rotina sexual do casal, arruinando a convivência mútua e acarretando a separação.

O MM. Juiz *a quo* julgou o feito nos termos supra-transcritos, ensejando a irrisignação em apreço.

O art. 159 do CC/1916, cuja redação permaneceu inalterada pelo art. 186 do NCCB, determina a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem o dever de compensar o infortúnio.

Para que seja deferida a reparação a esse título, mister estarem presentes os requisitos habilitadores da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a conduta lesiva do agente e o nexo de causalidade entre estes.

Na espécie, afirmou a suplicante na exordial que, antes dos acontecimentos descritos, era uma pessoa ingênua e inexperiente, vinda da zona rural, fator que

facilitou a ação do recorrido, próspero empresário do ramo de eletrodomésticos, vivido e separado judicialmente, que passou a fazer-lhe promessas e galanteios, manifestando a pretensão de matrimônio. Narrou que o comportamento do pretendente lhe inspirava segurança, conquistando, também, a sua família.

Acrescentou que, mesmo diante das fortes investidas do demandado, não mantiveram relações antes dos fatos supranarrados, porém, após alguns boatos acerca da castidade da namorada, o insurgido exigiu que ela comprovasse seu estado através do exame médico de f. 12.

Iniciada a coabitação, os demandantes assumiram a postura de um casal prestes a se casar, sendo que o varão passou a apresentar a sucumbente como sua futura esposa, levando-a para trabalhar em um de seus estabelecimentos comerciais, realizando passeios e viagens juntos.

A autora ficou grávida, porém, no segundo mês, teve a gestação interrompida por um aborto espontâneo, que lhe acarretou infecção nas trompas e outras complicações, com sangramentos constantes que só cessavam com o uso de vários medicamentos, mas que persistiam após a conjunção íntima.

Os médicos recomendaram que o Sr. D. fizesse uso de um dos remédios para colaborar com o tratamento, porém este se recusou. Orientado a utilizar preservativos, ele também não concordou; e, diante disso, E. optou por dormir em leito separado, iniciando-se uma crise conjugal irreparável que pôs fim ao relacionamento e culminou no retorno da postulante à casa dos pais, sendo esses os motivos do abalo psicológico, vexame público e humilhação, que motivaram o pedido ressarcitório no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Em sua defesa, f. 40/43, o réu alegou ter sido vítima de um assédio sufocante por parte da moça, que pretendia seduzir com ele para obter vantagens.

Do cotejo dos autos, vê-se que o contexto apresentado não permite decisão divergente daquela proferida pelo Magistrado singular, que julgou improcedente o requerimento inicial, haja vista que a irredimida não logrou êxito em comprovar suas arguições vestibulares, ônus que era dela, como preceitua o art. 333, I, do CPC.

É, ainda, entendimento da doutrina:

Trata-se do fato, da prova, da comprovação das alegações das partes. A sentença deve basear-se nos fatos provados e, a partir destes, dizer qual o direito, qual a consequência jurídica. Se o direito deve ser do conhecimento do juiz, os fatos devem ser pelas partes provados. [...] Incumbe às partes o ônus da prova: a) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I); b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II) (COSTA, José Rubens. *Manual de processo civil*, v. I, p. 24-25).

Carlos Alberto Bittar conceitua o ato ilícito, capaz de gerar responsabilidade:

Para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato) (*Responsabilidade civil* - doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 93/95).

Colhe-se dos autos que o tão alardeado exame de constatação da virgindade da requerente, f. 12, foi realizado em 15.10.2002, visando instruir um processo criminal de nº 2975/03, f. 45/46, instaurado diante do comparecimento da autora em 16.10.2002 à delegacia de polícia para a lavratura do boletim de ocorrência de f. 47/48, o qual noticia que uma prima da recorrente, M.L.L., praticou o delito de difamação no local de trabalho da sucumbente, fazendo comentários desonrosos sobre sua honestidade e reputação.

A testemunha V.G.L. afirmou:

[...] que o comentário a respeito da virgindade da requerente surgiu por uma cliente de nome L., que esteve na loja dizendo ao requerido para que este ficasse esperto, pois a requerente não era mais virgem; este comentário chegou até às partes, tendo inclusive a requerente feito um teste para comprovar sua virgindade, que a requerente inclusive entrou na Justiça contra tal pessoa [...] (f. 93).

Note-se que a análise médica foi realizada apenas um dia antes de a insurgente procurar a autoridade policial.

Também restou comprovado que o suplicado não fez comentários desabonadores acerca da ex-namorada:

[...] que o requerido não chegou a cobrar da requerente a respeito dos boatos sobre sua virgindade, que sempre a tratava com respeito na loja. [...] (J.G.V., f. 87).

[...] que os comentários que ouvia eram sempre de rua, não tendo o requerido comentado nada com ela. [...] (C.R.S., f. 88).

[...] que nada ouviu do requerido a respeito da virgindade da requerente; que nunca viu o requerido difamar a requerente; que o requerido tratava a requerente sempre com respeito. [...] (f. 89-90).

O fato de a moça ser de origem interiorana, com uma conduta recatada, não afasta sua capacidade de discernimento, a ponto de atribuir suas escolhas a uma ingenuidade quase pueril, como bem decidiu o Monocrático:

Com efeito, com o passar das décadas, o conhecimento e a informação ao alcance de todos, via televisão, internet,

revistas, jornais, nos deixa temerosos em falar de sedução de uma mulher de 17 anos de idade. Tanto assim que o art. 217 do Código Penal foi revogado pela Lei 11.106/05 (f. 114).

Lado outro, também nos parece inverossímil afirmar que um comerciante, contando 36 anos de idade à época dos fatos, divorciado, tenha sido vítima de "uma verdadeira perseguição" e de "um assédio constante e sufocante", f. 42.

Em verdade, o que emerge dos autos é um relacionamento entre dois adultos, inteligentes e capazes, que lamentavelmente não deu certo por razões alheias à vontade de ambos.

Ademais, o ato ilícito é a violação a um dever de conduta estabelecido pela ordem jurídica, como leciona Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 659):

A iliceidade da conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico.

Nesse norte, não há como atribuir ilicitude ao comportamento do apelado, qual seja o rompimento da relação conjugal. É certo que a mera manifestação de interesse de casamento não obriga as partes a contrair núpcias.

Carlos Alberto Gonçalves trata da matéria com bastante propriedade:

É princípio de ordem pública que qualquer dos noivos tem a liberdade de se casar ou se arrepender. O consentimento deve ser manifestado livremente e ninguém pode ser obrigado a se casar. O arrependimento, portanto, pode ser manifestado até o instante da celebração (in *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62).

A propósito já decidiu esta 13ª Câmara Cível:

[...] A mera expectativa ou promessa de casamento não levada a efeito não gera a obrigação de indenizar, pois ninguém pode ser compelido a manter relacionamento afetivo com outrem (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.504845-5/000, Rel.º Des.º Hilda Teixeira da Costa, 25.08.2005).

É da jurisprudência:

[...] Ninguém é obrigado a casar-se com outrem, somente porque há muitos anos mantém com este uma união estável. Destarte, a separação decorrente da dificuldade de convivência entre os companheiros não configura ato ilícito daquele que optou em romper o vínculo afetivo. O rompimento de relacionamentos amorosos é fato inerente à vida. Além disso, tem-se tornado corriqueira, nos tempos atuais, a separação de casais que há muitos anos se relacionavam, seja mediante casamento, união estável ou namoro.

Portanto, embora tal situação seja extremamente desagradável, seus reflexos psicológicos nas pessoas envolvidas são perfeitamente assimiláveis, tomando-se como paradigma o comportamento do homem médio. [...]. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0287.04.016462-9/001, 17ª CC, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 04.05.2006).

Mediante essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a v. sentença hostilizada, inclusive no tocante às despesas processuais e aos honorários advocatícios.

Custas recursais, a cargo da insurgente, cuja exigibilidade fica suspensa em virtude do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - É notório e inconteste que o simples rompimento de um casal que coabitava em regime conjugal, por si só, não gera qualquer indenização por dano moral a um dos companheiros, por se tratar o mencionado rompimento de fato corriqueiro e inerente a todo relacionamento humano.

Leva-se ainda em conta que, na espécie, o rompimento do relacionamento havido entre a apelante e o apelado assim como o início da coabitação dos mesmos se deveram única e exclusivamente à livre e espontânea vontade de ambos.

Inexiste, no caso em julgamento, a presença de qualquer ato ilícito que tenha dado causa à união ou à separação do casal.

Com efeito, afasta-se, neste caso, qualquer pretensão indenizatória de ressarcimento a título de danos morais, como acertadamente entendeu a douta decisão primeva.

Com esses adinículos e outras considerações constantes do voto da relatoria, também nego provimento à apelação.

Isenta a apelante do pagamento das custas recursais por litigar sob o amparo da justiça de favor.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Ação declaratória - Parceria agrícola - Contrato - Parceiro outorgado - Falecimento - Rescisão - Não-ocorrência - Sucessores - Continuidade**

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória. Parceria agrícola. Falecimento do parceiro-outorgado. Rescisão não verificada. Possibilidade de continuidade pelos sucessores.

- Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou

partes do mesmo, com o objetivo de nele ser exercida, dentre outras atividades, a exploração agrícola, mediante partilha de riscos do caso fortuito ou da força maior do empreendimento rural e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem.

- Dentre as causas que poderiam levar à extinção do contrato de parceria agrícola elencadas nos incisos do art. 26 do Decreto 59.566/66 não se encontra a morte do parceiro-outorgado como causa absoluta, pois que, mesmo após a morte do chefe do núcleo familiar, outra pessoa pode continuar na execução do contrato, conforme disposto no parágrafo único do referido decreto.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0444.07.000785-1/001 - Comarca de Natércia - Apelante: Dariam Jonnis José da Silva - Apelada: Maria Helena dos Reis de Souza - Relator: DES. PEDRO BERNARDES**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2008. - *Pedro Bernardes* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de apelação interposta por Dariam Jonnis José da Silva contra sentença (f. 117/123) proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Natércia que, nos autos da "ação inominada" ali ajuizada pelo apelante em face da apelada Maria Helena dos Reis de Souza, julgou improcedente a pretensão formulada na inicial.

Em razões de f. 126/138, afirma o autor, ora apelante, em síntese, que o Sr. João Gualberto de Souza afirmou em seu depoimento que "houve a rescisão contratual, mas não teve uma só testemunha que provasse essa alegada rescisão"; que "as palavras simplesmente do parceiro-outorgante não podem ser suficientes para dar o contrato por rescindido"; que ele afirmou ter efetuado o pagamento de adubo, assumido despesas com camarada e com construção de cercas, "mas nada disso ficou provado nos autos"; que, pelo testemunho de Maria Aparecida, é possível depreender que, "após o falecimento de Lino, o contrato de parceria agrícola estava em plena vigência, pois a inventariante Maria Helena estava convidando Nelson para levar adubo para lavoura, com objetivo de cuidar bem do café", o que mostra a responsabilidade dela "com o produto da lavoura, que após a morte de Lino, passou a pertencer a todos os herdeiros, não podendo a inventariante ter efetuado a venda sem

autorização judicial, pois existe entre os herdeiros uma incapaz"; que a declaração de José Fernandes "confirma que após a morte de Lino o contrato de parceria agrícola continuou a vigor, pois quem cuidava da lavoura era Maria Helena"; que é "difícil acreditar que Lino, parceiro-outorgado, tendo gasto com sua doença, deixaria de dar continuidade à parceria na lavoura de café, entregando-o gratuitamente, tendo 80% da produção dos grãos, prejudicando-se a filha menor, a família, quando poderia dar sua parte, em 50% a outro parceiro, e ainda assim teria uma produção na lavoura de 30%"; que ingressou com a ação, visando obter da inventariante, ora apelada, a prova de que houve a rescisão do contrato de parceria agrícola que o Sr. Lino Rodrigues de Souza firmou com o Sr. João Gualberto de Souza, sendo que, ao contrário do que restou decidido, "a rescisão não ficou provada nas próprias palavras do próprio parceiro-outorgante"; que, não tendo sido provada a rescisão, "os 80% dos frutos da produção de café cabem ao espólio por direito". Tece outras considerações, cita jurisprudência e, ao final, pugna pelo provimento da apelação.

Desnecessário o pagamento do preparado, pois que o apelante está litigando amparado pelos benefícios da assistência judiciária (f. 24).

A ré, ora apelada, intimada, apresentou contrarrazões (f. 140/143), alegando, em síntese, que restou comprovado pelas testemunhas ouvidas "às f. 98, 101 e 102, que o finado Lino Rodrigues, em razão de sua doença (câncer de próstata), não teve condições física e nem financeiras de dar continuidade à parceria que havia celebrado com seu pai João Gualberto"; que, logo após a colheita do café realizada no ano de 2005, "Lino entregou a lavoura ao pai João Gualberto, que passou a cuidar dela"; que, desde a morte do Sr. Lino, "a Maria Helena não teve condições de tocar o café"; que, "desde abril de 2006, a referida lavoura está sendo explorada pelo senhor Joaquim Donizete de Souza, por força do contrato de parceria por ele firmado com o senhor João Gualberto, em data de 1º.04.2006"; que os depoimentos das testemunhas ouvidas às f. 90/97 "não se prestam para infirmar a rescisão do questionado contrato, uma vez que referidas testemunhas são parentes (irmãos, cunhados e tios) das partes", sendo "legalmente impedidas de testemunhar"; que não era possível que pessoas, "sem o mínimo de conhecimento técnico, pudessem saber que, para garantia de direitos seus e de terceiros, a rescisão do contrato e o fazimento de outro deveriam obedecer às mesmas regras". Tece outras considerações, e, ao final, requer seja negado provimento ao apelo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Ausentes questões preliminares, passo ao imediato exame do mérito.

Mérito.

O apelante ingressou com a presente ação, visando compelir a apelada a comprovar que o contrato de parceria agrícola firmado entre o Sr. João Gualberto de Souza e o Sr. Lino Rodrigues de Souza foi rescindido, conforme afirmado por aquela nos autos do inventário dos bens deste.

Citada, a apelada sustentou na contestação que o contrato de parceria agrícola foi rescindido de forma amigável e verbal, sendo que atualmente quem toma conta da área que foi objeto de parceria é o Sr. Joaquim Donizete de Souza.

O MM. Juiz *a quo*, após a oitiva das testemunhas arroladas, entendeu por bem julgar improcedente a pretensão inicial, o que deu azo à interposição do recurso de apelação.

Pois bem.

Conforme se vê às f. 12/13, realmente é possível aferir que entre o Sr. João Gualberto de Souza e o Sr. Lino Rodrigues de Souza foi firmado um contrato de parceria agrícola na data de 1º de julho de 2004, cujo teor foi registrado no Cartório de Registros e Documentos na Comarca de Natércia/MG.

O prazo de vigência foi estabelecido em 10 (dez) anos, sendo que na área de 2,50 hectares seriam cultivadas 3.700 mudas de café.

A questão controvertida limita-se à averiguação do acerto, ou não, da decisão vergastada, que concluiu pela ocorrência da rescisão do contrato de parceria agrícola a partir do momento em que a doença que vitimou o Sr. Lino Rodrigues de Souza se manifestou.

Conforme cediço, parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, com o objetivo de nele ser exercida, dentre outras atividades, a exploração agrícola, mediante partilha de riscos do caso fortuito ou da força maior do empreendimento rural e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem.

*In casu*, após compulsar detidamente os autos, tenho que razão assiste ao apelante.

Inicialmente, *data venia* ao entendimento esposado pela MM. Juíza *a quo*, entendo que a atividade eleita no contrato de parceria agrícola noticiado, qual seja a exploração de 3.700 (três mil e setecentas) covas de cafés, não é personalíssima, pois que esta, mesmo com a morte do parceiro-outorgado, como no caso em tela, poderia ser conduzida pelos sucessores. A rescisão poderia ocorrer apenas se não existisse, no núcleo familiar, alguém que pudesse prosseguir na execução do contrato.

Sendo assim, a toda evidência, o simples fato de o parceiro-outorgado ter sido acometido por doença que posteriormente veio a lhe vitimar, por si só, não é causa que impõe a rescisão ou extinção do contrato de parceria agrícola.

Aliás, tal situação não deixou de ser estipulada no contrato, visto que ficou convencionado que os sucessores deveriam, a qualquer título, cumprir fielmente ao que foi pactuado. Confira:

Nona:

A morte de qualquer uma das partes contratantes obriga os seus sucessores, a que título for, cumprir fielmente o presente contrato até o seu termo.

O *caput*, o inciso e o parágrafo único do art. 26 do Decreto 59.566/66 assim dispõem:

Art 26. O arrendamento se extingue:

- I - Pelo término do prazo do contrato e do de sua renovação;
- II - Pela retomada;
- III - Pela aquisição da gleba arrendada, pelo arrendatário;
- IV - Pelo distrato ou rescisão do contrato;
- V - Pela resolução ou extinção do direito do arrendador;
- VI - Por motivo de força maior, que impossibilite a execução do contrato;
- VII - Por sentença judicial irrecorrível;
- VIII - Pela perda do imóvel rural;
- IX - Pela desapropriação, parcial ou total, do imóvel rural;
- X - por qualquer outra causa prevista em lei.

Parágrafo único. Nos casos em que o arrendatário é o conjunto familiar, a morte do seu chefe não é causa de extinção do contrato, havendo naquele conjunto outra pessoa devidamente qualificada que prossiga na execução do mesmo.

Tal dispositivo é aplicável à parceria agrícola, conforme prevê o art. 34 do referido decreto. Confira:

Art 34. Aplicam-se à parceria, em qualquer de suas espécies previstas no art. 5º deste Regulamento, as normas da seção II, deste Capítulo, no que couber, bem como as regras do contrato de sociedade, no que não estiver regulado pelo Estatuto da Terra.

Conclui-se, portanto, que, dentre as causas que poderiam levar à extinção do contrato de parceria agrícola elencadas no artigo em destaque, não se encontra a morte do parceiro-outorgado como causa absoluta, pois que, mesmo após a morte do chefe do núcleo familiar, outra pessoa pode continuar na execução do contrato.

Embora a apelada afirme que a parceria agrícola tenha sido rescindida, esta permaneceu cuidando da lavoura e negociando os frutos, conforme declarado pela testemunha Maria Aparecida Fernandes. Veja:

F. 90 – [...] que após o falecimento do seu irmão, a depoente lembra que a Maria Helena esteve na sua loja, convidando o Nelson para levar adubo para a lavoura; que ela ainda comentou que deveria continuar cuidando bem do café; que a Maria Helena chegou a comentar que tinha dado sorte, porque o preço do café estava bom e ela aproveitou o preço para vender; que a Maria Helena vendeu após o falecimento do irmão da depoente; [...].

Tal situação foi confirmada também pelo Sr. José Fernandes e pela Sra. Catarina Ângela de Souza:



F. 93 – [...] que até logo após o falecimento do Sr. Lino, era a Maria Helena quem cuidava da lavoura [...]

F. 94 – [...] que quem cuida do café agora são camaradas, diaristas, arrumados pela Maria Helena [...]

Como se não bastasse este fato, ou seja, de que o núcleo familiar do Sr. Lino Rodrigues de Souza, através da apelada, permaneceu cuidando da lavoura e comercializando os frutos, todas as testemunhas arroladas pelo autor foram unânimes em afirmar que o contrato não foi objeto de rescisão (f. 90/97).

Importante destacar que, embora as testemunhas acima tenham relação de parentesco com o apelante, os seus depoimentos não foram contraditados na instância primeira, de modo que não podem ser desconsiderados.

Além disso, as próprias testemunhas arroladas pela apelada não confirmaram que o contrato de parceria agrícola tenha sido desfeito.

José Airton Martins assim esclareceu:

F. 101 – [...] que sabia que havia um contrato de parceria agrícola entre Lino e Gualberto; que o Lino comentou que desfaria o contrato por não estar mais em condições de trabalhar; [...] que sabe que no final de 2004, começo de 2005, o Lino já doente disse que desfaria o contrato; [...] que o Lino apenas comentou que desfaria o contrato, desconhecendo o depoente se houve alguém que se responsabilizasse pelo café no espaço e tempo da morte até os dias de hoje; [...] foi o Lino quem disse que havia um contrato e que o rescindiria, não sabendo se era escrito ou não, nem se chegou a ser desfeito antes da morte do Lino [...]

Joaquim Donizete de Souza assim declarou:

F. 102 – [...] que não estava presente quando da entrega da lavoura feita pelo Lino a seu pai; que o depoente foi fazer uma visita ao Lino, que estava muito doente, este comentou que entregaria a lavoura de café ao pai. [...]

João Gualberto de Souza, pai do Sr. Lino Rodrigues de Souza, assim relatou:

[...] que não houve testemunhas da entrega da parceria pelo Lino; que seu filho tinha 80% da lavoura de café; que não ficou com remorso de pegar os 80%, uma vez que pagou o adubo, as despesas com camaradas, fez cercas, portanto não tinha como não aceitar a devolução da parceria feita com o filho; que não sabia que, para novo contrato, tinha que ter rescindido o antigo; que tinha outros herdeiros e ninguém queria nem podia tocar, só o Lino; [...] que entendeu que, com a morte do filho, o contrato estava desfeito [...].

O próprio parceiro-outorgante reconheceu, no final do seu depoimento, que entendeu pela desnecessidade de rescindir o contrato antigo para celebrar outro e admitiu que entendeu pela extinção do contrato noticiado em razão da morte de seu filho.

Portanto, é possível concluir que o contrato de parceria agrícola não foi rescindido e que a apelada,

após o falecimento do Sr. Lino Rodrigues de Souza, passou a tomar conta da lavoura de café.

Todavia, como a apelada, ao que parece, não possui conhecimentos técnicos, não é difícil chegar à conclusão de que o Sr. João Gualberto de Souza, para que o trabalho não fosse perdido, tenha contratado pessoas para cuidar da parte que toca à apelada, retirando do percentual desta, evidentemente, o pagamento dos contratados.

Entretanto, independentemente do que foi estabelecido entre a apelada e o Sr. João Gualberto de Souza, o certo é que, até o presente momento, ficou claro que não houve a rescisão do contrato de parceria agrícola firmado com o Sr. Lino Rodrigues de Souza, de modo que a decisão proferida na instância primeira deve ser reformada.

As eventuais discussões acerca das despesas que o Sr. João Gualberto de Souza teve de assumir além do que foi contratado após a morte do Sr. Lino Rodrigues de Souza, bem como as discussões acerca dos lucros auferidos por este e pela apelada devem ser resolvidas através de ação apropriada, caso seja necessária.

Por fim, pertinente registrar que não se está, com esta decisão, impedindo que o contrato de parceria agrícola firmado seja rescindido. Todavia, o que se está reconhecendo é que, até a presente data, este não foi rescindido, de modo que, se houver interesse do parceiro-outorgante na rescisão, este deve cuidar de fazê-lo em observância ao que determina a legislação e com cuidado de cientificar todos os interessados, para que estes possam declarar interesse e demonstrar a capacidade para o prosseguimento na execução do que foi pactuado.

Sem importância, a meu sentir, os arts. 112 e 113 do Código Civil para solução da lide, pois que não se está questionando o teor do contrato ou seu modo de execução, mas apenas sua vigência.

Assim, tenho que deve ser dado provimento ao presente recurso para declarar vigente o contrato de parceria agrícola firmado entre o Sr. Lino Rodrigues de Souza e João Gualberto de Souza.

Em decorrência, devem ser invertidos os ônus da sucumbência.

Com essas considerações, dou provimento ao presente recurso para declarar vigente o contrato de parceria agrícola firmado entre o Sr. Lino Rodrigues de Souza e João Gualberto de Souza, devendo os sucessores daquele cuidar para o prosseguimento de sua execução, nos exatos termos do que foi pactuado.

Em virtude do provimento do presente apelo, inverto os ônus da sucumbência.

Custas recursais, pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e OSMANDO ALMEIDA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

**Compra e venda - Imóvel - Vício de consentimento -  
Coação - Ausência - Contrato - Cláusula *ad  
corpus* - Previsão legal - Complemento da área -  
Devolução do excesso - Impossibilidade -  
Negócio jurídico - Nulidade - Inocorrência -  
Lucros cessantes - Inexistência -  
Indenização - Descabimento**

Ementa: Apelação cível. Contrato de compra e venda. Vício de consentimento. Coação. Ausência. Cláusula *ad corpus*. Previsão legal. Possibilidade. Indenização por lucros cessantes. Inocorrência. Recurso a que se nega provimento.

- A coação, enquanto vício de consentimento capaz de ensejar defeito no negócio jurídico, consubstancia-se na declaração defeituosa da vontade do agente por fundado temor de dano iminente e considerável contra si, sua família ou seus bens, a teor do que dispõe o art. 151 do Código Civil.

- A presença da cláusula *ad corpus*, por si só, não acarreta a nulidade do contrato de compra e venda, tampouco o direito à indenização, por se tratar de hipótese prevista legalmente (§ 3º do art. 500 do CC), em que o imóvel é alienado como um corpo certo e determinável e, por tal razão, não se admite reclamação pelo complemento da área, nem devolução do excesso.

- A entrega da coisa é consectário lógico do contrato de compra e venda, não havendo que se falar em indenização por lucros cessantes ante a paralisação da atividade econômica exercida no imóvel objeto do negócio jurídico.

Nega-se provimento ao recurso.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0543.07.000969-0/001 -  
Comarca de Resplendor - Apelantes: Geraldo do  
Nascimento Costa e sua mulher - Apelado: Consórcio da  
Hidrelétrica de Aimorés - Relator: DES. CÉLIO CÉSAR  
PADUANI**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - Célio César Paduani - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - Geraldo do Nascimento Costa e Sebastiana Correia Costa interpueram recurso de apelação contra a sentença de f. 171/177-TJ, prolatada pelo Juiz da Comarca de Resplendor, que, nos autos da ação declaratória proposta pelos recorrentes em face do Consórcio da Hidrelétrica de Aimorés, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensa sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Insurgem-se os recorrentes, nas razões de f. 179/184-TJ, alegando que eram proprietários de um terreno de 726,48 m<sup>2</sup> e possuidores de outros 1.152 m<sup>2</sup>, perfazendo o total de 1.879,20 m<sup>2</sup>. Asseveram que foram pressionados a vender o imóvel e não receberam pela área de posse, sendo lançada na escritura a cláusula *ad corpus*, que contraria seus interesses. Aduzem não terem sido pagas as indenizações em decorrência da extinção da atividade de criação/venda de suínos e dos aluguéis de duas casas. Pugnam pela reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos exordiais.

Contra-razões às f. 186/195-TJ.

Não há interesse público indisponível para a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Colhe-se dos autos que os recorrentes ajuizaram ação declaratória em face do Consórcio da Hidrelétrica de Aimorés buscando o recebimento da complementação do valor pago em decorrência da compra e venda de um terreno rural, ao fundamento de terem sido coagidos a entabular o referido acordo, inclusive com cláusula *ad corpus*, além de não terem sido indenizados pela área possuída, nem pelos lucros cessantes ante a extinção da atividade econômica exercida e da renda dos aluguéis de duas casas existentes naquela propriedade. Pleitearam, por fim, a reparação por danos morais.

Os pedidos exordiais foram julgados improcedentes pelo douto Magistrado, por não vislumbrar o vício de consentimento apontado, tampouco o direito às indenizações pleiteadas.

Ao que vejo, a questão vergastada deve ser analisada basicamente sob dois aspectos: primeiro, a verificação da presença do alegado vício do consentimento (coação) a ensejar a nulidade do negócio jurídico e, segundo, a abrangência desse negócio jurídico.

Pois bem. Sabe-se que a coação, enquanto vício de consentimento capaz de gerar defeitos no negócio jurídico, consubstancia-se na declaração defeituosa da vontade do agente por fundado temor de dano iminente e considerável contra si, sua família ou seus bens, a teor do que dispõe o art. 151 do Código Civil.

Os recorrentes fundamentam a alegação da existência de vício de consentimento no fato de terem sido instaladas máquinas no quintal de sua casa e na afirmação de que o recorrido manteria o valor inicialmente ofertado, ainda que passados dois anos.

No entanto, ao que observo dos autos, os depoimentos testemunhais são imprecisos e não corroboram as afirmações dos recorrentes. Transcrevo excertos:

O depoente não sabe dizer qual foi a conduta do Consórcio que levou os autores a vender o terreno por preço inferior ao que ele valia. Sabe que os autores foram pressionados, mas não sabe dizer em que consistiu a pressão (f. 160-TJ).

Não sabe dizer por que os autores aceitaram menos do que o terreno valia (f.161-TJ).

Os autores nunca informaram o depoente sobre alguma conduta do Consórcio que os tenha coagido a efetuar a venda nos termos em que foi feita [...]. Sabe que o Consórcio colocou máquinas no terreno do autor enquanto este lá permanecia. Não sabe dizer, no entanto, se isso aconteceu antes ou depois de ter sido paga a indenização (f. 162-TJ).

Ademais, não vejo de que maneira a colocação de maquinário nas proximidades do terreno em questão poderia ser vista como forma de coação, já que tal ato poderia ter sido repellido por meio de ação própria, não tendo os recorrentes lançado mão desta forma de defesa.

Lado outro, ainda que tomada por verdadeira e irrefutável a afirmação dos recorrentes de que o valor ofertado seria mantido pelo recorrido, mesmo após o transcurso de anos, não vislumbro em tal atitude a iminência de risco e fundado temor, elementos próprios à caracterização da coação.

Endossando as bem-lançadas palavras do douto Magistrado, esse mal, além de não ser grave, também não era certo nem iminente. Por isso, não é hábil a configurar coação e não tem força suficiente para invalidar o negócio jurídico.

A meu sentir, a dita coação não extrapola a seara da mera alegação, por não ser possível extrair do arcabouço probatório quaisquer indícios de que tenha havido, de fato, um vício do consentimento a ensejar a nulidade do negócio jurídico em questão, porquanto não se desincumbiram os recorrentes do ônus constitutivo do direito alegado, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Ultrapassada a questão da coação, passo à análise da abrangência do negócio jurídico entabulado.

Colhe-se dos autos que, diferentemente do que ocorreu com os demais proprietários e posseiros daquela região (f. 36/46-TJ), os recorrentes não foram desapropriados amigavelmente de suas terras, mas firmaram contrato de compra e venda, nos termos avençados na escritura pública acostada às f. 78/81-TJ.

Não se trata, portanto, de procedimento desapropriatório, em que se deve perquirir acerca da prévia e justa indenização. Trata-se de um contrato de compra e venda firmado por agentes capazes, com objeto lícito e pela forma prescrita em lei.

Cumpra registrar que a presença da cláusula *ad corpus*, por si só, não acarreta a nulidade do contrato de compra e venda, tampouco o direito à indenização, por se tratar de hipótese prevista legalmente (§ 3º do art. 500 do CC), em que o imóvel é alienado como um corpo certo e determinável e, por tal razão, não se admite a reclamação pelo complemento da área, nem devolução do excesso.

Pelo que tenho que a referência às dimensões lançadas na escritura pública de f. 79-TJ é meramente enunciativa, mormente se considerando que a cláusula *ad corpus* foi expressamente consignada na referida escritura, não restando comprovado, sobretudo, o alegado vício do consentimento apto a afastá-la.

No que tange ao pedido de indenização pelos lucros cessantes, razão também não assiste aos recorrentes, haja vista que a entrega da coisa é consectário lógico do contrato de compra e venda, não havendo que se falar em indenização por lucros cessantes pela cessação da atividade econômica exercida no imóvel objeto do negócio jurídico.

Forte em tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas pelos recorrentes, suspensas nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores AUDEBERT DELAGE e MOREIRA DINIZ.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Legitimidade passiva - Banco - Seguradora - Grupo econômico - Teoria da aparência - Aplicabilidade - Seguro - Contrato - Prestação - Atraso de pagamento - Segurado - Ausência de interpelação - Cobertura - Cancelamento ou suspensão - Impossibilidade**

Ementa: Direito processual civil. Legitimidade passiva. Empresa pertencente ao mesmo grupo econômico. Teoria da aparência. Aplicabilidade. Contrato de seguro. Atraso de pagamento de prestação. Ausência de interpelação do segurado. Impossibilidade de cancelamento ou suspensão da cobertura.

- A teoria da aparência ocorre quando uma parte envolvida no negócio jurídico supõe estar mantendo tratativas com a pessoa certa, mas na verdade faz ajustes com outra, diversa.

- Demonstrada a aplicabilidade da teoria da aparência, tem-se por legitimada passiva a empresa que manteve tratativas com o autor, pertencente ao mesmo grupo econômico.

- É necessária a interpelação do segurado para que se caracterize mora no pagamento de prestações relativas ao prêmio. O mero atraso no adimplemento de prestações não basta para a desconstituição da relação contratual.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.02.001128-0/001 - Co-marca de Araguari - Apelantes: 1º) Banco do Brasil S.A., 2º) Cia. de Seguros Aliança do Brasil - Apelados: R.N.O. e outro, representado e assistido pela mãe - Relator: DES. MOTA E SILVA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHER A PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO RECURSOS.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Mota e Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Ação de cobrança ajuizada por R.N.O., L.N.O. e M.D.N.O. contra BB Corretora de Seguros - Ourovida - e Banco do Brasil S.A.

Na inicial, de f. 02/06, aduziram os autores que são beneficiários de um seguro de vida deixado por C.A.O., falecido em 1º.02.2001, no valor de R\$ 57.334,41, sendo 25% para cada filho e 50% para o cônjuge. Alegaram que, acionada a seguradora, fora recusado o pagamento, sob a alegação de não-pagamento de duas parcelas mensais consecutivas, o que motivou o cancelamento unilateral do seguro, em 09.8.2000, sem a devida notificação. Atestaram que o pagamento dos valores devidos à seguradora eram debitados mensalmente na conta que o *de cuius* possuía no Banco do Brasil, que deixou de fazê-lo sem motivação. Assim, pediram a procedência do pedido.

Os réus apresentaram contestação, de f. 26/37, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, afirmaram que não podem ser responsabilizados pelo pagamento de seguro, tendo em vista que o seguro fora contratado com a Aliança do Brasil. Atestaram que o Banco do Brasil tentou debitar o valor do seguro na conta corrente do falecido Sr. C. por vinte vezes, fato que não se consumou porque a conta estava com o limite de crédito ultrapassado. Denunciaram à lide a Cia. de

Seguros Aliança do Brasil. Ao final, pediram a improcedência do pedido contido na inicial.

A denunciada à lide, Companhia de Seguros Aliança do Brasil, apresentou contestação, de f. 94/102, aduzindo que o seguro foi cancelado por falta de pagamento, sendo estipulada em contrato a desnecessidade de se efetivar prévio aviso ao segurado. Reportou-se à legislação, doutrina e jurisprudência. Ao final, pediu a improcedência do pedido contido na inicial.

O MM. Juiz *a quo* proferiu sentença, de f. 321/332, julgando procedente o pedido contido na inicial, condenando os réus solidariamente ao pagamento dos valores indenizatórios previstos nos Contratos de Seguro nºs 238.086-2 e 985.455-X.

Inconformados, os réus Banco do Brasil S.A e BB Corretora de Seguros aviaram recurso de apelação, de f. 344/347, reiterando a preliminar de ilegitimidade e o mérito contidos na contestação. Afirmam que a sentença incorreu em vício de julgamento *extra petita*, tendo em vista que houve condenação ao pagamento de valores contidos nos Contratos de Seguro nºs 238.086-2 e 985.455-X, enquanto o pedido contido na inicial se limitou ao Contrato de Seguro de nº 985.455-X. Assim, pedem provimento ao recurso.

Também inconformada, a Cia. de Seguros Aliança do Brasil aviou recurso de apelação, de f. 349/354, argüindo preliminar de julgamento *ultra petita*, tendo em vista que houve condenação ao pagamento de valores contidos nos Contratos de Seguro nºs 238.086-2 e 985.455-X, enquanto o pedido contido na inicial se limitou ao Contrato de Seguro nº 985.455-X. No mais, reaviva o mérito contido na contestação. Ao final, pede provimento ao recurso.

Contra-razões foram apresentadas às f. 362/374, 375/386, 409/411 e f. 423/427.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial dos recursos, decotando-se o excesso de condenação, conforme parecer de f. 394/398.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

1ª apelação, aviada pelo Banco do Brasil S.A. e BB Corretora de Seguros.

Argüem os primeiros apelantes preliminar de ilegitimidade passiva.

Sem razão os primeiros apelantes.

A aplicação da teoria da aparência demanda a presença de vários elementos que Vicente Ráo (na obra *O direito e a vida dos direitos*. 1. ed. 2ª t. São Paulo, Max Limonad, s/d, v. II, p. 116) elenca. Dois merecem destaque especial:

d) as relações sociais se baseiam na ciência de cada qual na regularidade de seu direito e tem cada qual a obrigação de

não iludir a confiança que em outrem houver inspirado. Assim sendo, não poderá impugnar o ato praticado pelo titular aparente o titular que, por sua atividade ou inatividade, houver dado margem para se criar uma situação tal que haja permitido ao terceiro acreditar na regularidade do direito do titular aparente [...].

e) é a máxima *error communis facit ius* que justifica a validade do ato praticado pelo titular aparente [...].

A essas explicações teóricas deve-se acrescentar, ainda, a necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas, quando o verdadeiro titular se mantém ciente e conscientemente inativo no exercício de seu direito, e é esta, a meu ver, a melhor interpretação que se dá ao direito aparente. Portanto, a teoria da aparência ocorre quando uma parte envolvida no negócio jurídico supõe estar mantendo tratativas com a pessoa certa, mas na verdade faz ajustes com outra, diversa, caso dos presentes autos.

Nesse sentido, decidiu o saudoso TAMG, bem como o Superior Tribunal de Justiça:

[...] A aplicação da teoria da aparência envolve a existência de prova de uma situação de fato que faça o terceiro, ao se relacionar com pessoa jurídica, acreditar estar em tratativa com quem realmente seja representante ou preposto desta. Ausente a prova, inviabiliza-se pertinência da teoria. 4. Apelação conhecida e provida (TAMG - 2ª Câmara Cível, Ap. nº 234.570-6, Rel. Juiz Caetano Levi Lopes, DJ de 03.5.1997).

Processual civil. Legitimidade passiva. Indenização. Dano moral. Banco. Administradora de cartão de crédito. Idêntico conglomerado econômico. - I - Pertencendo a empresa administradora de cartão de crédito ao mesmo conglomerado econômico do banco réu, tem este legitimidade passiva *ad causam* para responder por dano causado à contratante. - II - Recurso especial conhecido e provido (STJ - 4ª Turma, REsp nº 299.725-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, unân., DJU de 25.06.01).

Analisando os autos, vê-se que é perfeitamente aplicável a teoria da aparência, pois trata-se de empresas do mesmo grupo econômico, sendo certo que o falecido Sr. C.A.O. não compareceu à sede da segunda apelante para firmar o contrato de seguro. Logicamente, o contrato fora firmado dentro da agência do Banco do Brasil, empresa do mesmo grupo econômico da segunda apelante.

Com efeito, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Em relação à preliminar de vício de julgamento *extra petita*, tem-se que o que ocorrera, efetivamente, fora o vício de julgamento *ultra petita*, ou seja, a sentença concedera além do pedido, tendo em vista que o pedido fora limitado ao pagamento da Apólice nº 985.455-X, enquanto a sentença determinou o pagamento dos Contratos de Seguro nº 238.086-2 e nº 985.455-X.

Assim, o excesso de condenação deve ser decotado para adequação da condenação ao pedido inicial, o que será efetivado no dispositivo do acórdão.

Passo a analisar o mérito.

Resta pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça que:

é necessária a interpelação do segurado para que se caracterize mora no pagamento de prestações relativas ao prêmio. O mero atraso no adimplemento de prestações não basta para a desconstituição da relação contratual.

Nesse sentido, eis os precedentes:

Recurso especial. Violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais dos prêmios atrasadas. Suspensão da eficácia do contrato. Inexistência. - I. Não há falar em omissão ou ausência de fundamentação, não constando do acórdão embargado os defeitos contidos no art. 535 do Código de Processo Civil, quando o aresto embargado, tão-só, mantém tese diferente da pretendida pela parte recorrente. - II. A Segunda Seção, quando do julgamento do REsp 316.449/SP, decidiu que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessária, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora. Recurso não conhecido (REsp 805.175/RS, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. em 18.05.2006, DJ de 05.06.2006, p. 281).

Direito civil e processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Embargos à execução. Contrato de seguro. Atraso de pagamento de prestação. Ausência de interpelação do segurado. Impossibilidade de cancelamento da cobertura. - É necessária a interpelação do segurado para que se caracterize mora no pagamento de prestações relativas ao prêmio. O mero atraso no adimplemento de prestações não basta para a desconstituição da relação contratual. Precedentes. Agravo no agravo de instrumento não provido (AgRg no Ag 753.652/RS, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 16.05.2006, DJ de 05.06.2006, p. 273).

Com efeito, considerando que as apelantes não negam a contratação do seguro, não refutam o valor pleiteado e muito menos provam que interpelaram o de *cujus* para fins de purgação da mora, tem-se por procedente o pedido contido na inicial.

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao recurso. Em face do acolhimento da preliminar de vício de julgamento *ultra petita*, decoto da sentença a condenação relativa ao Contrato de Seguro nº 238.086-2.

Custas do primeiro recurso, pelos primeiros apelantes.

Segunda apelação, aviada por Cia. de Seguros Aliança do Brasil.

Em face do que restou decidido quando do julgamento da primeira apelação, restam prejudicados a análise da preliminar de vício de julgamento *ultra petita* e o mérito deste recurso, pois a matéria é idêntica.

Quanto aos honorários advocatícios, embora não tenha a apelante rejeitado a denúncia, contestou o

pedido contido na inicial, tornando-se litisconsorte passiva dos primeiros apelantes, ensejando, assim, sua condenação solidária no pagamento dos honorários advocatícios devidos ao apelado.

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao segundo recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e WAGNER WILSON.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHERAM A PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO RECURSOS.

...

**Partilha - Ação anulatória - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Questão exclusivamente de direito - Condições de imediato julgamento - Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil - Aplicabilidade - Parente consanguíneo em linha colateral - Herdeiro necessário - Descaracterização - Petição de herança - Improcedência do pedido**

Ementa: Apelação cível. Anulação de partilha. Petição de herança. Testamento. Pedido juridicamente possível. Aplicação art. 515, § 3º, do CPC. Herdeiro necessário. Parentesco. Linha colateral. Pedido julgado improcedente.

- O pedido não é juridicamente impossível, mesmo porque não é o testamento que ele pretende ver anulado, como entendeu o julgador primeiro, e sim a partilha, uma vez que ele, também herdeiro, ficou fora da partilha realizada.

- São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges. Como os colaterais não são herdeiros necessários, o autor da herança, se quiser, poderá excluí-los, dispondo, em testamento, de todo seu patrimônio, sem contemplá-los (CC, 1850). Em consonância com o art. 515, § 3º, CPC e estando o processo pronto para julgar, após análise das provas e documentos acostados aos autos, deve-se julgar improcedente o pedido. Portanto, não estando o pai do autor nem mesmo este contemplados no testamento, não há que se falar em direito de herança.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0515.06.015993-3/001 - Comarca de Piumhi - Apelante: Maurício Alexandre Dias Júnior - Apelados: Maria Alves Dias e outros, herdeiros de José Henrique Dias, José Olário da Silva e outro - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - Mauro Soares de Freitas - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta por Maurício Alexandre Dias Júnior em face de Maria Alves Dias e outros - herdeiros de José Henrique Dias, José Olário da Silva e outro contra a r. decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

Inconformado, recorre o autor, ao fundamento de que seu pedido é juridicamente possível, uma vez que não é de anulação do testamento, e sim da partilha, devendo todos os contemplados figurar no pólo passivo da demanda. Em sendo assim, requer seja a sentença cassada para que os autos retornem para a comarca de origem e que as provas sejam melhor analisadas e outra decisão proferida.

Contra-razões às f. 313/318, em que os apelados pugnam pela manutenção do r. *decisum*.

Parecer ministerial no sentido de dar provimento ao apelo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Relatam os autos ter o autor ajuizado a presente ação de anulação de partilha c/c petição de herança, uma vez que não fora contemplado na herança de seu tio, irmão de seu pai, já falecido.

Ocorre que, na audiência de conciliação, onde impossível a realização de acordo, o Julgador proferiu sentença, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, ao argumento de ser o pedido juridicamente impossível, gerando o presente recurso.

Ao compulsar os autos, entendo com razão o apelante, visto que seu pedido não é juridicamente impossível, mesmo porque não é o testamento que ele pretende ver anulado, como entendeu o Julgador primeiro, e sim a partilha, uma vez que ele, também herdeiro, ficou fora da partilha realizada.

Em sendo assim, deveria a sentença ser cassada, para que nova sentença seja proferida.

Entretanto, considerando o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, em casos de extinção do processo sem julgamento do mérito. É o caso dos autos, em que passo a analisar a matéria controvertida.

Impende ressaltar que o presente caso será resolvido com a análise do que vem a ser a petição de herança e o próprio testamento, considerando a situação do apelante como herdeiro do testador.

A petição de herança é utilizada para que o herdeiro pleiteie seu direito sucessório, como também a devolução, parcial ou total, da herança contra qualquer pessoa que a detenha na qualidade de herdeiro, mesmo sem qualquer título.

Portanto, ao analisar o pedido do autor, ora apelante, vê-se que, além de seu pedido ser juridicamente possível, todos os herdeiros contemplados com a herança de seu tio, serão legítimos a figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que, se anulada a partilha, todos terão interesse.

Dessa forma, apurada a legitimidade de seu pedido e a formação do pólo passivo, deve-se analisar o grau de parentesco, assim como a situação de herdeiro, além do testamento.

Diz o apelante ser herdeiro necessário do *de cuius*, assim como os que foram contemplados pelo testamento, devendo também o ser.

Ocorre que o art. 1.845 do Código Civil diz que "são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges". Portanto, não sendo o apelante descendente, ascendente ou cônjuge do *de cuius*, não é ele herdeiro necessário.

O art. 1.839 dispõe que "se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau".

Maria Helena Diniz, ao comentar o art. 1.839, assevera o seguinte:

Na falta de herdeiros necessários e de consorte sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (...). Os de 2º grau serão os irmãos; os de 3º, os tios e sobrinhos e os de 4º, os primos, os tios-avós e sobrinhos-netos, atendendo-se ao princípio de que os mais próximos excluem os mais remotos, ressalvando-se o direito de representação em favor de filhos de irmão (CC, art. 1.840) falecido, quando com irmãos deste concorrerem. Como os colaterais não são herdeiros necessários, o autor da herança, se quiser, poderá excluí-los, dispondo, em testamento, de todo seu patrimônio, sem contemplá-los (CC, 1850). (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1.265.)

Assim, no presente caso, o que houve é que o *de cuius*, antes de seu falecimento, formulou testamento em que contemplava seus herdeiros. Ocorre que, nesse testamento, não há o nome do pai do autor, que, segundo ele, seria irmão do testador. Em sendo assim, considerando que nem o autor nem mesmo seu pai são herdeiros necessários do testador, não há direito do apelante de pleitear sua parte na herança, requerendo a anulação da partilha e redistribuição dos valores já partilhados.

É seu pedido juridicamente possível, mas manifestamente improcedente.

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida e reconhecer a possibilidade jurídica do pedido; e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, julgo improcedente o pedido do autor, ora apelante.

Condeno o apelante nas custas processuais, assim como nas recursais e honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), cujo pagamento fica suspenso nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e ANTÔNIO HÉLIO SILVA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

**Ação cominatória - Depósito de grãos - Garantia de dívida - Despesas de armazenagem - Obrigação da depositante - Assunção da dívida por terceiro - Devedor primitivo - Extinção da garantia - Liberação do bem - Mora do credor - Prejuízo decorrente - Responsabilidade**

Ementa: Ação cominatória. Depósito de grãos em garantia da dívida. Despesas de armazenagem. Obrigação da depositante até notificação do terceiro favorecido. Assunção da dívida por terceiro. Extinção da garantia dada pelo devedor primitivo. Liberação do bem. Mora do credor. Responsabilidade pelos prejuízos daí decorrentes.

- Depositados os grãos, com cláusula à ordem em benefício da autora, vinculada à liberação do réu (f. 6) e não havendo prova de ajuste contratual em contrário, a autora é mesmo a responsável pelas despesas do referido armazenamento.

- Ocorrida a sucessão de devedores, extinguiu-se a garantia da dívida dada pela autora, devendo o réu proceder a sua liberação nos termos do art. 300 do Código Civil.

- Extinta a garantia da dívida dada pela devedora primitiva, ao credor incumbe sua liberação, sob pena de responder pelos prejuízos daí advindos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0470.05.019956-6/002 - Comarca de Paracatu - Apelantes: 1º Keiti Sasaki, 2º Banco do Brasil S.A. - Apelados: Keiti Sasaki, Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO**

## Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2008. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Keite Sasaki ajuizou ação cominatória em face do Banco do Brasil S.A., aduzindo, em síntese, na inicial, que era devedora do réu, tendo negociado a cessão de sua dívida com terceiro, liberando-se, assim, de todos os implementos vinculados ao banco, bem como liberando as penhoras incidentes sobre máquina, imóvel, implementos, milho, soja, café, etc.

Mencionou que, quando da assinatura do acordo, ficou retida e à disposição do réu apenas uma colheitadeira, que foi dada em pagamento.

Assegurou que o réu depositou a sua ordem, junto a Telecafé Armazéns Gerais Ltda., 511 sacas de café, que pesaram 30.600 kg.

Sustentou que, com o acordo, o réu ficou de liberar tal produto sem qualquer débito para a autora, e não o fez, embora devidamente notificado para isso.

Requeru a procedência do pedido, condenando-se o réu a entregar à autora as 511 sacas de café beneficiado, cru, em grãos, tipo 6 para melhor, em bom estado, livre e desembaraçado de quaisquer ônus ou despesas junto à Telecafé, no prazo máximo de 5 dias, sob pena de multa diária no valor correspondente a 20 salários mínimos. Juntou farta documentação.

Citado, o réu contestou às f. 563/568, argüindo preliminares de carência de ação por ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, aduziu que não se comprometeu a arcar com as despesas de armazenagem do café junto à Telecafé de Patrocínio.

Garantiu que, quando da negociação, a autora já requereu a liberação do café depositado na Telecafé para pagamento das despesas de armazenagem, que naquela época já eram superiores ao valor de mercado do próprio produto.

Afirmou que o réu liberou em favor da autora o café depositado na Telecafé, a fim de que ela pudesse efetuar o pagamento das despesas de armazenagem.

Declarou que, quando do acordo firmado entre as partes, o réu não se comprometeu a pagar as despesas de armazenagem do café, que ficaram sob a responsabilidade exclusiva da autora.

Afiçou que são obrigações distintas a liberação do café com o pagamento das despesas de armazenagem, não tendo esta última sido assumida pelo réu.

Requeru o acolhimento das preliminares e, no mérito, a improcedência do pedido.

Sobreveio a sentença de f. 645/649, a qual foi anulada pelo acórdão de f. 676/682, por vício *citra petita*.

Retornando os autos à comarca de origem, foi proferida a sentença de f. 686/697, na qual o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a liberar a mercadoria armazenada na empresa Telecafé Ltda., no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. O réu também foi condenado a pagar à autora as despesas de armazenagem na empresa Telecafé Ltda., a partir da data de 19.01.2004 até sua liberação, sendo de responsabilidade da autora o pagamento das despesas com armazenagem em data anterior a 19.01.2004 até 28.09.1994. Ambos os litigantes foram condenados, meio a meio, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Irresignada, a autora apelou (f. 698/702), alegando que o réu recebeu o imóvel da requerente como pagamento de todas as suas dívidas, sendo que uma máquina colheitadeira foi entregue em troca da liberação do café.

Declarou que entregou a colheitadeira em troca da dívida de armazenagem, pois o café não estava penhorado, mas apenas depositado à disposição do banco. Se não havia dívida relativa ao referido café, não era o caso de pagamento ou entrega da colheitadeira pelo café, de modo que esta foi entregue como pagamento de seu armazenamento.

Assegurou que a entrega da colheitadeira foi consignada em documento separado do acordo relativo à dívida com o banco, porque não se referia a esta, e sim à liberação do café, o que inclui, obviamente, as despesas de armazenagem.

Asseverou que todas as testemunhas foram claras e objetivas em afirmar que a máquina foi entregue pela liberação do café, bem como que o Sr. Celso Manica assumiu todas as dívidas. A máquina foi entregue pela quantia de R\$ 40.000,00.

Requer seja dado provimento, julgando-se totalmente procedente o pedido inicial.

O réu também apelou (f. 704/707), argüindo que não há nos autos prova de que o apelante se tenha comprometido a arcar com as despesas de armazenagem do café, bem como de que tenha se recusado a liberar o café em favor da autora.

Entendeu que o ônus da prova era da autora, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito, não tendo ela se desincumbido deste.

Sustentou que restou evidenciado que, por ocasião da negociação envolvendo o Sr. Celso Manica, a própria



autora encaminhou correspondência ao réu, requerendo a liberação do café depositado na Telecafé de Patrocínio, justamente com a finalidade de realizar o pagamento das respectivas despesas de armazenagem.

Declarou que a autora assumiu o pagamento das despesas com armazenagem do produto, não podendo prevalecer a condenação do réu ao pagamento de qualquer quantia a este título.

Quanto à liberação do café, garantiu que não foi constituído em mora para tanto, uma vez que a notificação juntada à f. 05 exigia a liberação do café "sem qualquer tipo de ônus ou despesas na Telecafé Armazéns Gerais Ltda.", não podendo o réu efetivar a liberação do café na forma solicitada.

Requeru seja dado provimento ao recurso, julgando-se totalmente improcedente o pedido.

As partes apresentaram contra-razões às f. 711/ 715 e 717/718.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Cuida-se de pedido cominatório, pretendendo a autora, sem ônus para si, a liberação de 511 sacas de café que estão depositadas na Telecafé Armazéns Gerais Ltda., para garantia de dívida quitada com o réu.

Aduziu a autora que era devedora do réu, tendo negociado sua dívida com terceiro, liberando-se de todos os ônus que pesavam sobre seus bens, sendo que deu uma máquina colheitadeira em troca da liberação do café, que não estava penhorado. O réu, por sua vez, sustentou que não há prova de que se tenha comprometido a arcar com as despesas de armazenagem do café, o que afirma não ter ocorrido.

Pois bem.

Primeiramente, quanto às despesas de armazenagem do café, tratando-se de fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), à autora cabia o ônus de provar que as despesas com a armazenagem do café dado em garantia da dívida tivessem sido assumidas pelo réu. Examinando detidamente o que consta dos autos, verifico que autora não se desincumbiu do referido ônus.

O ajuste celebrado entre as partes não esclarece quem ficaria responsável pelos gastos decorrentes do armazenamento do café depositado em garantia da dívida que a autora tinha com o réu.

Depositados os grãos na Telecafé, com cláusula à ordem em benefício da autora, vinculada à liberação do réu (f. 6), e não havendo prova de ajuste contratual em contrário, a autora é mesmo a responsável pelas despesas do referido armazenamento.

Aplica-se aqui a regra geral de que a autora beneficiária do café, na condição de depositante, fica responsável pelas despesas de armazenagem da coisa depositada, conforme arts. 631, segunda parte, e 643, ambos do Código Civil, que dispõem:

Art. 631. [...] As despesas de restituição correm por conta do depositante.

Art. 643. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.

No documento de f. 573, emitido pela autora e endereçado ao apelante, consta expressamente que a autora pretende que o café "seja liberado para pagamento das despesas de armazenagem, que já estão superiores ao valor do café", não havendo qualquer menção à suposta obrigação do réu pelas despesas com a armazenagem dos grãos.

Ao contrário do que afirma a autora, as provas carreadas aos autos apontam que a máquina colheitadeira marca New Holland, modelo 8040, foi entregue como dação em pagamento, para quitação de parte da dívida tida com o réu, e não em troca das despesas de armazenagem.

No documento de f. 08/09, consta expressamente que a máquina colheitadeira estava sendo entregue como dação em pagamento, o que obviamente significa que referido bem entrou como pagamento de parte da dívida que a autora tinha com o réu.

A prova testemunhal também é no mesmo sentido:

O autor entregou uma máquina colheitadeira e solicitou ao banco a liberação do café para que pudesse efetuar o pagamento das despesas de armazenagem que estavam muito altas. [...] se o banco tivesse de vender o café, as despesas correriam por conta do autor, ressaltando que o banco não poderia fazer sem a autorização do dono do produto; [...] que a colheitadeira foi oferecida em dação em pagamento para fechamento do acordo; que a colheitadeira foi recebida para complementação do valor dos bens dados em garantia em padrões viáveis de recebimento da dívida ou recuperação do crédito pelo banco (Altino José Severino Silva - f. 631).

Que o depoente não sabe dizer qual das partes assumiu o ônus de arcar com as despesas de armazenagem, pois não estava mais acompanhando o negócio (Ivan Antônio de Araújo - f. 633).

O fato de a máquina colheitadeira constar em documento apartado daquele em que houve assunção de parte da dívida por terceiro não faz presumir que esta seria entregue para pagamento das despesas de armazenagem do café, uma vez que o documento de f. 08/09 é expresso no sentido de que referido bem foi entregue como dação em pagamento.

Assim, não se desincumbindo a autora de provar o fato constitutivo de seu direito, relativo à obrigação pelas despesas de armazenamento das 511 sacas de café que garantiam parte de sua dívida com o réu, não pode este ser condenado no referido pagamento.

Sobre o ônus da prova, elucida Humberto Theodoro Júnior:

Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa, se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (in *Processo de conhecimento*, 2/257 apud Código de Processo Civil nos tribunais, Darcy A. Miranda e outros, *Comentários aos arts. 286 a 485. Brasiliense Coleções, 1990*, p.1.864).

Nesse sentido:

Apelação - Contrato - Execução de obra - Rescisão unilateral - Ausência de prova - Ônus da prova do autor. - 1. O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme disposto no art. 333, I, do CPC. - 2. Diante da ausência de provas, deve-se adotar a solução imposta pela lei e julgar improcedente o pedido formulado pelo autor (TAPR - Apelação Cível nº 141697100 - (12480) - Cambé - 2ª Câmara Cível - Rel.ª Juíza Rosana Fachin - DJPR 07.04.2000)

Direito processual civil - Processo civil - Ônus da prova - Fato constitutivo do direito. - Incumbe ao autor demonstrar a presença do fato constitutivo do direito que alega. Apelo não provido. Unânime (TJDF - APC 19980110391190 - 1ª T. Cív. - Rel. Des. Valter Xavier - DJU de 05.04.2000 - p. 12).

Por outro lado, também verifico que as partes chegaram a um acordo relativo à dívida que a autora tinha com o réu, a qual foi extinta, com sucessão de devedores, consoante se extrai do documento de f. 08/09.

Assim, ocorrida a sucessão de devedores, com assunção da dívida, extinguiu-se a garantia do débito dada pela autora, devendo o réu liberá-la.

Nesse passo, preceitua o art. 300 do Código Civil:

Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor.

Também o art. 632 do Código Civil estabelece que, quando a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, o depositário não poderá liberar o bem sem o consentimento dele.

Desse modo, deve ser determinada a liberação do café depositado como garantia da dívida extinta entre as partes.

Efetivado o acordo, a autora notificou o réu em 16.04.2004 (f. 05) para liberação das 511 sacas de café depositadas na Telecafé, não tendo o réu provado o fato extintivo do direito da autora, qual seja que tenha procedido à referida liberação dos grãos.

Ora, ainda que a autora tenha requerido a liberação do café sem ônus para si, para livrar-se da mora, bastaria ao réu autorizar a liberação, consignando que as despesas de armazenagem ficaram a cargo da autora.

Não o fazendo, o réu incorreu em mora, nos termos dos arts. 394 e 395 do Código Civil, passando a ser

responsável pelas despesas com armazenagem do café a partir de 19.04.2004, após 72 horas do recebimento da notificação conforme consta do documento de f. 05.

Logo, o caso é de determinação da liberação do café, ficando a autora responsável pelas despesas de seu armazenamento da data do depósito (28.09.1994) até o vencimento da notificação do réu (f. 19.01.2004), ficando a cargo do réu as despesas após esta data, por tratar-se de prejuízo decorrente de sua mora (art. 395 do Código Civil).

Por tudo que se viu, o caso é de manutenção da sentença hostilizada.

Com essas razões, nego provimento a ambos os recursos, para manter *in totum* a bem-lançada sentença monocrática.

Custas recursais, pelo respectivo recorrente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

**Ação ordinária - Banco - Negócio jurídico - Inexistência - Protesto indevido - Dano moral - Indenização - Documentos furtados - Concessão de financiamento - Negligência da instituição financeira - Dever reparatório - Fixação do quantum - Razoabilidade - Proporcionalidade**

Ementa: Ação ordinária. Inexistência de negócio jurídico. Cancelamento de protesto. Indenização por danos morais. Documentos furtados. Financiamento concedido. Negligência da instituição financeira. Protesto de título. Dever reparatório configurado. *Quantum* indenizatório. Arbitramento. Razoabilidade. Proporcionalidade.

- Incorre em negligência a instituição financeira que não adota as cautelas necessárias e concede financiamento a terceiro que, portando documentos furtados, se faz passar por outrem, respondendo pelos danos morais decorrentes do protesto da nota promissória assinada por ocasião da celebração do pacto. Nesse caso, resta evidenciado que o protesto indevido causa dano na esfera moral do autor, uma vez que a parte assume posição visivelmente desfavorável, pois qualquer consulta no sistema resultará em ser apontado como perigoso comprador, mal pagador etc, sendo irrelevante a prova do prejuízo, já que, em casos dessa natureza, ele é presumido.

- O valor a ser pago na indenização deve ser fixado observadas as circunstâncias que envolvem o caso, de

modo a não restar configurada penalidade excessiva e desproporcional para o ofensor e fator de enriquecimento ilícito para o ofendido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.04.045654-6/001 em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.02.010030-4/001 - Comarca de Betim - Apelante: Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. (primeiro), Márcio de Jesus (segundo) - Apelados: Márcio de Jesus, Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2008. - Renato Martins Jacob - Relator.

### Notas taquigráficas

Des. Renato Martins Jacob (convocado) - Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. e Márcio de Jesus, na qualidade de primeiro e segundo apelantes, interpuseram recursos contra a respeitável sentença de f. 128/134, que julgou procedentes os pedidos constantes da ação ordinária ajuizada pelo segundo em face do primeiro para: a) declarar inexistente o negócio jurídico que originou a inscrição e protesto indevidos realizados em nome do autor; b) cancelar o protesto da nota promissória emitida em nome do requerente, bem como todos os demais cadastros em órgãos de proteção ao crédito; c) condenar o réu a pagar indenização por danos morais, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), acrescido de juros legais e correção monetária a partir da sentença.

Por fim, condenou o requerido ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Entendeu o MM. Juiz de Direito que não só o furto dos documentos de identificação do autor está comprovado, mas também que as assinaturas constantes do contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, nota promissória e demais documentos de aquisição da obrigação junto ao banco-réu não foram apostas pelo requerente, conforme apurado por perícia grafotécnica.

Concluiu que o banco réu não comprovou que o débito que originou a inscrição do nome do autor nos serviços de proteção ao crédito, protesto e ação judicial de busca e apreensão em apenso foi contraído pelo requerente, não havendo que se falar em culpa da víti-

ma, uma vez que foi o banco requerido que não se cercou das cautelas necessárias.

Inconformado, o réu apela às f. 135/140, sustentando que não contribuiu para que o autor sofresse dissabores, sendo tão vítima quanto ele, na medida em que, se o requerente teve os documentos furtados e utilizados por terceiros para obter empréstimo junto ao banco requerido, ambos foram lesados.

Argumenta que não tem perspectiva de reaver a quantia que emprestou, nem o bem alienado fiduciariamente, razão pela qual é a parte mais lesada.

Alega que não se fazem presentes, *in casu*, a culpa ou dolo, bem como a conduta ilícita capaz de configurar a responsabilidade civil do banco.

Registra, ainda, que o valor da indenização está em desacordo com o que vem sendo fixado em casos semelhantes, não tendo o autor comprovado prejuízos por ele suportados, a justificar o elevado *quantum* indenizatório.

Contrariedade recursal deduzida às f. 160/161, refutando a tese do apelo, sem arguição de preliminares.

Por sua vez, o autor apela às f. 153/157, requerendo a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais para R\$ 42.917,81 (quarenta e dois mil novecentos e dezessete reais e oitenta e um centavos), bem como do percentual de honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Não foi apresentada contrariedade recursal, conforme certidão de f. 161-v.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do primeiro recurso.

Consta dos autos que o autor teve seus documentos pessoais furtados (carteira de identidade e CPF), tomando, à época, as devidas providências perante a Polícia Civil, conforme se infere às f. 22/23.

Posteriormente, de posse de tais documentos, o estelionatário celebrou com o banco apelante contrato de empréstimo/financiamento para aquisição de veículo, com cláusula de alienação fiduciária (f. 24/29), emitindo, ainda, nota promissória no valor total do pacto.

Ante o inadimplemento no pagamento de todas as prestações, o recorrente procedeu ao apontamento e protesto da nota promissória (f. 41) e ajuizou a ação de busca e apreensão em apenso.

Tais fatos restaram incontroversos, principalmente em face da apuração de falsificação das assinaturas apostas no contrato de financiamento e na nota promissória, conforme se verifica da perícia grafotécnica realizada no feito conexo (f. 140/160).

Entendendo que o banco apelante não adotou as cautelas necessárias para evitar a concessão do financiamento, o conseqüente protesto do título e a restrição cadastral, o MM. Juiz da causa arbitrou indenização por danos morais em favor do recorrido.

A meu ver, decidi com acerto o culto Sentenciante, porquanto o recorrente realmente não foi diligente ao celebrar negócio com terceira pessoa que se fez passar pelo apelado, agindo com negligência.

O recorrido, por sua vez, tomou as providências cabíveis, procurando a Polícia Civil para informar sobre o furto a fim de evitar, justamente, aborrecimentos dessa espécie.

Importante ressaltar que a instituição apelante não produziu nenhuma prova para elidir sua culpa, no intuito de demonstrar, por exemplo, que a falsificação da assinatura do recorrido era imperceptível a olho nu.

Portanto, inexistente dúvida de que o recorrente deve responder pelo indevido protesto da nota promissória, uma vez que se fazem presentes os elementos caracterizadores do dever indenizatório.

É cediço que, para se caracterizar o dever reparatório, devem estar presentes a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano nos termos do art. 159 do Código Civil de 1916, o qual permaneceu praticamente inalterado pelo art. 186 do Codex de 2002, que assim dispõe:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A culpa do banco recorrente resta evidenciada, na medida em que não adotou as cautelas necessárias para evitar a concessão do financiamento a falsário.

Assim vem decidindo este Tribunal:

Depósito. Alienação fiduciária. Reconvenção. Indenização. Danos morais. Instituição financeira. Contrato. Financiamento. Celebração. Falsidade. Responsabilidade civil. Requisitos. Caracterização. Conduta antijurídica. Indenização. *Quantum*. Arbitramento. - Age negligentemente a instituição financeira que concede financiamento a pessoa diversa daquela cujos dados são apresentados no ato da assinatura do contrato. A inscrição indevida do nome da pessoa no cadastro de inadimplentes gera para o responsável o dever de indenização por danos morais (Apelação Cível nº 2.0000.00.478613-8/000, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. José Amancio, j. em 14.06.2006).

Relativamente ao dano, afigura-se irrelevante a prova do prejuízo, já que, em casos dessa natureza, ele é presumido, uma vez que, realizado inadvertidamente protesto em nome do apelado, este assume posição visivelmente desfavorável, pois qualquer consulta no sistema resultará em ser apontado como perigoso comprador, mal pagador etc.

De toda forma, o apelado demonstrou por meio dos documentos de f. 42/44 que teve seu crédito negado em diversos estabelecimentos, em razão do protesto lavrado em seu nome.

Patente, pois, o direito do recorrido à indenização por danos morais.

Cumpra esclarecer que não está a se negar a lesão sofrida pelo banco apelante, já que se viu desprovido da quantia que emprestou, e também não tem o bem alienado fiduciariamente. Contudo, deve o recorrente buscar pelos meios próprios o seu ressarcimento, não podendo, por outro lado, se esquivar da responsabilidade frente o autor.

Resta analisar, por fim, o *quantum* arbitrado pelo douto Julgador de primeiro grau, uma vez que o recorrente pretende vê-lo reduzido.

Nessa seara, cumpre ao Juiz a árdua tarefa de estipular uma quantia para compensar o abalo moral sofrido pelo ofendido, pautando-se sempre na razoabilidade e proporcionalidade, não podendo jamais configurar uma premiação ou se mostrar insuficiente a ponto de não concretizar a reparação civil.

Na hipótese *sub examine*, atentando para a natureza e extensão do dano, bem como para as condições pessoais do ofensor e do ofendido, mormente a situação econômico-financeira, entendo que a indenização fixada na primeira instância - R\$ 6.000,00 (seis mil reais) - mostra-se razoável e justa ao ressarcimento dos danos morais suportados pelo apelado, estando, inclusive, aquém da importância fixada por esta Câmara Julgadora em casos semelhantes, não havendo que se falar, pois, na sua redução.

Do segundo recurso.

O autor pugna pela reforma da sentença, exclusivamente para que o montante fixado a título de indenização por danos morais seja majorado para R\$ 42.917,81 (quarenta e dois mil novecentos e dezessete reais e oitenta e um centavos), requerendo também a majoração do percentual de honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Diante dos argumentos lançados quando da análise do primeiro recurso, conclui-se que o *quantum* indenizatório fixado pelo Sentenciante deve se equilibrar com a intensidade e a gravidade da dor sofrida, sendo que o acolhimento do valor pretendido pelo autor, ora apelante, resultaria em enriquecimento sem causa, o que não é admitido.

Entretanto, conforme venho decidindo em casos análogos, considero justa e razoável a quantia de R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), que não configura penalidade excessiva e desproporcional para o ofensor e fator de enriquecimento ilícito para o ofendido.

O percentual definido para cálculo dos honorários advocatícios, de igual forma, deve ser majorado.

No caso em apreço, o arbitramento da verba advocatícia está sujeito aos critérios de valoração delineados no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento), observados os critérios estabelecidos nas alíneas do mesmo dispositivo, uma vez que houve condenação.

Sob tal enfoque, o patrocínio profissional deve encontrar remuneração condizente com a atividade exercida pelo advogado, cabendo ao juiz arbitrá-la de acordo com o grau de zelo do profissional, o lugar em que o serviço é prestado, a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação do causídico no processo.

E, em observância a tais critérios, entendo que a quantia de 15% (quinze por cento) é mais adequada a remunerar condignamente o trabalho do procurador do autor.

Conclusão.

Com tais considerações, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo, para majorar o *quantum* indenizatório para R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais) e o percentual para cálculo dos honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação corrigida, mantendo, quanto ao mais, a sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante, em observância ao enunciado contido na Súmula nº 326 do STJ c/c o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

...

**Seguro - Veículo locado - Ausência de devolução  
- Furto - Definição contratual - Sinistro -  
Cobertura securitária - Lucros cessantes -  
Fato gerador - Inexistência de prova -  
Descabimento**

Ementa: Direito civil. Seguro. Veículo locado, e não devolvido. Furto. Enquadramento contratual. Cobertura devida.

- Inserindo-se a hipótese fática na definição contratual de furto, isso é suficiente para autorizar o pagamento da correspondente cobertura securitária, o que, entretanto, não induz lucros cessantes, à falta de prova robusta do seu fato gerador.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.06.058141-2/001 (em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.05.052208-7/001) - Comarca de Lavras - Apelante: GR Car Automóveis Ltda. - Apelada: Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2008. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

## Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo apelante o Dr. Lucas Chaves Moreira.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Sr. Presidente, ouvi com atenção a manifestação do ilustre advogado da tribuna, Dr. Lucas Chaves Moreira.

Porque estão em pauta ações reputadas conexas na origem, as apelações interpostas em seu bojo serão decididas em julgamento único, a teor do art. 105 do CPC.

Apelação nº 10382.05.052208-7/001.

Está em pauta a apelação interposta em face da r. sentença de f. 108/111, que, em autos de ação ordinária ajuizada por GR Car Automóveis Ltda. em face de Vera Cruz Seguradora S.A., julgou o pedido improcedente ao entendimento de que "a situação envolvendo o veículo da autora não se enquadra naquelas previstas pela apólice de seguro [...]".

Não satisfeita, a demandante sustenta a existência de sinistro coberto, porquanto a não-devolução de veículo locado revela subtração de bem alheio, inserindo-se na definição contratual de furto, não se admitindo, para esse fim, a busca da "tipicidade perfeita" (f. 142), afeta ao âmbito penal apenas. Assim argumentando, defende a procedência do pedido, inclusive por aplicação do Código de Defesa do Consumidor (f. 121/131).

Conheço do recurso, porque cumpridos seus pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que a autora, a teor da apólice de f. 22/24 e segundo as condições gerais de f. 36/60, firmou com a ré seguro do veículo de placa GZA-1857 e que, nada obstante, referido veículo foi locado (f. 28), e não devolvido (f. 30/31), nisso residindo, segundo asseverado na peça de ingresso, a causa deflagrada da cobertura postulada em conformidade com a cláusula 30 de f. 57-v.

Com efeito, a teor da cláusula 1 - Glossário - do Manual do Segurado (f. 36/60),

Considera-se 'Roubo' a subtração do veículo mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Como 'Furto', a subtração do veículo sem ameaça ou violência à pessoa (f. 48).

Se, na espécie, o veículo locado pela autora, que, aliás, tem na locação de veículos seu objeto social (f. 17/19), não foi devolvido pelo locatário, a esse respeito

fazendo prova o boletim de ocorrência de f. 30/31, vejo nisso subtração apta a caracterizar o furto, tal como contratualmente definido.

A caracterização do furto, para esse fim, deve pautar-se nos contornos que lhe foram contratualmente atribuídos pelas partes (art. 757 do CC), não se exigindo a superveniência do tipo tal como legalmente definido na seara penal, aliás, manifestamente não resultante do fato noticiado.

A utilização de ardil e a indução a erro, ocorrências que, para a seguradora, estariam a nortear o desamparamento levado a efeito em prejuízo da autora, segundo manifesto estelionato, não constituem atributos excludentes do risco epigrafado, à falta de restrição a esse respeito aposta no contrato, o que, por conseguinte, veda sua invocação com escopo de elidir a cobertura devida à guisa de furto apenas.

Conforme bem posto pela própria seguradora, “o contrato de seguro possui delimitações precisas quanto aos deveres e direitos das partes” (f. 69), disso resultando que, à perda do bem pela autora, não pode ser imputada feição outra, que não a da figura descrita como furto nas condições gerais do contrato.

Não se trata, pois, de limitação ou particularização de risco, mas de nítida incursão naquele contratualmente previsto a título de furto, conclusão que não se abala por teses e preceitos em contrário enumerados pela ré.

Por conseguinte, caracterizado o sinistro, a incidência da cobertura contratada é de rigor, incumbindo à ré, em harmonia com o disposto na relação de riscos constantes de f. 24, responder pelo pagamento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), monetariamente atualizada desde o ajuizamento da ação pelos índices da eg. Corregedoria-Geral de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Apelação nº 10382.06.058141-2/001.

Está em pauta a apelação interposta em face da r. sentença de f. 125A/128, que, em autos de indenização ajuizada por GR Car Automóveis Ltda. em face de Vera Cruz Seguradora S.A., julgou o pedido improcedente sob a compreensão já externada no bojo da ação ordinária de que “a situação envolvendo o veículo da autora não se enquadra naquelas previstas pela apólice de seguro” (f. 126A).

Inconformada, a autora aduz, valendo-se ainda das mesmas razões constantes da apelação epigrafada, ocorrência contratual suficiente para atrair a atuação da seguradora no pagamento das parcelas que enumera.

Cumpridos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A existência de sinistro coberto, porque reconhecida quando do exame da apelação supra, dispensa novo enfrentamento a essa altura, restando, por ora, apenas perquirir os consecutórios remanescentes perseguidos pelo demandante nestes autos.

De fato, por dicção da cláusula 52 do manual do segurado (f. 91), incumbe à seguradora o pagamento de indenização pelo valor único de R\$ 900,00 (novecentos

reais), como compensação econômica pela privação do bem em consequência de furto. Disso resulta que, reconhecido o furto e, com isso, a perda total a que faz referência o item 3.b da cláusula epigrafada (f. 91), o pagamento do montante sob exame é de rigor.

Quanto aos lucros cessantes, não verifico no caderno probatório elementos que possam espelhar o que a autora efetivamente teria deixado de ganhar em razão do ocorrido. O contrato de f. 26 e a tabela de diárias de f. 60 não evidenciam a rotina de locações do veículo subtraído - valor e frequência -, de modo a demonstrar prejuízos indenizáveis, prejuízos esses que não podem ser alvo de mera presunção.

Dessarte, porque os lucros cessantes somente têm lugar quando efetivamente evidenciada a probabilidade objetiva de sua percepção, prova essa que não reputo existente nos autos e, por isso, a improcedência do pedido, nesse tópico, deve ser mantida em harmonia com o art. 333, I, do CPC.

Também aqui, teses e preceitos com escopo diverso enumerados pelas partes em todo o âmbito da apelação e das contra-razões não autorizam compreensão outra, motivo pelo qual ficam afastados.

Ao abrigo de tais fundamentos, dou provimento à apelação interposta nos autos da ação ordinária e parcial provimento à apelação interposta nos autos da indenizatória para, em reforma, impor à apelada o pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à guisa de cobertura securitária e de R\$ 900,00 (novecentos reais) a título de indenização por imobilização do veículo, tudo com atualização pelos índices da eg. Corregedoria-Geral de Justiça desde o ajuizamento da ação, e juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação. Em razão disso, imponho à ré que responda pela totalidade das custas, inclusive recursais, e das despesas processuais relativas à ação ordinária (10382.05.052208-7.001), bem assim por honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Na ação de indenização (10382.06.058141-2.001), autora e ré responderão por custas, inclusive recursais, e despesas processuais em idêntica proporção, e por honorários advocatícios de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), admitida a compensação.

DES. DOMINGOS COELHO - Estou acompanhando o eminente Relator, mesmo porque a definição de furto para efeito de ação penal e de ação civil é diferente. No caso, está caracterizado que o bem, objeto do contrato, foi perdido: se é furto, estelionato, roubo, é problema criminal que foge a essa expectativa.

Estou acompanhando o eminente Relator.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo com os votos precedentes.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

**Execução fiscal - Falta de entrega de arquivo eletrônico - Obrigação acessória - Descumprimento - Multa isolada - Caráter confiscatório - Inexistência - Crédito tributário - Atualização - Juros de mora - Taxa Selic - Legalidade - Certidão da dívida ativa - Validade - Sentença - Erro material - Ausência de prejuízo - Nulidade - Inocorrência**

Ementa: Execução fiscal. Nulidade da sentença e da CDA. Multa isolada. Base de cálculo. Efeito confiscatório. Taxa Selic. Legalidade. Reposicionamento.

- Erro material não é causa de nulidade da sentença, se não trazer quaisquer prejuízos às partes.

- Não se mostra nulo o título executivo se expressamente consigna a natureza e origem da dívida.

- Enseja o pagamento de multa isolada o descumprimento de obrigação acessória, consistente na falta de entrega dos arquivos eletrônicos, de emissão obrigatória, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias, devida em cada mês em que ocorreu a omissão.

- Não apresenta caráter confiscatório a multa isolada cujo valor encontra expressa previsão legal.

- Seguindo a orientação unânime do STJ, é de se reconhecer a legitimidade da utilização da Taxa Selic, após 1996, como índice de juros de mora na atualização dos créditos tributários. Reposicionamento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.072330-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ricardo Eletro Divinópolis Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES**

#### Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. - José Domingues Ferreira Esteves - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Ricardo

Eletro Divinópolis Ltda., em face da r. sentença de f. 120/137, da lavra do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedentes os embargos do devedor opostos contra a execução fiscal que lhe move o Estado de Minas Gerais, pretendendo a cobrança de multa isolada devida por "deixar de entregar os arquivos eletrônicos, de emissão obrigatória, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias realizadas nos meses de outubro de 2001 a setembro de 2004".

Para tanto, em suas razões de f. 140/155, argúi o apelante, em preliminar, a nulidade da certidão da dívida ativa, por faltar-lhe certeza, que diz respeito à origem ou causa da dívida, e nulidade da sentença, ao argumento de que utilizou elementos inexistentes (dívida de ICMS e multa de revalidação) para afastar os argumentos defendidos pelo ora apelante.

Quanto ao mérito, alega que a multa imputada ao apelante afronta o princípio constitucional do não-confisco, visto que calculada sobre cada mês em que o arquivo eletrônico não foi entregue.

Sustenta que a legislação de regência é clara ao definir a multa de 5.000 (cinco mil) UFEMGs, por infração. Nesse contexto, alega que a autuação descumpriu o ditame legal, já que a infração é *una*, ou seja, falta de entrega de arquivo eletrônico, pouco importando por quantos meses perdurou a omissão, e não continuada, como faz crer o Fisco estadual, ao cobrá-la por mês em que deixou de cumprir a obrigação acessória, invocando, para tanto, o princípio da razoabilidade jurídica.

Por fim, insurgindo-se contra a aplicação da taxa Selic, como fator de juros e correção monetária, pugna pelo provimento de seu recurso.

Sendo este o breve relato, conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Pretende o apelante a desconstituição do trabalho fiscal, consubstanciado em auto de infração, pelo qual lhe foi imputado o pagamento de multa isolada, decorrente da falta de entrega dos arquivos eletrônicos, de emissão obrigatória, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias realizadas nos meses de outubro de 2001 a setembro de 2004.

De início, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, porquanto, não obstante a impropriedade técnica cometida pelo d. Magistrado, *d.v.*, ao referir-se à importância cobrada a título de multa isolada, como "imposto devido", podendo fazer alusão, de fato, que tratava de cobrança de ICMS, não houve qualquer prejuízo ao apelante, constituindo-se, assim, em mero erro material, que não macula a decisão judicial.

Da mesma forma, não há que se falar que a sentença disciplinou matéria diversa, no que toca à multa de revalidação, porquanto tal matéria somente foi ventilada em ementa colacionada no corpo da decisão, valendo o realce de que tal penalidade não foi invocada na fundamentação utilizada para afastar as alegações do apelante.

Também não há que se falar em nulidade do título executivo, porquanto, ao contrário do que aduz o apelante, inexistente dúvida acerca da natureza da dívida, pois, de forma expressa, restou consignado no campo apropriado que a dívida foi oriunda da falta de entrega dos arquivos eletrônicos, de emissão obrigatória, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias realizadas nos meses de outubro de 2001 a setembro de 2004, e que a penalidade estava sendo cobrada em consonância com o art. 54, XXXIV, da Lei 6.763/75, que prevê a aplicação da multa isolada para a infração cometida pelo apelante.

Assim, afastados os vícios denunciados pelo apelante, devem, por certo, ser rejeitadas as preliminares argüidas.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

O apelante foi autuado por descumprir o comando dos arts. 10, 11 e 39 do RICMS/02, com aplicação da pena prevista no art. 54, XXXIV, da Lei 6.763/75, que assim dispõem:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do art. 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o artigo anterior, observado o disposto no art. 39 desta Parte, será realizada, mensalmente, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

[...]

Art. 39 - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigidos, os documentos e o arquivo eletrônico de que trata este Anexo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico.

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do *caput* do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

A discussão dos autos cinge-se unicamente à parte final do dispositivo que disciplina a penalidade, ou seja, se a infração ocorre pela falta de entrega da declaração, com a incidência de uma multa única, ou a infração é continuada, com a incidência da multa multiplicada por cada mês em que se deu a omissão.

Sendo esta a controvérsia, pela simples leitura dos dispositivos acima transcritos, não vejo como dar guarida às alegações do apelante.

É que, ao disciplinar o art. 11 supratranscrito que a obrigação é mensal, não há dúvidas de que a multa deve ser aplicada em cada mês que o contribuinte deixar de apresentar os arquivos eletrônicos.

Assim, correta a atuação fiscal, que cobrou do apelante a penalidade adotando como base de cálculo a quantidade de meses em que ocorreu a infração.

No mesmo rumo, não merece prosperar a insurgência recursal quanto à multa isolada, porquanto não vislumbro o alegado caráter confiscatório, seja porque decorre da própria aplicação da legislação de regência (RICMS), seja porque tenho entendimento já há muito difundido de que sobre a mencionada multa não recai a regra disposta no art. 150, inciso IV, da CF/88, porquanto tal comando veda a natureza confiscatória tão somente aos tributos, que não é o caso dos autos, visto que a espécie invocada se trata de penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária.

Sobre o tema, assim decidi, no julgamento da Apelação Cível nº 244.720-9:

De início, tenho que o princípio constitucional, invocado no recurso, só pode ser dirigido aos tributos, impedindo que os entes tributários venham a exigi-los, com efeito de confisco. Muito embora reconheça que o próprio colendo Supremo Tribunal Federal - posição esta da qual guardo reservas - tem admitido a aplicação de tal princípio às multas, quando elas assumem, pelo seu montante desproporcional, feição confiscatória (RE nº 82.510 - RTJ 78/610, RE nº 81.550, RTJ 74/319, ADInMc nº 551 - RTJ 138/55); de forma que não cotejo que, no presente caso, a incidência da multa de revivificação, mesmo após a redução a 50%, em face da Lei Estadual nº 12.729/97, afigura-se confiscatória ou desarrazoável, não havendo, por conseguinte, como invalidá-la (publicado em 1º.10.02).

Não vejo, pois, como configurar, no caso em exame, transgressão ao princípio constitucional do não-confisco, razão por que inviável o acolhimento do pleito recursal.

No que toca à taxa Selic, conquanto a considere ilegal, quando utilizada como fator de juros na correção do crédito tributário, não posso desconsiderar que a 1ª Seção do STJ já firmou orientação, unânime, em sentido contrário.

A propósito:

Tributário - Execução fiscal - Embargos do devedor - Crédito exequendo - ICMS não recolhido conforme declarado - Taxa Selic - Legalidade - Precedentes. - A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem os juros equivalentes à Taxa Selic, a partir de 1º de janeiro de 1996, sobre os créditos tributários. Recurso especial conhecido e provido (REsp 753207/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 21.11.2005).

Nesse rumo, embora em outros feitos tenha declarado a inconstitucionalidade da mencionada taxa,



reposiciono-me quanto ao tema, curvando-me, assim, ao entendimento adotado pelo STJ sobre a possibilidade de incidirem sobre o crédito tributário os juros de mora pela taxa Selic, no intuito unicamente de se evitar o prejuízo às partes e a demora na solução do processo, o que acaba por mitigar o princípio do livre convencimento do magistrado.

Em razão do exposto, não havendo qualquer fundamento a ensejar a desconstituição da sentença, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e EDILSON FERNANDES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Ação cominatória - Obrigação de fazer - Cobrança - Cumulação de ações - Construção - Defeitos - Fachada de edifício - Descolamento de cerâmica - Prescrição - Não-ocorrência - Construtora - Responsabilidade exclusiva - Despesas - Reembolso devido - Honorários de advogado - Majoração**

Ementa: Ação cominatória de obrigação de fazer c/c cobrança. Defeito na obra. Descolamento das cerâmicas das fachadas do edifício. Prescrição. Inocorrência. Responsabilidade exclusiva da construtora. Reembolso de despesas devido. Honorários.

- Tratando-se de ação para obter do construtor indenização pelos defeitos da obra, o prazo prescricional é de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, em decorrência da aplicação da norma de transição contida no art. 2.028 do mesmo diploma legal.

- Restando comprovado que o descolamento das placas de cerâmica das fachadas do prédio foi causado por culpa exclusiva da construtora, não há que se falar em responsabilidade solidária do fabricante da argamassa.

- Inaplicabilidade do art. 25, § 2º, do CDC. Prejudicial de mérito rejeitada.

Recurso não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.084995-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Canopus Empreendimentos e Incorporações Ltda. - Apelados: Condomínio do Edifício Giardino, Saint Gobain Quartzolit Ltda. - 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 A PREJUDICIAL E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2008. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

## Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo apelante o Dr. Nelson Luiz Ferreira Pinto.

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - Cuida-se de apelação cível interposta por Canopus Empreendimentos e Incorporações Ltda. contra sentença prolatada pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da "Ação Cominatória de Obrigação de Fazer c/c Ação de Cobrança" (sic) movida por Condomínio do Edifício Giardino.

A empresa Saint Gobain Quartzolit Ltda. figura nos autos como denunciada da lide.

O MM. Juiz rejeitou a prejudicial de mérito de prescrição e, na seqüência, julgou procedentes os pedidos formulados na ação principal, para condenar a suplicada Canopus Empreendimentos e Incorporações Ltda. a realizar a recuperação do revestimento cerâmico do condomínio suplicante, devendo ser adotados, para tanto, os procedimentos sugeridos pelo perito do Juízo, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), observando-se, oportunamente, o disposto nos arts. 632 e seguintes do CPC.

Registrou que, se porventura não existir mais a cerâmica utilizada no mercado, nova cerâmica deverá ser colocada em todo o prédio, em virtude da harmonia e uniformidade da construção.

Condenou a construtora suplicada, ainda, ao pagamento da importância de R\$ 16.290,80 (dezesesseis mil duzentos e noventa reais e oitenta centavos), relativa aos gastos listados, à f. 7 (item 3 da inicial), devidamente corrigida, a partir de seus respectivos desembolsos, pelos índices da Tabela da CJMG, acrescida de juros moratórios, de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Impôs-lhe, por fim, o ônus de arcar com as custas processuais e honorários periciais, ambos a partir do desembolso, e honorários advocatícios, que foram fixados em 20% (vinte por cento):

[...] do valor encontrado no laudo oficial, nos termos do art. 20, § 3º, ora majorado em virtude especialmente da alínea c do referido parágrafo, corrigidos a partir do laudo pelo INPC e juros de 1% ao mês (sic).

No que tange à lide secundária, julgou-a improcedente, para afastar qualquer responsabilidade da empresa denunciada Saint Gobain Quartzolit Ltda. nos defeitos apresentados na obra.

Na seqüência, condenou a denunciante Canopus Empreendimentos e Incorporações Ltda. ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que foram arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Inconformada, a apelante insurge-se contra a sentença, alegando, em sede de prejudicial de mérito, que o direito do apelado está prescrito.

Salienta que, de acordo com o art. 1.245 do CC/1916, é de 5 anos o prazo de garantia do construtor pelos vícios de construção e, ainda, que o dono da obra tem até dez anos para pleitear o respectivo ressarcimento.

Aduz que a perícia confirmou que a cerâmica foi aplicada em março de 1992 (resposta ao quesito 2, f. 459), não havendo qualquer prova documental de reclamação feita à construtora quanto ao descolamento de parte do revestimento cerâmico da fachada do prédio antes da propositura da cautelar de produção antecipada de provas, em setembro de 2000.

No mérito, defende a procedência da denúncia da lide, ao argumento de que o laudo pericial elaborado nos autos da cautelar de produção antecipada de prova evidenciou que a causa do problema decorreu da inadequação da argamassa colante fornecida pela denunciada/apelada, já que o tempo de abertura da argamassa não correspondia ao especificado pelo fabricante à época.

Alteia os termos do art. 25, § 2º, do CDC em reforço da sua tese.

Volta-se contra a procedência do pedido postulado no item III da inicial, relativo a gastos decorrentes dos defeitos apresentados no edifício e dos custos inerentes ao processo cautelar, em apenso.

Pugna, outrossim, pela fixação do percentual dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento), argumentando que foi esta a porcentagem arbitrada na sentença anterior, cassada por este Tribunal.

Aduz que, se os patronos das partes estão tendo mais trabalho e despendendo mais tempo para a defesa dos interesses de seus clientes, tal se deve unicamente ao fato de que a sentença anteriormente prolatada foi considerada nula por ausência de fundamentação.

E, nessas circunstâncias, não há qualquer justificativa para a majoração dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento).

Postula o provimento do recurso e a conseqüente reforma da decisão a qua.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contra-razões às f. 952/956 e 957/978.

Conheço do recurso.

Prejudicial de mérito: prescrição.

A prejudicial não prospera.

Conforme alegado pela própria apelante, o prazo previsto no art. 1.245 do CC/16, aplicável ao caso, é de garantia - e não de decadência ou prescrição.

Assim, desde que o defeito tenha ocorrido dentro do prazo quinquenal - contado a partir da entrega da obra -, a ação para se apurar a responsabilidade do construtor subsistirá, em princípio, pelo prazo de 20 anos, por força da aplicação do art. 177 do CC/16.

Nesse sentido, doutrina Sérgio Cavalieri Filho que:

[...] o prazo em exame (art. 1.245) não deriva da necessidade de certeza nas relações jurídicas, nem do propósito de impor penalidade ou punição ao titular de um direito que se mostra negligente na defesa dele. A sua causa real está na deliberação de tornar efetiva a responsabilidade do construtor pela obra que tenha executado. Trata-se, portanto, de uma garantia legal e de ordem pública, não somente ao proprietário, mas também, e principalmente, à sociedade em geral. Durante cinco anos o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e a segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que se manifestarem nesse prazo, bem como por qualquer dano que a obra cause a terceiros. Não obriga, entretanto, a lei que o dono da obra ou eventual terceiro prejudicado, intente nesse mesmo prazo a ação de ressarcimento, o que poderá ser feito enquanto não escoar o prazo prescricional de 20 anos (*Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 258/259).

A matéria, aliás, encontra-se pacificada, desde a edição da Súmula 194, STJ, *verbis*: "prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização pelos defeitos da obra".

No caso em comento, é fato incontroverso - uma que alegado pelo condomínio apelado na inicial e não impugnado pela apelante - que a obra foi entregue em junho de 1993 e as deteriorações no revestimento externo do edifício, com o deslocamento das placas de cerâmica, vêm ocorrendo desde o segundo semestre de 1996.

Assim, se o defeito na construção ocorreu dentro do prazo de garantia de cinco anos previsto no artigo supra, o condomínio apelado teria 20 anos, a contar da data em que o defeito apareceu, ou seja, segundo semestre 1996, para ajuizar a ação.

Vale frisar, contudo, que, embora o defeito se tenha verificado na vigência do Código antigo, o prazo prescricional vintenário se estendeu à vigência do novo diploma legal, razão pela qual, para apuração do prazo prescricional que incidirá na espécie, necessário se faz observar a norma instituída no art. 2.028 das Disposições Finais e Transitórias do novo Código Civil, *in verbis*:

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.

Assim, considerando que a contagem do prazo prescricional vintenário se iniciou em 1996 (início dos

descolamentos), certo é que, na entrada em vigor do novo Código Civil, em 11.01.2003, havia transcorrido sete anos, vale dizer, menos da metade do prazo prescricional previsto na lei revogada.

Dessa feita, em consonância com o citado art. 2.028, o prazo prescricional aplicável é o do art. 205 do CC/2002, que é de 10 anos, porém contados da data da entrada em vigor do novo Código Civil; de forma que o apelante poderia ter ajuizado a ação até 10 de janeiro de 2013.

No mesmo sentido, preleciona Washington de Barros Monteiro, citando Reinaldo Porchat, ao tratar da matéria relativa à vigência das leis:

[...] em matéria de prescrição, o Prof. Reinaldo Porchat, estudando a retroatividade das leis que abreviam prazos prescritos, formulou as seguintes regras, sufragadas pela jurisprudência: 1) se, para terminar o prazo antigo da prescrição em curso, falta tempo menor que o estabelecido pela lei nova, não se aplica esta; 2) se, para terminar o prazo antigo, falta tempo igual ou maior que o estabelecido na lei nova, aplica-se esta, contando-se da data da sua vigência o novo prazo (*Curso de direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.1º, Parte Geral, p. 33).

Sobre o tema, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se pronunciou:

Ementa: Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Indenização. Companheiro da autora vítima de atropelamento. Condenação criminal. Prescrição. União estável. Dano moral. - O prazo prescricional aplicável ao caso em exame é o previsto no art. 206, § 3º, V, do Novo Código Civil, que prevê o lapso de três anos, nos casos que envolvem pretensão de reparação civil. Quando entrou em vigor o novo Código, não havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Assim, incidem as regras da nova lei, sendo que os três anos somente começaram a fluir da data da sua vigência, porque essa não retroage. [...] (Apelação Cível nº 70012934329, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. em 21.12.2005).

Então, se o apelado intentou a cautelar de produção antecipada de provas em 13.09.2000 (f. 33, processo apenso) e a presente ação cominatória de obrigação de fazer c/c ação de cobrança em 22.08.2001 (f. 34), o prazo prescricional previsto para a espécie não se escoou.

Rejeito a prejudicial.

Mérito.

Todas as provas carreadas aos autos são claras ao imputar exclusivamente à apelante a responsabilidade pelos danos verificados na fachada do edifício apelado.

Observo que foram realizadas duas perícias oficiais, sendo uma nos autos da cautelar de antecipação de provas, em apenso, com a participação da construtora apelante e do condomínio apelado (f. 248/349); e a outra, na presente ação cominatória de obrigação de fazer c/c ação de cobrança, com a participação das já citadas partes e também da apelada, denunciada da lide, Quartzolit Ltda. (f. 414/568).

E o il. perito que elaborou o laudo na presente ação foi claro ao confirmar as conclusões, lançadas no trabalho técnico realizado na cautelar, de que o defeito é decorrente de uma seqüência de erros cometidos pela apelante:

Sim, no nosso entender, a associação de omissões no projeto, ausência de juntas, falhas de materiais (má qualidade da placa cerâmica) e falhas nos procedimentos executivos (abertura de panos excessivamente grandes não condizente com o pequeno tempo de abertura da argamassa) acabaram por provocar o destacamento das placas de cerâmica (resposta ao quesito 25 do condomínio apelado - f. 470)

A perícia técnica também foi conclusiva no sentido de informar que a argamassa fabricada pela apelada, denunciada à lide, e utilizada na obra era adequada para revestimentos externos e não apresentou qualquer defeito:

Sim, a argamassa colante utilizada na fixação das placas cerâmicas nas fachadas do prédio era comumente utilizada com essa finalidade e possuía instrução/indicação de aplicação em sua embalagem.

A argamassa era adequada e funcionava perfeitamente desde que as recomendações do fabricante e da Norma NBR 82214/1983 - Procedimento - fossem observadas pelos usuários.

A citada Norma NBR 82214/1983 - Procedimento - estabelecia as condições exigíveis para a execução, fiscalização e recebimento de revestimentos cerâmicos em paredes internas e externas, em vigor na época de execução dos serviços (resposta ao quesito 08 do condomínio apelado - f. 463).

Assim, restando suficientemente comprovado que os danos em comento (descolamento das placas de cerâmica das fachadas do prédio) foram causados por elementos outros que não a argamassa, não há que se falar em responsabilidade solidária da sua fabricante, apelada Saint Gobain Quartzolit Ltda., de forma que o § 2º do art. 25 do CDC não tem aplicação ao caso.

Também sem razão a apelante, quando se insurge contra o reembolso dos gastos decorrentes dos defeitos apresentados no edifício e custos inerentes ao processo cautelar, em apenso.

O condomínio apelado comprovou, à saciedade, que, em virtude do vício apresentado na obra, foi necessária a realização de um mapeamento e retirada das pastilhas com risco de queda; além da colocação de telas de proteção por toda a extensão das fachadas defeituosas, a fim de salvaguardar a integridade física de seus moradores e daqueles que por ali transitavam (f. 21/30 e 33).

E, uma vez reconhecida a responsabilidade da apelante por tal vício, é patente o seu dever de reembolsar os gastos dele decorrentes.

Observo, de outro lado, que a sentença prolatada na cautelar antecipada de provas, na qual a apelante figurou como parte, foi clara ao estabelecer que as custas do

citado processo deveriam ser pagas pelo condomínio apelado, para, após, serem somadas às custas do processo principal e pagas pelo vencido (f. 411/412, processo em apenso).

Contra a citada decisão, não foi interposto recurso (f. 422).

Assim, sendo a apelante vencida na presente ação, em virtude do presente julgamento, certo é que a questão relativa à sua obrigação de arcar com as despesas da cautelar, em apenso, restou superada, sendo-lhe defeso reabrir tal discussão.

Nada impede, outrossim, que, uma vez cassada a sentença, que arbitrou os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), outra seja proferida com majoração da respectiva porcentagem (20%).

Como é cediço, a sentença nula não gera qualquer efeito. Por conseguinte, não vincula o magistrado, que pode, inclusive, alterar o seu julgamento, se assim entender.

Ademais, em face dos parâmetros estabelecidos nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, entendo que o percentual de 20% (vinte por cento) é adequado às circunstâncias do caso em questão.

Nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

*Súmula* - REJEITARAM A PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Seguro - Contrato - Renovação automática - Recusa unilateral da seguradora - Impossibilidade**

Ementa: Contrato de seguro de vida. Negativa de renovação automática. Impossibilidade.

- O contrato de seguro em exame, sendo de trato sucessivo, pressupõe continuidade no tempo e, estando as condições iniciais mantidas, não deve ser rescindido unilateralmente pela seguradora, a menos que incidam inevitavelmente fatores não previsíveis no momento da contratação, capazes de alterar de forma significativa o equilíbrio contratual. Impossível, portanto, a recusa unilateral por parte da seguradora da renovação do contrato de seguro de vida.

Apelação não provida.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.07.090179-4/003 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: AGF Brasil Seguros S.A. - Apelados: Fábria Lima de Macedo Aidar e outro - Relator: DES. CABRAL DA SILVA**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2008. - *Cabral da Silva* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. CABRAL DA SILVA - Trata-se de apelação interposta por AGF Brasil Seguros S.A., às f. 205/231, contra sentença de f. 133/140, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, nos autos da ação de obrigação de cumprimento contratual, julgada procedente pelo Juízo monocrático, para manter em vigor o contrato de seguro de vida celebrado entre os autores e a ré, intimando-a para emitir os boletos de pagamento dos prêmios nos termos do contrato, no prazo de quinze dias.

Em suas razões recursais, assevera o apelante que o contrato de seguro de vida, em razão de suas peculiaridades, deve ser interpretado de forma restrita. Aduz que a estrutura técnica dos contratos de seguro obriga que os mesmos sejam celebrados por prazo determinado, pugnando que a renovação automática prevista em contrato não implica vedação de não-renovação motivada mesmo, hipótese esta considerada plenamente legal. Afirma que a não-renovação não implica qualquer desequilíbrio contratual e que a mesma está prevista em circulares expedidas pela Susep. Por eventualidade, ao final, requer a redução dos honorários advocatícios de sucumbência.

Em sede de contra-razões (f. 233/243), aduzem os apelados que deve prosperar a r. decisão do Juízo *a quo*, visto que a própria Susep esclareceu que a nova regulamentação do seguro de pessoas haveria vedado o cancelamento unilateral da apólice pela sociedade seguradora durante a vigência do contrato de seguro. Afirmam que o cancelamento do contrato de seguro fere a expectativa gerada pelo vínculo contratual.

Cuida-se de ação ordinária, por meio da qual pretende a autora ver mantida a vigência de contrato de seguro de vida celebrado com a ré, conservando-se íntegras suas cláusulas e condições, máxime no que tange à extensão das coberturas e forma de reajuste do prêmio.

I - Da impossibilidade de rescisão unilateral do contrato de seguro de vida.

Primeiramente, importante ressaltar que a atividade securitária está abrangida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor em face do art. 3º, § 2º.

Diante de tal dispositivo, verifica-se a aplicabilidade do Código de Defesa e Proteção do Consumidor aos contratos de seguro.

Art. 3º [...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Cláudia Lima Marques, em obra intitulada *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., Editora Revista dos Tribunais, demonstra a devida aplicação do referido código a tais contratos:

Resumindo, em todos estes contratos de seguro podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC, e o consumidor. Note-se que o destinatário do prêmio pode ser o contratante com a empresa seguradora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro. Nos dois casos, há um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora. Como vimos, mesmo no caso do seguro-saúde, em que o serviço é prestado por especialistas contratados pela empresa (auxiliar na execução do serviço ou preposto), há a presença do 'consumidor' ou alguém a ele equiparado, como dispõe o art. 2º e seu parágrafo único. Portanto, os contratos de seguro estão submetidos ao Código de Proteção do Consumidor, devendo suas cláusulas estar de acordo com tal diploma legal, devendo ser respeitadas as formas de interpretação e elaboração contratuais, especialmente a respeito do conhecimento ao consumidor do conteúdo do contrato, a fim de coibir desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.

Logo, a relação jurídica em exame deve ser examinada sob a perspectiva do microsistema de defesa do consumidor.

Com efeito, os apelados mantêm com a requerida, há mais de dez anos, contrato de seguro de vida.

Ocorre que os mesmos receberam nova proposta da seguradora, aumentando o valor do prêmio e, em contrapartida, diminuindo drasticamente algumas coberturas. Caso não optassem por uma das opções de readequação do contrato apresentadas pela apelante, seu contrato estaria automaticamente cancelado na data do vencimento.

Evidente a surpresa da requerente, pois, durante os últimos anos, tiveram o contrato automaticamente renovado e reajustado, conforme pactuado. Não existia qualquer expectativa dos segurados sobre substancial alteração. Ao contrário, a expectativa era que os mesmos contratos continuariam a ser renovados da mesma forma que o foram.

Ora, se a apólice continua cobrindo os mesmos riscos, se inexistente qualquer alteração quanto à natureza

de tais riscos nem modificação significativa quanto à composição do segurado, o "grave desequilíbrio atuarial", mencionado pela seguradora, só pode decorrer da mudança de faixa etária da segurada, que agora se encontra em idade mais avançada, quando é mais alto o risco de incidência dos eventos danosos previstos no contrato.

No entanto, a referida circunstância está longe de ser um fator surpresa, pois trata-se de decorrência natural da vida e, por isso, também prevista no momento em que efetuados os cálculos atuariais da seguradora, para a fixação do valor do prêmio. Sendo assim, não pode ser acolhido o argumento sustentado pela ré para justificar a não-renovação do seguro de vida em grupo, que vem sendo, diga-se de passagem, renovado durante 10 anos, sucessivamente.

Vejam a situação: a seguradora seduz os consumidores para aderir ao contrato de seguro, certamente oferecendo vantagens e coberturas atrativas. Esses consumidores pagam pontualmente o prêmio do seguro durante mais de dez anos, quando, então, às vésperas da renovação automática do pacto, recebem uma notificação, obrigando-os a migrar para um outro plano, com aumento do valor do prêmio, diminuição e supressão de algumas coberturas. Em caso de não-aceitação, o contrato é simplesmente resolvido.

Por certo, tal modo de agir vai de encontro aos princípios norteadores das relações de consumo, sobretudo da boa-fé contratual.

O contrato de seguro em exame, sendo de trato sucessivo, pressupõe continuidade no tempo e, estando as condições iniciais mantidas, não deve ser rescindido unilateralmente pela seguradora, a menos que incidam inevitavelmente fatores não previsíveis no momento da contratação, capazes de alterar de forma significativa o equilíbrio contratual.

Do contrário, o contrato de seguro deve ser mantido, sob pena de promoverem-se a insegurança e a instabilidade desse tipo de relação jurídica.

Seria muito cômodo às seguradoras que, durante anos a fio, quando o índice de sinistralidade no seguro de vida é sabidamente menor, venham se beneficiar com o recebimento dos prêmios dos seus segurados, para depois, com o passar do tempo e a possibilidade de ocorrência do evento danoso ser mais evidente, simplesmente cancelarem ou não renovarem o contrato de seguro, sem que tenham que oferecer qualquer justificativa plausível.

Não convencem os argumentos apresentados na apelação, no sentido de que o contrato foi celebrado por prazo determinado e de que a não-renovação constitui exercício regular de direito.

A autonomia da vontade é o princípio basilar da teoria dos contratos, mas, neste caso, a demandada quer que só exista tal autonomia para a seguradora, ao demandante não havendo escolha.

As opções oferecidas pela apelante para a manutenção do contrato, como forma de readequação, são nocivas para os segurados e, conseqüentemente, não lhes interessam.

Não obstante a autonomia contratual mereça ser respeitada, sabe-se que, em virtude da massificação dos contratos, principalmente a partir da última década do século XX, vem ela sendo mitigada em consagração, sobretudo da função social dos contratos e também da boa-fé objetiva. Além disso, não é demasiado lembrar ser direito básico do consumidor, conforme dispõe o art. 6º, inciso IV, do CDC, "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços". Nessa perspectiva, não pode o Judiciário compactuar com a prática perpetrada pela apelante, pois a imposição de duas alternativas desvantajosas para continuidade do contrato - aderir a um plano mais oneroso e menos vantajoso ou resolver o negócio - fere a legítima expectativa (boa-fé objetiva) do consumidor de usufruir dos benefícios do contrato, pelo que vem fielmente remunerando ao longo dos anos.

Aliás, esse é o entendimento esposado pela Justiça mineira, *verbi gratia*:

Apelação - Seguro de vida - Negativa de renovação - Previsão contratual - Nova apólice em substituição - Desvantagem para o segurado - Boa-fé contratual, dignidade da pessoa humana e função social do contrato - Supremacia - Nulidade das cláusulas contratuais - Possibilidade - Voto vencido parcialmente. - A seguradora não pode sujeitar o segurado a aderir a nova apólice, cujas condições lhe sejam altamente desvantajosas, contrariando os princípios da boa-fé contratual, dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, especialmente ao implicar a rescisão da relação contratual, quando o ingresso em outro plano de seguro disponível no mercado, além de mais onerosa, poderá inclusive ser inviabilizada por eventual recusa do risco, notoriamente mais acentuada, em razão de sua idade (Autos nº 1.0024.06.218915-4/002(1) - Rel. Afrânio Vilela - DJMG de 11.08.2007).

Assim, entendo que a r. decisão do Juízo *a quo* não merece reparos.

II - Dos honorários de sucumbência.

Insurge-se o apelante em relação à verba sucumbencial, arbitrada pelo Juízo *a quo* em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), afirmando que os mesmos foram "por demais exarcebados" (*sic*).

Afirma que a demanda teve curta duração e baixa complexidade e que os ônus da sucumbência superaram os limites legais.

Em que pesem os argumentos esposados, creio ser de bom direito a prevalência dos honorários de sucumbência como fixados na r. sentença.

O art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC prescreve que:

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o

valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Apesar do célere trâmite da ação em primeira instância, verifico que o feito possui diversas nuances capazes de justificar a manutenção dos honorários fixados. O primeiro deles foi o pedido de tutela antecipada, a qual foi concedida e, em face da mesma, interposto agravo de instrumento. Ainda, nesta eg. Câmara, foi interposto agravo regimental e, após a prolação da r. sentença, esta circunstanciada apelação. Em face de todos esses atos praticados pelo apelante, insurgiram-se os apelados, assistidos por seu patrono, demandando tempo e demonstrando alto zelo profissional.

Decerto, por causas em que não houver condenação, devem-se entender aquelas em que há a tutela declaratória ou constitutiva, como foi a aqui postulada, devendo os honorários ser fixados pelo critério da equidade.

Dessa forma, analisando equanimemente as circunstâncias do feito, entendo bem fixados os honorários pelo Juízo *a quo*, expressando estes a justa remuneração do trabalho realizado pelos patronos dos apelados.

III - Conclusão.

*Ex positis*, nego provimento à apelação aviada, mantendo a r. decisão do Juízo *a quo*.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS LINCOLN e ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Alienação fiduciária - Comprovação da mora - Notificação - Carta registrada - Cartório diverso ao do domicílio do devedor - Validade - Busca e apreensão - Deferimento liminar - Possibilidade**

Ementa: Ação de busca e apreensão. Indeferimento da inicial. Constituição em mora do devedor. Notificação procedida por Cartório localizado em local diverso ao domicílio do devedor. Validade.

- O provimento jurisdicional que determinar a busca e apreensão do bem deverá ser deferido liminarmente

quando comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, mora que decorre do simples vencimento do prazo para pagamento, e sua comprovação se dará por meio de carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos.

- Ainda que procedida por Cartório localizado em local diverso ao do domicílio do devedor, a referida notificação é válida. Em primeiro lugar, porque o objetivo primordial dessa notificação é justamente constituir o devedor em mora, dando-lhe ciência da sua inadimplência, bem como dos efeitos práticos e jurídicos que essa inadimplência acarreta. Em segundo lugar, porque o tabelião não está excedendo os limites de sua circunscrição quando a notificação é expedida através de carta enviada e registrada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.08.164029-6/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelado: Fernando Davila da Costa - Relator: DES. WAGNER WILSON**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVI-  
MENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Wagner Wilson* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON - Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Itaú S.A., objetivando a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, que indeferiu a inicial da ação de busca e apreensão por ele ajuizada, ao argumento de que a notificação ao devedor foi realizada por tabelião da cidade de Cariacica, no Estado do Espírito Santo, que não tem competência para atuar fora da circunscrição do seu Cartório.

O apelante alegou que se procedeu à notificação regularmente e que restaram preenchidos todos os requisitos necessários à concessão da medida liminar. Sustentou que o oficial do Cartório efetuou a notificação no endereço indicado pelo próprio devedor e que essa certidão tem fé pública.

Ressaltou que a mora decorre do simples vencimento da obrigação e que a notificação pessoal não é exigida pelo Decreto-Lei nº 911/69.

Pediu o provimento do recurso, com a reforma da decisão recorrida.

Eis o relatório. Passo a decidir.

Razão assiste ao apelante; se não, vejamos.

O provimento jurisdicional que determinar a busca e apreensão do bem deverá ser deferido liminarmente quando comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, conforme se verifica pelo disposto no referido dispositivo legal:

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor.

A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento, e sua comprovação se dará por meio de carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos.

É certo que a validade da notificação ao devedor não está condicionada a que seja realizada pessoalmente, bastando que tenha chegado ao endereço do devedor, o que se constata pelo respectivo aviso de recebimento.

Basta simplesmente que a correspondência seja entregue no seu endereço declarado no contrato, desde que não exista prova de sua mudança, antes da efetivação da notificação, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Comprovação da mora. Notificação. Aviso de recebimento. Meio hábil. Precedentes.

1 - A notificação de constituição do devedor em mora, feita com aviso de recebimento pelos Correios, desde que entregue no endereço do devedor, é meio hábil a subsidiar a ação de busca e apreensão. Precedentes.

2 - Recurso especial conhecido e provido (REsp 771268/PB - Rel. Ministro Fernando Gonçalves - Quarta Turma - j. em 12.12.2005 - pub. no DJ de 1º.02.2006 - extraído do site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)).

Ação de busca e apreensão. Notificação por carta. Precedentes da Corte.

1. Na jurisprudência da Corte para comprovar a mora não é necessária intimação pessoal, basta que o aviso por carta seja entregue no endereço do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do aviso seja a do próprio destinatário. No caso, porém, os endereços do contrato, da notificação e daquele em que efetivada a citação são diferentes, tornando inadequada a aplicação da jurisprudência da Corte.

2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 676207/RJ - Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - j. em 07.06.2006 - pub. DJ de 29.08.2005, extraído do site [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)).

Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Comprovação da mora. Notificação válida. A.R. Purgação da mora.

Súmula 284, STF. Ausência de prequestionamento. Devolução e parcelas. CDC. Meio inidôneo.

- Para a comprovação da mora, é suficiente a notificação por Aviso de Recebimento (AR) entregue no endereço do devedor, não sendo exigido que a assinatura seja do próprio destinatário. Precedentes.

- Não cabe discutir, em ação de busca e apreensão do bem entregue em alienação fiduciária, a devolução ou não das parcelas pagas (REsp 343751/DF - Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros - Terceira Turma - j. em 05.02.2004 - pub. DJ de 1º.03.2004 - extraído do site www.stj.gov.br).

No caso dos autos, conforme se infere pela análise dos documentos de f. 10 dos autos, o apelado foi devidamente constituído em mora.

A notificação foi enviada ao endereço do apelado constante do documento do veículo (f. 11), por intermédio do Cartório de Registros de Títulos e Documentos da Comarca de Cariacica - Espírito Santo.

Sob o argumento de que o Cartório de Cariacica não tem competência para proceder à referida notificação do apelado, já que este reside em Barbacena, Minas Gerais, o MM. Juiz *a quo* indeferiu a inicial da presente ação de busca e apreensão, o que, a meu ver, não parece razoável.

Em primeiro lugar, porque o objetivo primordial dessa notificação é justamente constituir o devedor em mora, dando-lhe ciência da inadimplência, bem como dos efeitos práticos e jurídicos que essa inadimplência acarreta. Frise-se que isso foi perfeitamente cumprido, na medida em que a notificação foi entregue no endereço fornecido.

Em segundo lugar, porque o tabelião de Cariacica não excedeu os limites de sua circunscrição, na medida em que a notificação foi expedida através de carta enviada e registrada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Nesse sentido, já me manifestei anteriormente no julgamento da Apelação Cível nº 1.0512.07.041896-1/001, de Relatoria do il. Desembargador Bitencourt Marcondes.

Conclusão.

Com essas razões, dou provimento ao recurso de apelação, para cassar a decisão de f. 15/16 e determinar o regular processamento do feito, inclusive com a apreciação do pedido liminar.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## **Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Decreto-Lei 911/69 - Alterações introduzidas pela Lei 10.931/04 - Constitucionalidade - Indicação do depositário - Local do depósito**

**Ementa:** Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Decreto-Lei 911, de 1969. Alterações decorrentes da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004. Constitucionalidade. Alienação fiduciária. Depositário. Local do depósito.

- O Decreto-Lei 911, de 1969, com a redação dada pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, não afronta a Constituição Federal.

- Salvo hipóteses excepcionais, deve ser depositado com a pessoa indicada pelo credor o veículo alienado fiduciariamente, cuja apreensão foi determinada judicialmente.

- Ao depositário incumbe manter o bem depositado em lugar seguro e próprio, de sua livre escolha, obrigando-se a restituí-lo se houver determinação judicial a este respeito.

**Agravo Nº 1.0701.08.213948-9/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: Banco ABN AMRO Real - Agravado: Geraldo Naves de Souza - 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, 24 de abril de 2008 - *Maurílio Gabriel* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco ABN AMRO Real S.A. por não se conformar com parte da decisão prolatada nos autos da ação de busca e apreensão por ele ajuizada contra Geraldo Naves de Souza.

A referida decisão, ao conceder a liminar de busca e apreensão, determinou que o autor indicasse depositário judicial, ficando este advertido "de que não poderá remover o veículo da Comarca até desfecho final da lide e muito menos aliená-lo cinco dias após, pois inconstitucional o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69, com suas novas redações determinadas pela Lei 10.931/04".

Na mesma decisão, o culto Juiz da causa autorizou "a purga da mora nos moldes primitivos".



Sustenta o recorrente, em síntese, serem constitucionais as inovações trazidas pela referida Lei 10.931.

Esclarece, ainda, não haver inconstitucionalidade no § 2º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69, "de acordo com o qual o devedor fiduciante, no prazo de 5 (cinco) dias a contar do cumprimento da liminar, poderá pagar a integralidade da dívida pendente, recebendo o bem livre do ônus real".

Assevera que, embora a resolução do contrato decorra de disposição legal, o contrato firmado pelas partes prevê, de forma expressa, o vencimento automático e antecipado das obrigações contraídas pelo devedor fiduciante que "não cumprir quaisquer das obrigações assumidas neste contrato, dentre elas, obviamente, o pagamento das prestações no tempo e modo previamente convençados pelas partes".

Alega, em conclusão, que a decisão vergastada "violou os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o *caput* do art. 2º, e o artigo 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/69, o art. 474, do Código Civil, bem como os incisos XXXV, LIV e LV, do art. 5º da Constituição Federal".

Aduz também que não há, na lei, qualquer exigência para que bem apreendido permaneça na Comarca.

Ao final, bate-se pelo provimento do agravo "para determinar à instância monocrática a observância irrestrita das disposições do Decreto-Lei 911/69, mormente daquelas introduzidas pela Lei 10.931/04 nos §§ 1º e 2º do artigo 3º".

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal, tendo sido, contudo, atribuído efeito suspensivo ao agravo.

Foram dispensadas, por desnecessárias, as informações do culto Juiz da causa.

Por não estar formada a relação processual, não houve a intimação da parte agravada para apresentar contraminuta.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Ressalto, inicialmente, que, "na linha da orientação do Supremo Tribunal Federal, as disposições contidas no Decreto-Lei n. 911/69 foram recepcionadas pela Constituição" (STJ, Quarta Turma, REsp 151.272/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 10.12.02).

O referido Decreto-Lei, em seu artigo 3º, com a redação dada pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, determina, em seu § 1º, que, cinco dias após a execução da liminar, "consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário".

Todavia, o § 2º do mesmo artigo permite ao devedor, dentro do mesmo prazo, evitar a mencionada consolidação, purgando a mora mediante depósito dos valores apresentados pelo credor na inicial, nestes incluídas todas as parcelas, vencidas e vincendas.

Caso entenda serem excessivos estes valores, o devedor, após depositá-los, requererá a restituição do possível excesso, questão a ser examinada pelo Juiz, na sentença (cf. § 4º do mesmo artigo 3º).

Não sendo purgada a mora e sendo consolidadas a propriedade e a posse plena do bem alienado no patrimônio do devedor, a ação terá prosseguimento normal, facultando-se ao devedor ofertar a sua defesa no prazo de 15 dias.

Nesta hipótese e no caso de ser o pedido inicial julgado improcedente, o credor fiduciário será condenado ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (cf. §§ 6º e 7º do mesmo art. 3º).

Desta forma, o Decreto-Lei 911, mesmo com as alterações impostas pela referida Lei 10.931, não afronta os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal, assegurados ao réu pela nossa Constituição Federal, como também não impede o requerido de purgar a mora.

Neste sentido, tem-se posicionado a jurisprudência:

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei 911/69. Normas recepcionadas pela Carta Constitucional de 1988. Alterações introduzidas pela Lei 10.931/04. Ampliação do direito de defesa. - O Dec. Lei 911/69 e, em especial, seu artigo 3º, não ofende os princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, ao conferir ao proprietário fiduciário, uma vez inadimplida a obrigação e caracterizada a mora, a faculdade de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia. - Com edição da Lei nº 10.931/04, na ação de busca e apreensão, além do prazo para sua apresentação, ampliou-se a abrangência da contestação, retirando as limitações quanto às matérias nela versadas, garantindo-se ao devedor fiduciante a mais ampla defesa (TJMG, Agravo nº 1.0702.05.251417-2/001, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tarcísio Martins Costa, 22.08.06).

Processual civil. Inovação recursal. Impossibilidade. Revisão contratual. Juros remuneratórios. Instituição financeira. Limite. Ausência. Busca e apreensão. Decreto-Lei 911/69. Constitucionalidade. Mora comprovada. Apreensão do bem. - Inadmissível a extemporânea questão trazida aos autos pela apelante, pois sua aceitação implicaria inquestionável violação do princípio da eventualidade, que desempenha papel fundamental para a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Acresce-se que o contrário, ou seja, a admissão de que a qualquer momento a requerida pudesse apresentar novas teses, seria uma afronta aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Não há limitação legal para a taxa de juros remuneratórios quando se trata de instituições financeiras em geral. As disposições contidas no Decreto-Lei nº 911/69, mesmo com as alterações trazidas pela Lei 10.931/04, são compatíveis com a ordem Constitucional. Caracterizada a mora do devedor, mormente após a improcedência do pedido formulado na ação revisional, não há por que negar ao credor o direito de reaver o bem alienado fiduciariamente (TJMG, Apelação Cível Nº 1.0079.03.064096-9/001, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, 20.01.06).

Assim, as normas previstas no Decreto-Lei 911, de 1969, mesmo com as alterações trazidas pela Lei 10.931, não possuem quaisquer vícios de inconstitucionalidade, devendo ser aplicadas integralmente na ação em exame, mesmo porque o contrato de financiamento foi celebrado em 2005, quando já em vigor as alterações trazidas pela citada Lei.

Ademais, não há, no Decreto-Lei 911, indicação expressa a respeito da pessoa a ser indicada depositária do bem a ser apreendido.

Entendo que, salvo situações excepcionais que, diante dos documentos juntados aos autos, não se fazem presentes na espécie, fica a alvitre do credor a indicação do depositário.

Esta conclusão, além de lógica, encontra respaldo, ainda, nos §§ 1º e 2º do art. 3º do referido Decreto-Lei, que determinam que, se o devedor não pagar a integralidade da dívida no prazo de cinco dias após a execução da liminar, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, incumbindo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

Certo é, ainda, que ao depositário incumbe manter o bem depositado em lugar seguro e próprio, de sua livre escolha, obrigando-se a restituí-lo se houver determinação judicial a este respeito.

Por isto, equivocada se apresenta também a decisão recorrida ao determinar que o veículo a ser apreendido permanecesse no território da Comarca de Uberaba, uma vez que não há motivo relevante que justifique tal medida.

A jurisprudência encampa tais entendimentos:

O Decreto-Lei n. 911/69 não prevê a nomeação de depositário e nem o local onde o bem apreendido deverá ficar depositado, e, assim, fica ao alvitre do credor a nomeação do depositário de bem judicialmente apreendido, que se encarregará de mantê-lo em lugar seguro e próprio, restituindo-o quando requisitado pelo Juízo, no mesmo estado em que o recebeu (Agravo nº 1.0672.06.213655-7/001 da Comarca de Sete Lagoas, 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 1º.02.07).

Não há que se falar na obrigatoriedade do depósito do veículo objeto de ação de busca e apreensão nos limites da própria comarca por onde se processa a demanda, vez que não há determinação legal neste sentido, e, uma vez nomeado depositário para o bem, deve o mesmo ser guardado em lugar seguro e adequado cuja escolha fica a critério do depositário, devendo este restituí-lo quando requisitado (Agravo nº 407.936-1, 6ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada deste Estado, Rel. o então Juiz Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 05.06.03).

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar que, na ação em

exame, sejam observadas integralmente todas as disposições do Decreto-Lei 911, inclusive aquelas alteradas pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004. e que o bem a ser apreendido fique depositado com a pessoa que for indicada pelo agravante, podendo ele manter o veículo no local que melhor lhe aprouver, ainda que fora do território da Comarca de Uberaba.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e MOTA E SILVA.

*Súmula:* DERAM PROVIMENTO.

...

### **Mandado de segurança - Inadimplência de aluno - Retenção de diploma - Impossibilidade**

Ementa: Recurso voluntário. Mandado de segurança. Retenção de diploma. Inadimplência. Impossibilidade. Segurança concedida.

- "São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias" (art. 6º da Lei 9.870/99).

Sentença de primeiro grau confirmada em reexame necessário.

**REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0105.07.231381-7/001 - Comarca de Governador Valadares - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares - Autora: Gisele Bezerra Franklin - Ré: Reitora da Universidade Vale do Rio Doce - Relator: DES. ALBERTO ALÚZIO PACHECO DE ANDRADE**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - *Alberto Aluizio Pacheco de Andrade* - Relator.

## Notas taquigráficas

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

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança impetrado por Gisele Bezerra Franklin contra a Reitoria da Universidade Vale do Rio Doce, objetivando a entrega de atestado de colação de grau, documento este que está sendo negado pela ré, sob a alegação de inadimplência da autora.

Concedeu o MM. Juiz da causa a segurança buscada, mantendo a liminar concedida às f. 22/24.

Parecer da douta Procuradoria às f.140/143, opinando pela manutenção da sentença monocrática.

Recurso voluntário interposto pela autoridade coatora.

É o relatório, decidido.

Dispõe o inciso LXIX do art. 5º da CF/88 que:

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.

Infere-se, pois, que constitui requisito essencial da ação mandamental, a existência de direito líquido e certo, sem o qual, por conseguinte, é incabível o remédio jurídico.

Theotonio Negrão, na obra *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.681, nos ensina: "Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano" (RSTJ 4/1.427, 27/140), "por documento inequívoco" (RTJ 83/130, 83/855; RSTJ 27/169), "e independentemente de exame técnico" (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado "em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas" (RTJ 124/948; no mesmo sentido: STJ-RT 676/187). No presente caso, o direito da autora está amparado pelo art. 6º da Lei nº 9.870/99, que regula as anuidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior e dá outras providências, dispondo que:

São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

Assim, o estabelecimento educacional não pode se negar a expedir o atestado de colação de grau pretendi-

do pela autora, sob a justificativa de que esta se encontra inadimplente, podendo, como bem consignou o Sentenciante monocrático, buscar a satisfação de seu crédito valendo-se dos meios adequados.

Nesse sentido, a Apelação Cível 1.0105.06.194724-5/001 da 9ª Câmara Cível deste Tribunal, Relator Des. José Antônio Braga:

Mandado de segurança. Retenção de diploma. Inadimplência de aluno. Impossibilidade. - As entidades educacionais não podem reter documento do aluno ao argumento de se encontrar esse inadimplente, ao teor do art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.870/99, mormente por dispor o credor de meio hábil para a cobrança da verba a que faz jus.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença que concedeu a segurança, garantindo a entrega do atestado de colação de grau.

Sem custas, por se tratar de recurso voluntário.

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

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM REEXAME NECESSÁRIO.

...

### **Embargos de terceiro - Separação consensual - Partilha - Meação de bens - Doação - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia - Imóvel - Indivisibilidade**

Ementa: Civil. Apelações. Embargos de terceiro. Separação consensual. Partilha. Doação da meação dos bens. Inexistência de outros bens do devedor. Fraude contra credores. Fraude de execução. Caracterização. Ineficácia do negócio jurídico. Indivisibilidade do imóvel.

- A fraude contra credores deve ser demandada por via de ação pauliana ou ação revocatória, sendo inadmissível sua discussão em sede de embargos de terceiro.

- Caracteriza-se fraude de execução quando a doação da meação de bens imóveis feita pelo devedor ao seu ex-cônjuge, realizada em separação consensual, ocorre posteriormente à citação na ação capaz de alterar-lhe o patrimônio.

- O negócio jurídico deve ser declarado ineficaz quando não há outros bens passíveis de garantir o cumprimento da obrigação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.392713-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Banco Rural S.A. - 2º) S.P.W. - Apelados: os mesmos - 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 À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2008. - José Flávio de Almeida - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Banco Rural S.A. e por S.P.W., nos autos de embargos de terceiro, opostos pela segunda apelante em face do primeiro, contra a sentença de f. 42/47, integrada pela decisão de f. 51, que acolheu os embargos declaratórios de f. 50, proferida pela MM. Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que concluiu:

[...] julgo procedentes, em parte, os embargos, para excluir da penhora apenas a meação da embargante, devendo prevalecer constrita a metade da área/imóvel correspondente à meação do ex-cônjuge da embargante, R.M.W.

Condono a embargante no pagamento das custas e honorários, que arbitro, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.140,00 [...].

Prossiga-se na execução, expedindo-se mandado para avaliação atualizada de 50% do imóvel já constrito (f. 47).

[...] acolho os presentes embargos declaratórios para determinar a suspensão do pagamento de honorários devidos pela embargante, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (f. 51).

Versam os presentes embargos de terceiro sobre a pretensão da segunda apelante, S.P.W., na qualidade de ex-cônjuge do executado R.M.W., em defender “bem próprio, que lhe coube na divisão dos bens promovido em autos regulares de separação judicial, devidamente homologada” (f. 03) da constrição judicial, realizada nos autos da ação monitória, em fase de cumprimento de sentença (f. 256-v.), movida pelo primeiro apelante Banco Rural S.A.

Para tanto, a segunda apelante consigna na inicial que é

[...] inequívoco que a embargante possui a posse do referido bem. Contudo, ainda não lhe foi possível promover a inscrição da partilha no Cartório Imobiliário, porquanto pesam sobre o imóvel dívidas de IPTU. Este, pois, o único

óbice que lhe impede de obter a propriedade plena do imóvel, mas não de defendê-lo contra atos que lhe possam restringir os direitos de uso, gozo e fruição (f. 03).

E, não conformados com a sentença proferida, nesta Instância recursal, os apelantes ponderam.

O primeiro apelante pede o provimento do recurso para que se mantenha a “penhora sobre a totalidade do imóvel, abrangendo a parte da apelada” (f. 57), sustentando:

Tudo leva a crer efetivamente que a apelada teve real e verdadeira intenção em lesar direito de terceiro. Assim, a apelada de forma rápida, ‘por debaixo dos panos’, em separação, distribuído no ano de 2002, recebeu por doação todos os bens do casal (f. 56).

Ainda, aduz que:

No tocante à condenação por honorários de sucumbência, o art. 20 do CPC trata que a condenação extrapolou a esfera do previsto, pois toda relação jurídica desenvolveu-se sem complexidade necessária a manejar a condenação arbitrada (f. 56).

Por seu turno, a segunda apelante pede reforma da sentença para “excluir da penhora todos os bens da apelante, e não só a metade” (f. 67), assinalando que a decisão

[...] extrapolou os limites estabelecidos para o julgamento dos embargos de terceiro, ao adentrar em matéria somente veiculável através de ação autônoma, denominada ‘Ação Pauliana’, própria para o debate acerca da ocorrência (ou não!) de fraude contra credores ou à execução (f. 60).

Insurge-se, ainda, “quanto à não-condenação do embargado/apelado nos ônus [sucumbenciais] em razão da falta de averbação da partilha no Registro Imobiliário respectivo” (f. 67).

Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos para sua admissibilidade e, pela matéria devolvida, passo ao exame simultâneo de ambas apelações.

Inicialmente, ressalto que os embargos de terceiro constituem ação de procedimento especial de jurisdição contenciosa, que tem por fim livrar de impedimento judicial injusto bens que foram apreendidos em processo no qual o seu proprietário ou possuidor não é parte.

Assim, é legítima a oposição de embargos de terceiro por aquele que, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, de acordo com o previsto no art. 1.046 do Código de Processo Civil.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam:

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 constricto ou ameaçado de o ser (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1.009).

Nesse diapasão, considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação (CPC, art. 1.046, § 3º).

Relativamente à argüição de fraude contra credor, ressalto que se caracteriza quando, pelos negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, seja o devedor reduzido à insolvência ou quando praticados por devedor já insolvente (CC, art. 158).

Em outras palavras, consiste em manobra do devedor para operar uma diminuição maliciosa em seu patrimônio, a fim de que este se torne insuficiente para quitar seus débitos.

Entretanto, nos termos da Súmula 195 do Superior Tribunal de Justiça, assevero ser inadmissível, nos presentes autos, a discussão quanto à possibilidade de fraude contra credores, porquanto deve ser perquirida por via de ação pauliana ou ação revocatória, sendo inadmissível, portanto, sua argüição em sede de embargos de terceiro.

A sentença recorrida reconheceu fraude de execução.

Desse modo, no que concerne à fraude de execução, o art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil estabelece que sua ocorrência se traduz pela alienação ou oneração de bens, quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Sobre o tema, confira a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A fraude de execução consiste na realização de um ato de disposição ou oneração de coisa ou direito depois de instaurado um processo cujo resultado poderá ser impossível sem lançar mão desse bem. Essa fraude ocorre em duas situações bem distintas entre si, consistentes em: a) alienar ou gravar com ônus real o bem sobre o qual 'pender ação real' (CPC, art. 593, inc. I); b) dispor de bens ou créditos, reduzindo-se à insolvência, também a partir da pendência de um processo (art. 593, inc. II) (*Instituições de direito processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 4, p. 389).

Examinando os presentes autos, verifico que a ação monitoria foi ajuizada em 20.02.2001 (f. 29, autos apensos) e, mesmo anteriormente a essa demanda, o primeiro apelante já havia ajuizado ação de execução contra R.M.W., ex-cônjuge da segunda apelante, processo julgado extinto por falta de título executivo.

Nessa seqüência, a certidão de f. 33 dos autos da ação monitoria informa a citação de R.M.W. em 14.03.2001, nos termos do mandado de pagamento de f. 32.

Noutro giro, a petição de separação consensual do casal R.M.W. e S.P.W. foi distribuída em 15.02.2002 (f. 17, autos dos embargos à execução), sendo homologada judicialmente a separação em 08.03.2002 (f. 21, autos dos embargos à execução), donde se apreende que a parte que tocava ao executado sobre os bens imóveis do casal, oriunda do regime de bens do casamento (comunhão parcial de bens), foi integralmente doada à segunda apelante.

Esses dados revelam que tanto o executado R.M.W. quanto a segunda apelante tinham ciência inequívoca da dívida pendente à época da separação consensual.

Esclareço que, ao contrário da fraude contra credores, que, como consignado, deve ser manejada por via de ação própria, a fraude à execução dispensa a comprovação da culpa ou dolo, bastando demonstrar que, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, ou que, em razão da alienação, o devedor caiu em estado de insolvência.

Além disso, saliento que não é necessário que o ato de disposição do bem, isto é, a doação da meação que cabia ao executado, tenha ocorrido durante a tramitação da execução, pois, se houve a citação válida no processo de conhecimento em que a sentença, diante da procedência da ação, será um título executivo, a doação revela o intuito de impedir ou fraudar a execução.

Yussef Said Cahali preleciona:

Conforme bem assinala o 1º TACivSP, não é certo que a demanda pendente de reduzir o devedor à insolvência, a que se refere o art. 593, II, do CPC, seja exclusivamente o processo de execução.

Com efeito, há consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que a demanda contra o devedor, a que alude o citado dispositivo, tanto pode ser de conhecimento como de execução; o processo de conhecimento, ainda que a incerteza que, em regra, o assinala, posto que fica dependente de título judicial o direito do credor, é suficiente para preencher o requisito; o que interessa é que a ação seja condenatória, no que tende à alteração do patrimônio do devedor para satisfação do respectivo *quantum*, e tanto faz ser condenatória em processo de conhecimento como em processo executivo (*Fraude contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 558-559).

Veja a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Processo civil. Embargos à execução. Fraude configurada. Ausência de registro da penhora. Requisito dispensável para o alienante.

- Para a caracterização da fraude de execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC, basta a concorrência de dois pressupostos: a) existência de ação em curso, com citação válida; b) pendência de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência.

- O registro imobiliário da penhora não é requisito para caracterização da fraude à execução. Por isso, não aproveita ao executado alegar que desconhecia a penhora por falta de registro (STJ - REsp 819.198/RJ - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJ de 12.06.2006, p. 483).

Fraude à execução. Caracterização. - A seção acolheu os embargos, entendendo que, para a caracterização da fraude à execução, basta a venda ou doação do único bem que garantia a execução, não importando se o ato fraudulento foi praticado na pendência do processo de conhecimento, na execução ou em medida cautelar. Contudo, o Min. Relator ponderou que tem posicionamento diverso do predominante na seção. Asseverou que o único bem que o devedor possui é moradia de sua família e estará coberto pela impenhorabilidade, conforme a Lei nº 8.009/1990. Entretanto o fiador do contrato de locação que nada deve, mas apenas garante uma dívida, poderá ter seu único bem imóvel penhorado, acarretando uma situação esdrúxula. Todavia, quanto a esse aspecto, não houve o prequestionamento. Precedentes citados: REsp 243.707/SP, DJ de 10.04.2000, e REsp 173.142/SP, DJ de 14.09.1998 - EREsp 232.363/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 12.05.2004 (STJ - Informativo nº 0208, período: 10 a 14 de maio de 2004).

Processo civil. Fraude à execução. - Reconhecimento, porque, ao tempo do registro da doação, corria contra a doadora demanda capaz de reduzi-la à insolvência. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp 433493/RJ - Rel. Min. Ari Pargendler - Publicação/Fonte: DJ de 02.12.2002, p. 308).

Processo civil. Fraude de execução. Art. 593, II, CPC. Bem alienado quando já fora o devedor citado em ação de prestação de contas. Acórdão que afirma o estado de insolvência do executado. Veto sumular. Enunciado nº 7 da Súmula/STJ. Recurso não conhecido.

I - Se ao tempo da alienação do bem já se achava em curso a ação de prestação de contas que gerou a execução, a demonstração da insolvência do devedor é indispensável para caracterizar-se a fraude de execução fundamentada no art. 593, II, CPC.

II - Afirmando o acórdão recorrido haver restado caracterizada a insolvência do executado-alienante, ao tempo da alienação, não é o recurso especial sede adequada à desconstituição desse entendimento, mercê do veto contido no Enunciado nº 7 da súmula desta Corte.

III - A fraude de execução se contenta com a insolvência de fato (STJ - REsp 224264/SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Publicação/Fonte: DJ de 13.12.1999, p. 155).

Processual civil. Fraude à execução. Caracterização. - Vendendo ou doando o devedor, no curso da ação de conhecimento, o único bem que possuía e que poderia garantir a execução, configura-se fraude à execução.

- Na hipótese, não é necessário haja sido promovido o processo de execução.

- Precedentes do STJ.

- Recurso conhecido e provido (STJ - REsp 173142/SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - Publicação/Fonte: DJ de 14.09.1998, p. 116).

Separação judicial por mútuo consentimento. Partilha dos bens. Doação ou promessa de doação. Estabelecido que o

imóvel seria doado aos filhos, com reserva de usufruto, a homologação do acordo pelo juiz não efetivou a doação, que estava na dependência de outros atos, inclusive e principalmente o registro, aqui para ter efeito *erga omnes*. 2. Fraude de execução. Realizada a citação para a ação antes da escritura de doação e do seu conseqüente registro, verificou-se a fraude de execução, a teor do art. 593, II, do Código de Processo Civil. Recurso especial, sob a alegação de ofensa aos arts. 467, 485 e 486 do Código de Processo Civil não conhecido (STJ - REsp 23507/SP - Rel. Min. Nilson Naves - Publicação/Fonte: DJ de 21.06.1993, p. 12.367).

Confira também o entendimento esposado neste Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Doação de ascendente para descendente. Configuração. [...] - A doação de ascendente para descendente, ao tempo em que pendia contra o doador demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, caracteriza fraude à execução (TJMG - 1.0701.04.083826-3/001 - Rel. Des. Irmair Ferreira Campos - Publicação: 17.10.2007).

Embargos de terceiro. Inovação recursal. Matéria não alegada na inicial. Extrapolação dos limites da lide. Impossibilidade de apreciação. Doação feita pelos genitores executados em favor dos filhos com conhecimento da ação executiva. Fraude à execução caracterizada. - Salvo as exceções legais, têm-se como inadmissíveis em apelação alegações que não foram objeto da inicial, porquanto acobertadas pelo manto da preclusão, não podendo, portanto, ser conhecidas pela instância recursal, porquanto a jurisdição do tribunal de apelação se restringe à dedução feita na instância inferior. Há fraude à execução, quando o devedor, citado validamente no processo de execução, doa aos filhos o imóvel sobre o qual recaiu a penhora, sem fazer prova da existência de outros bens passíveis de construção (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.02.054758-7/001 - Rel. Des. Elias Camilo - Publicação: 16.10.2007).

Embargos de terceiro. Bem de família. Falta de prova. Impenhorabilidade não reconhecida. Doação de ascendente para descendente. Existência de demanda capaz de reduzir o doador à insolvência. Fraude à execução caracterizada. Ação expropriatória em curso. Irrelevância.

- Não há como reconhecer a impenhorabilidade do imóvel constrito se inexistente prova de que se trata de bem de família.

- A doação do ascendente para o descendente, ao tempo em que pendia contra o doador demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, caracteriza fraude à execução.

- Inteligência do art. 593 do Código de Processo Civil.

- Para que ocorra fraude à execução, pouco importa se já havia ação expropriatória em curso, bastando a existência de um processo de conhecimento contra o devedor validamente citado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0114.03.010454-0/002 - Rel. Des. Renato Martins Jacob - Publicação: 07.05.2007).

De fato, o executado, de forma pouco usual, dispôs de todos os seus bens em favor da segunda apelante, tornando-se, posteriormente, insolvente em razão do não-cumprimento da obrigação imposta pela sentença de f. 186/189 (autos da ação monitória), confirmada por este Tribunal de Justiça no acórdão da

Apelação Cível nº 426.228-6, f. 211/214 (autos da ação monitoria).

Portanto, a fraude de execução está caracterizada, porque ficou provado que o devedor transferiu todos os bens imóveis para a segunda apelante, sua ex-cônjuge, posteriormente à citação na ação monitoria, reduzindo-o ao estado de insolvência.

E, não havendo outros bens passíveis de garantir o pagamento da dívida, deve ser declarada a ineficácia da doação da meação que lhe cabia, mascarada de partilha de bens nos autos da separação consensual. O ato é ineficaz em relação ao credor.

Além disso, tendo em vista que, reconhecidamente (f. 03), a segunda apelante veio a esses autos defender suposta posse sobre o imóvel constrito (f. 256-v., autos da ação monitoria), considero, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, que não se desincumbiu do seu ônus probatório em comprová-la.

Nesse ponto, por sua natureza, ressalto que a aferição da posse, que se traduz pela exteriorização de estado de fato, deve, por isso, ser analisada sob uma perspectiva fática, impondo-se ampla dilação probatória e realização de audiência de instrução e julgamento, com produção de prova oral para esclarecer sua existência, o que não se coaduna com o julgamento antecipado requerido pela segunda apelante (f. 37).

Além do mais, noto que, pelas dimensões descritas no documento de f. 11, não é possível apreender que o referido bem seja divisível.

Se não, vejamos:

A fração de 250/1000 de uma área de terras no limite urbano, no Bairro Santa Efigênia, nesta cidade, que no todo contém 18.814m<sup>2</sup>, dividindo com José Pinto, Firmino de Tal e com a família Teixeira e outros sucessores; fração esta que corresponde ao uso privativo de 20,00m de frente para a Rua Pedro Afonso Pinheiro, 217,50m de um lado, dividindo com a área de uso privativo nº C, 201,00m de outro lado, dividindo com José Firmino da Silva e 33,00 nos fundos, dividindo com a estrada existente, sendo que esta área é designada com a letra 'C'.

Desse modo, considero que caberia à parte interessada, ao menos, proteger a meação física do imóvel, a demonstração robusta de que a Prefeitura de Juiz de Fora permite tal divisão.

Nesse particular, no REsp 909968/DF, de relatoria do Min. Ari Pargendler (publicação no DJ de 17.04.2008, p. 1), ficou assentado que é ilegal a concessão de escritura de lote de tamanho inferior ao fixado em lei.

Insta, ainda, salientar que a ação monitoria teve por fundamento dívida de cheque especial, contraída pelo ex-cônjuge da segunda apelante, na constância do casamento (f. 10/27, autos da ação monitoria).

Assim, também considero que caberia à segunda apelante demonstrar que possuía renda própria ou autonomia financeira quando casada, contribuindo para o

patrimônio familiar e que a dívida que embasa a ação monitoria não foi contraída em prol da família.

Nesse sentido:

Embargos de terceiro. Defesa da meação. Dívida assumida em proveito do grupo familiar. Presunção *iuris tantum*. Fatos constitutivos do direito invocado pela embargante. Não-demonstração. Improcedência. - A mulher casada pelo regime da comunhão parcial de bens tem direito à ação de embargos de terceiro, visando preservar sua meação, presumindo-se, contudo, que a dívida contraída pelo marido durante a constância do casamento beneficiou a família. Em face da completa ausência de provas dos fatos narrados pela embargante, prevalece o entendimento constante do princípio constitucional de igualdade absoluta dos cônjuges, resultando, daí, a responsabilidade solidária de um pelos compromissos assumidos pelo outro, já que a administração do patrimônio é, no seu todo, em comum (TJMG - Apelação Cível nº 1.0183.06.118795-5/001 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - Publicação: 04.03.2008).

Apelação cível. Embargos de terceiro. Nulidade da penhora. Intimação. Penhora de bem imóvel. Meação. Necessidade de comprovação de que a dívida não reverteu em proveito da família. Ausência de provas. Improcedência.

- Oferecidos embargos de terceiro, resta afastada a arguição de nulidade por falta de intimação da penhora recaída sobre bem imóvel.

- O § 3º do art. 1.046 do CPC prevê, expressamente, a possibilidade de o cônjuge defender a sua meação por meio de embargos de terceiro. A jurisprudência dominante é no sentido de que as dívidas contraídas pelo marido, presumidamente, visam ao benefício do casal.

- Cabe ao outro cônjuge comprovar que a dívida não foi contraída em benefício da família. Não havendo provas nesse sentido, deve ser julgado improcedente o pedido inicial dos embargos de terceiro (TJMG - Apelação Cível 1.0701.07.175647-5/001 - Rel. Des. Nilo Lacerda - Publicação: 1º.12.2007).

Por esse prisma, concluo que a segunda apelante dispensou a produção de provas quanto ao fato constitutivo do seu direito, isto é, a posse exclusiva do imóvel penhorado, a divisibilidade do mesmo, que contribuía financeiramente com o orçamento familiar e que a dívida contraída pelo executado não foi em benefício da família.

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 297).

Diante dos fundamentos expendidos, impõe-se a declaração de ineficácia da doação ou partilha do bem imóvel constante na certidão do Cartório de Registro de Imóveis de f. 11, e, conseqüentemente, são improcedentes os embargos de terceiro.

Como corolário, merece ser provida a primeira apelação, devendo subsistir a penhora realizada à f. 256-v. (autos da ação monitória) sobre a totalidade do imóvel.

Finalmente, quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, não prosperam as alegações da segunda apelante, mormente à vista da improcedência dos presentes embargos de terceiro, impondo-se a observância do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Conclusão.

Nos termos da fundamentação adotada, em observância ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República, dou provimento à primeira apelação para reformar a sentença recorrida e julgar improcedentes os embargos de terceiro, declarando ineficaz a doação da meação ou partilha consensual (sic) do imóvel penhorado, subsistindo a penhora realizada à f. 256-v. (autos da ação monitória) sobre a totalidade do imóvel.

Nego provimento à segunda apelação.

Condeno a segunda apelante ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios que, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade, consoante determinação do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA.

...

**Ação ordinária de cobrança - Permissão do serviço público de transporte coletivo - Condições - Interesse público - Prevalência - Indenização - Pretensão - Desequilíbrio financeiro do contrato - Alegação - Improcedência do pedido - Manutenção**

Ementa: Constitucional e administrativo. Ação ordinária. Transporte coletivo. Câmara de compensação tarifária. Pretensão de obter indenização decorrente de prejuízos na prestação de serviço público de transporte. Desequilíbrio econômico financeiro do contrato. Improcedência dos pedidos. Manutenção. Improvimento da irresignação. Inteligência do art. 175 da Constituição Federal.

- O reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras de serviços públicos de transporte,

pois é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente o de não inviabilizar a sua utilização pela população.

- Na permissão, as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.425490-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Expresso Luziense Ltda. - Apelado: DER MG Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - 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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA (Presidente) - Inscreveram-se para sustentações orais, pela apelante, o Dr. José Rubens Costa e, pelo apelado, a Dr.ª Karina Brandão Rezende Oliveira.

Com a palavra o Dr. José Rubens Costa.

DR. JOSÉ RUBENS COSTA - Cumprimentando a todos dizendo que vou brincar da tribuna, fazer um pouco de maiêutica com os Desembargadores, que devem se recordar de lições filosóficas bem antigas. O Des. Mauro, agora há pouco, falou muito de ciência do processo, etc., etc.

Vamos brincar de maiêutica. Acho que os senhores têm errado completamente em julgamentos idênticos, e têm toda a liberdade de falhar. Acho que os senhores não têm tido a menor coerência com esses julgamentos. Vamos pela maiêutica. Há pouco, julgou o Des. Dorival, parece-me como Relator, uma situação chamada de ato precário, função pública. Eu perguntaria aos Desembargadores Dorival, Maria Elza e Mauro se esse mesmo demitido, porque era precário, pode ser demitido a qualquer tempo, tivesse ficado sem receber por esse ato precário um ano de vencimentos. Os senhores diriam, agora, que o Estado não é obrigado a cumprir com aquilo que foi contratado nesse precário, os senhores



diriam? Maiêutica. Respondam, por favor. Claro que não responderão de imediato, responderão em voto. Poderia? Está havendo uma confusão nesse precário, com que fico assustado. Confusão de todo este Tribunal, com exceção de uma Câmara, hoje. Confusão do STJ e no STJ em congruência. A confusão começa, e é dito na tribuna do STJ, com a Ministra Eliana Calmon - e os senhores sabem que vou citar o caso Varig, em que a Ministra do Tribunal Regional Federal falou tudo ao contrário, e ainda disse que não pagar num ato precário, que era a permissão da Varig, e falar que não teve licitação era ato - falou em latim, mas falamos em português - de terrorista. Traduzo os elogios da Ministra Calmon a ela própria, e a quem falar também que não tem que pagar também alguma coisa, ou pague a menos do contratado, porque não houve licitação.

Fiquemos na maiêutica. O que é ato precário? Ato precário é apenas aquele que cessa no momento da vontade da Administração. Mas ninguém fala que, enquanto persista um ato precário, não se respeite direito assegurado pelo ato precário. Digamos uma banca de jornais nas ruas. O ato é precário. Quando for conveniente ao interesse público, será retirada. Mas até lá, será que o banqueiro que tem sua banca não vende jornais, não vende as revistas e não recebe, e não paga seus impostos? Ou vai o Poder Público lá e fala: dê uma revistinha aqui de graça. Aliás, é o que tenho visto ultimamente: o Poder Público enfiando a mão de todos os lados, o MP fartamente elogiado, enfiando a mão de todos os lados, e virando panacéia desse País o Estado chamado de policialesco, que infelizmente não se define, para que o cidadão reaja da mesma forma contra os abusos de poder que têm acontecido. Não me refiro agora ao Tribunal de Justiça. Mas há elogios que se fazem ao Estado policial.

O Des. Dorival votou ontem na Corte e viu os vários precedentes do Supremo que falam de equilíbrio econômico-financeiro de permissão ou concessão de serviço público. Viu as várias decisões, recebeu memorial como Revisor e votou nesse sentido, não de dizer concretamente, mas que não se pode intrometer, numa contratação com o Poder Público, nada que interfira com o equilíbrio econômico-financeiro.

Mais ainda, Desembargadores, fiquemos na maiêutica. Será que o Des. Dorival, a Des.<sup>a</sup> Maria Elza e o Des. Mauro acreditam que o art. 37 da Constituição, o princípio da moralidade, só se aplica em certos lugares, não se aplica em outros? Qual seria a coerência do julgador? O princípio da moralidade agora é fracionado? É o que quero dizer com isso? Se o Estado não licita porque não quer, se o permissionário ou concessionário, então, tem que manter os serviços, ou comete crime, ou comete o caos social parando com o serviço. Se o Estado não licita porque não quer, se o Estado edita uma lei que Vossas Excelências já usaram em várias

ações citadas em memorial, dizendo que, mesmo se não houver permissão e licitação, e blá-blá-blá, e blá-blá-blá, e blá-blá-blá, tem que manter o pagamento. E a lei não foi julgada inconstitucional por ninguém até hoje, e gostaria que julgassem, então, inconstitucional.

Por que agora que o Estado que não licita fala: não, não quero pagar o combinado? Isso não se chama, salvo engano, o tal do locupletamento ilícito? Vou ficar com um latinório bem erradinho assim: o *rebús sic stantibus*. O Estado não tem que manter as condições pactuadas? Qual é o raciocínio? Faltou licitação? Não discuto: reformem as decisões desta Câmara, então, em outros contratos onde aplicaram exatamente o art. 59. Os precedentes do Supremo pelos Relatores Ministro Eros Grau, Ministro Celso de Mello, em duas ADINs, Ministro Moreira Alves. STJ: Ministro Francisco Falcão, corroborando o argumento da então Ministra do TRF, Eliana Calmon, de que é *ad terrorem*, é ato de terrorista, é argumento terrorista falar que, se não se licitou, não paga, ou paga a menos. Estranhamente, a Ministra Calmon continua se omitindo em adotar o mesmo fundamento do caso Varig. Mas, já há embargos de divergência no STJ. Esperaremos que, nos embargos de divergência, alguém diga por que avião paga, e ônibus não paga. Não sabemos. Não sabemos. Deve ser preconceito, Excelências. Certamente é preconceito.

Citamos já decisão deste TJ, do Des. Célio César Paduani, mudando orientação. Ainda um REsp do STJ, Ministro Luiz Fux, mandando pagar empresário de ônibus contratado sem licitação. E, sem licitação, o ato será sempre precário, denominado permissão ou não. Agora, o art. 175 da atual Constituição distingue permissão e concessão de serviços públicos, ou seja, são a mesmíssima coisa. Não confundam com permissão de passagem, passe enquanto tem a catástrofe, passe pela fazenda de alguém porque a ponte caiu, nada disso. Essa é outra permissão. Uma permissão que se estende, por força de textos legais federais, não questionados, não julgados incidentalmente inconstitucionais, muito menos por esta Câmara. E que o julguem hoje. Essa permissão tem que ser paga conforme pactuada. Ou os senhores trocam: contrato é aquilo que tem nome de contrato. É muito cômodo. Eu passo a chamar agora cavalo de vaca, e o cavalo, me desculpem, terá que dar leite. Então o nome não muda a natureza negocial. Permissão ou concessão, natureza negocial de direito administrativo. São contratos. Leiam, por favor, a Lei nº 8.666, ou a Lei de Concessões.

Lembremos o famoso art. 59, que diz: "os contratos, licitados ou não, têm que continuar, têm que ser pagos", mencionado pelos três Desembargadores, em várias decisões, cujos números não vou citar, mas estão no memorial. Começando pelo Des. Dorival: "se a autora realizou serviço, deve receber, sob pena de enriquecimento ilícito", Desembargador. "Ainda que haja falha no

procedimento licitatório, por serem atos de responsabilidade exclusiva", Desembargador, "da administração". Cita vários precedentes, desta Câmara inclusive, cita Hely Lopes Meirelles, que é o primeiro autor a falar sobre isso, e cita o famoso art. 59 da lei atual, que é o 49 da anterior. Tem que pagar, mesmo se o contrato for nulo. E tem que pagar até que ele seja extinto pelo Poder Público. É o único que pode. Igualzinho à extinção dessa função pública. E já sabem que a função pública não é só ato precário, por favor. O Supremo já decidiu que essa criação de função pública nesse Estado foi inconstitucional. Deixaremos de pagar os serviços? O Estado de Minas Gerais vai agradecer a todos. Ficará felicíssimo. São milhões e milhões, e pode pedir a repetição do que já pagou. Em todo caso, todos foram pagos, pelo menos nessa inconstitucional função pública, já declarada pelo Supremo em duas ADINs sobre a criação da função pública no Estado; eficácia *erga omnes*, lembrem.

Mesma coisa, Des.<sup>a</sup> Maria Elza, a senhora também cita o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Vejamos o que a senhora falou, Desembargadora. "A inexistência do procedimento de licitação, ou sua ilicitude, não exime", Desembargadora, "o ente público de honrar suas dívidas". A palavra é essa: "honrar suas dívidas, sob pena de enriquecimento sem causa". E disse a Desembargadora, com toda razão: "proveito da própria torpeza". E o que é isso, em termos constitucionais? Violação do princípio da moralidade, e que não pode ser aplicado a conta-gotas, neste ou naquele caso. Ou é verdadeiro o que afirmaram, ou é falso.

Des. Mauro, a mesma coisa, citando o mesmo entendimento de Hely Lopes Meirelles. Foi mandado em memorial. Não tenho nem os números aqui. Posso remandar os memoriais com as decisões.

Caso Varig, diz o Ministro Francisco Falcão, corroborando a decisão da Ministra Eliana Calmon no TRF: argumento *ad terrorem* fazer tábula rasa de uma avença - não usa nem contrato, esses nomes são variados, o que interessa o nome? - que se firmou e foi cumprida, com amparo na Constituição anterior, inclusive, que não era tão rigorosa quanto a licitações. Entendo que era, sim. Mas diz até que a Constituição anterior não exigia. Então não exigia também para ônibus. Os contratos são desde a Constituição anterior. E os dispositivos infraconstitucionais? É o famoso art. 59, hoje, da Lei nº 8.666, ou 49 do Decreto-Lei nº 2.300. A empresa prestou um serviço padrão, no padrão exigido pelo Estado, e este não foi capaz de manter o que garantiu, ou seja, o preço de tarifa suficiente para dar continuidade ao empreendimento e manter o equilíbrio econômico-financeiro. Por que se aplica no caso Varig, Excelências? É claro que é muito mais confortável viajar de avião. Quem não gosta?

Art. 178 da Constituição. Leiam, por favor, porque não têm lido. Cuida, sem distinção alguma, da ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre. O

equilíbrio econômico-financeiro, então, não se distingue pelo ar, pelo mar, ou pela terra. São os elementos da Idade Média, da Antigüidade. Faltou o fogo, que está sendo queimado nas decisões que desrespeitam a Constituição e o princípio da moralidade, embora o apliquem em outros casos. É muito curioso, e não é só neste Tribunal, infelizmente. No STJ também. Ministro Fux, citamos em memorial, REsp 802378: "serviço de transporte coletivo sem licitação - não há razão para negar a contraprestação ou locupletar-se o poder público", confirmando decisão paulista.

Corte Especial deste Tribunal: a mesma coisa. E vota o Des. Bernardino Godinho, excelente desembargador: pacto ajustado é direito fundamental do concessionário, ou entrega o particular a pasto. "A pasto". E completa: "É o Estado Leviatã". E é o que tem acontecido.

Locupletamento ilícito pelo STJ, uma decisão do Ministro Franciulli, que diz: "ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa", como na hipótese em exame, tem que pagar os serviços ajustados, é claro, se prestados. E ninguém aqui questiona se foram prestados.

A mesma coisa, locupletamento, com o Ministro Fux: o ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa. Ministra Calmon, etc., etc.

Chega ao ônibus, tem algum problema. Também não gosto de ônibus. Andar de ônibus, no Brasil, realmente é uma catástrofe. Agora, quem faz a catástrofe? É o Poder Público, que não remunera adequadamente, explica o Ministro Eros Grau. E, se não remunera adequadamente, a prestação cai. É impossível manter-se o investimento. Então, a qualidade vai caindo. Portanto, essas decisões que querem beneficiar o Estado estão simplesmente ignorando suas próprias decisões e suas próprias razões.

A mesma coisa com o Ministro Noronha e o Ministro Medina. E, quando vem ônibus, ninguém quer andar de ônibus. Todos temos chofer e carros.

Na permissão ou na concessão, a garantia da justa remuneração. Citamos uma decisão do Des. Paduani, citando o Des. Diniz. Imoralidade no locupletamento do Poder Público, e diz sobre o caso Varig: "não se pode admitir que, para o transportador aéreo, a lei, ou a interpretação da mesma lei, seja diferente". Quem tem que verificar se deve ou não licitar é a Administração Pública. Permitir a prestação do serviço, e não pagá-lo nos termos combinados é, Des.<sup>a</sup> Maria Elza, a mesma expressão: abusar, ou beneficiar-se da própria torpeza, Desembargadora. Isso se aplica em qualquer caso, indistintamente de já terem julgado aqui diferente. Des. Relator, em outros processos, Dorival Guimarães, citando decisões de Relatores Antônio Hélio, Aluizio Quintão e Lopes de Albuquerque. Equivoca-se o Judiciário, sim; agora, persistir no equívoco, isso não é virtude daquele que quer dizer que o Direito é uma ciência, e nem daqueles que, como eu, dizem que é técnica.

Em dado momento histórico, o que interessa é a coerência. Se nós estamos diante de uma Constituição, ela será cumprida às inteiras, e não em tripas, como fala a doutrina italiana: não a cumpram às metades, tira um pedacinho daqui e outro dali. Permissão e concessão, art. 175, são a mesmíssima coisa, dizem os autores citados, por exemplo: Carvalho Filho, Celso Bastos, e cita o art. 40 da Lei de Concessões, Lei nº 8.987/95, que manda aplicar em permissões o que se aplica em concessões, adotando então o que a doutrina já falava: não confundam permissão e concessão de serviços públicos, que não tem como prestar um serviço sem uma continuidade, sem uma certa estabilidade, que é o requisito da prestação do serviço público. Os senhores vão dar permissão para atuar um dia, e no dia seguinte dizem ao empresário: tchau, tchau, não tem mais contrato. Não virá empresário algum, o Estado que se encarregue, e teremos as empresas falidas estatais, a paulista, a mineira. Cadê o bonde da Afonso Pena? Gostaríamos que voltasse também, em toda essa incoerência; o bonde é simpático, pelo menos. Ministro Eros Grau, a mesma coisa: tem que preservar o equilíbrio, porque o descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter o serviço adequado desfavorece os usuários, impede essa prestação. A mesma coisa estão dizendo Celso Antônio, Caio Tácito, Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles, e, repito agora, no caso Varig a Ministra Calmon, e o resto do STJ, que permissão e concessão são a mesma coisa. Ela apenas diz: mas sem licitação, não paga. Infelizmente, está faltando, e muito, coerência, à ilustre e, sem dúvida alguma, e está longe daqui, competente Ministra Calmon, uma das melhores julgadoras do STJ.

Agora, parece que, quando o julgador erra um caminho, entesta, e acha que mudar a posição seria não sei o quê. Acho que é o contrário: quem segue o mesmo caminho, colocando aquele trem aqui que eu não sei bem como se chama, permanece no erro. Esse é o equívoco. Peço a todos apenas uma coisa: coerência. A julgar necessária a licitação, julguem, a permitir o recurso extraordinário, incidentalmente inconstitucional o art. 59 da Lei 8.666, que Vossas Excelências já usaram em mais de dez ou quinze julgados.

Muito obrigado.

DR.<sup>a</sup> KARINA BRANDÃO REZENDE OLIVEIRA - Eminentíssimos Julgadores. Gostaria de cumprimentá-los e de cumprimentar também o Prof. José Rubens Costa. Obviamente, eu não conseguiria alcançar a maestria da sustentação oral por ele proferida, mas estou aqui, digo, mais por um dever de ofício do que por uma preocupação em convencê-los de julgar favoravelmente ao DER, ora apelado, certo?

Isso porque, vou ser breve, na minha opinião existem dois motivos determinantes neste caso para que seja mantida a sentença de primeiro grau.

O primeiro deles é a questão da relação de permissão de serviço público no caso. A permissionária, Expresso Luziense, ora apelante, sabia as regras a que estava sujeita, anuiu a essas regras, fez parte do jogo, e, assim, sucessivamente, teve um período de prestação desse serviço de transporte público.

E, dentre as regras desse serviço, vigorava então a Câmara de Compensação Tarifária, e esta Câmara nada mais foi do que uma tentativa, justamente, de viabilizar esse serviço público da melhor maneira possível pensada à época. Isso por quê? Nós sabemos que nem todas as linhas de transporte intermunicipal podem auferir os mesmos lucros. Há linhas que são mais extensas, há linhas que são menos utilizadas, e vez por outra há linhas de transporte que são muito utilizadas e pouco extensas. Então, para evitar *superavit* e *deficit* entre as empresas permissionárias do serviço de transportes, é que foi criada a Câmara de Compensação, e essas empresas, ao se dizerem permissionárias desse serviço público, anuíram a essas regras, regras essas postas unilateralmente pela Administração de modo legal, moral, lícito.

Bem, ainda nesse contexto da Câmara de Compensação Tarifária, existe um segundo impedimento para que seja reformada a sentença de primeiro grau, e esse impedimento é justamente que o DER - Departamento de Estradas de Rodagem - era um simples gestor dessa Câmara. Ele simplesmente monitorava. Não havia aporte de recursos do DER para a Câmara de Compensação Tarifária. Eram simplesmente emitidas notas de crédito para as empresas deficitárias, e notas de débito para as empresas superavitárias, e era com essas notas de débito que as empresas superavitárias aportavam recursos à Câmara, e a Câmara, então, os redistribuía, para que se fizesse uma forma de pagamento mais justa do serviço.

Me admira muito, porque foi bem colocado pelo nobre advogado da parte contrária, que justamente o Estado não pode se locupletar de modo ilícito. Correto. Mas este não é o caso em tela. Não é, porque, em primeiro lugar, enfim, destaca-se, o DER nunca deveu nenhum pagamento para a empresa Expresso Luziense, nunca. Não está se discutindo ausência de licitação, não está se discutindo a questão de o DER dever ou não. Este pagamento nunca foi devido pela autarquia. Este pagamento era, sim, devido pelas demais empresas componentes da Câmara.

Bem, é com essas razões que agradeço a atenção de todos e peço pelo improvemento do recurso de apelação.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Peço vista dos autos.

*Súmula* - ADIADO PELO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÕES ORAIS.

## Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.04.2008, a pedido do Relator, após sustentação oral. Com a palavra o Des. Dorival Guimarães Pereira.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Senhor Presidente. Acuso, inicialmente, o recebimento de alentado memorial do Dr. José Rubens Costa e esclareço que o li com a devida atenção, e a questão posta nos autos já foi objeto de duas ou três decisões minhas a respeito.

Trata-se de apelação à sentença de f. 1.075/1.086-TJ, declarada às f. 1.091/1.092-TJ, proferida nos autos de ação ordinária de cobrança c/c pedido sucessivo de indenização, movida por Expresso Luziense Ltda. em desfavor do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, com o objetivo de condenar o réu ao pagamento dos valores constantes das notas de crédito emitidas em favor da autora, relativas ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, além da remuneração correspondente às diferenças entre o custo total do sistema de transporte e a arrecadação tarifária, ou, sucessivamente, que seja paga indenização pela prestação de serviço, a ser apurada a partir do custo efetivo do serviço, abatidos os valores eventualmente já recebidos, evitando-se, assim, o loqueamento ilícito do réu.

O referido *decisum* julgou improcedente o pedido exordial, sob o fundamento de que "inexiste o direito à reparação civil postulada, visto que não há qualquer evidência de abusividade e ilegalidade nas regras e atos impostos pela Administração" (*litteris*) e que

o critério de retribuição tarifária, ao estabelecer valores diferenciados para as empresas, tendo em vista as peculiaridades do trajeto e da região onde é prestado o serviço, mostra-se atento à situação particular de cada uma das permissionárias, bem como aos superiores interesses públicos (idem, f. 1.083-TJ),

o que ensejou a irrisignação da requerente, objetivando sua reforma.

Para tanto, afirma que a prova pericial atestou o desequilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço público, reconhecendo uma diferença na ordem de R\$ 13.346.479,01 (treze milhões e trezentos e quarenta e seis mil e quatrocentos e setenta e nove reais e um centavos), em virtude do custo do serviço ser superior à receita auferida, defendendo, ainda, a assimilação das permissões às concessões e o direito constitucional ao equilíbrio financeiro na prestação do serviço, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de f. 1.095/1.109-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

A controvérsia constante do presente feito gira em torno de eventual pagamento a menor, por parte do

requerido, a título de serviços públicos de transporte prestados pela autora, consubstanciado em notas de crédito emitidas por aquele, as quais denotam, a seu ver, a ocorrência de desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Ab *initio*, para o correto deslinde da questão, impende trazer à tona a noção de serviço público, nos termos da doutrina preconizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, nos termos adiante aduzidos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (in *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 477).

Este regime jurídico específico de Direito Público caracteriza-se pela presença do Poder Público, que é o titular do serviço e tem o dever constitucional de prestá-lo.

A entidade pública não pode desvencilhar-se deste dever, que envolve um interesse público indisponível, assim eleito pelo constituinte como serviço essencial para a sobrevivência ou bem-estar da comunidade, havendo, então, uma obrigação na prestação desses serviços, conforme se extrai do art. 175 da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A dicção do dispositivo demonstra o dever que cabe à Administração pela utilização do vocábulo *incumbe*, com o que a opção que cabe ao Poder Público refere-se, tão-somente, à forma de prestação, que pode ser direta ou por delegação, constituindo esta última na transferência da execução do serviço a particulares que atuam como colaboradores da Administração e se faz, sempre e obrigatoriamente, precedida de licitação, por concessão ou permissão.

Nessa esteira, quando se trata de serviço público, somente há duas possibilidades: ou é prestado diretamente pela entidade de Direito Público competente ou é prestado por particulares em regime de delegação, ou seja, por concessão ou permissão, precedida de licitação.

Aliás, sustentou o eminente Des. Lúcio Urbano, quando ainda compunha este colendo Sodalício, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.00.208061-2/000, de sua relatoria, ocorrido em 12.06.2001, à unanimidade, que:

Precisa leitura do art. 175 da CF mostra que se não liberalizou a atividade de transporte coletivo sem prévia concessão ou permissão. Ao reverso, dispõe a norma constitucional que

a atividade incumbe ao Poder Público, que, no entanto, poderá delegá-la sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Bastaria a invocação do art. 175 da CF para denegar-se a ordem.

Essas considerações levam à conclusão de que, se uma atividade configura serviço público, está ela retirada do âmbito da livre iniciativa dos particulares, não se regulando pelos arts. 170 a 174 do texto constitucional, mas sim pelo art. 175, o que quer dizer que os particulares não podem prestá-la sem que haja concessão ou permissão da entidade pública a que o serviço constitucionalmente compete, com prévia licitação.

Na espécie, a questão posta em juízo diz respeito ao fato de que a autora pretende impor à Administração Pública o dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da prestação de serviços de transporte público, equilíbrio este que teria sido desrespeitado, na sistemática da Câmara de Compensação Tarifária, ensejando, inclusive a emissão de notas de crédito a seu favor.

A referida Câmara de Compensação Tarifária - CCT foi criada em 1982 com o objetivo de gerenciar financeiramente o Sistema de Transporte Público por Ônibus e racionalizar o seu uso, na medida em que são utilizadas tarifas unificadas por área ou tipo de serviço.

Em virtude da existência de linhas de ônibus muito utilizadas e lucrativas, bem como aquelas deficitárias, cuja quantia arrecadada com as tarifas não ultrapassa o custo dos serviços prestados, adotou-se a sistemática de que a CCT recolhe toda a receita obtida na exploração dos serviços de transporte e a reúne num caixa único, para distribuição a todas as operadoras.

Sendo assim, a Câmara de Compensação Tarifária recebe o excedente de dinheiro que as linhas lucrativas arrecadam e utiliza este montante para cobrir o *déficit* operacional das linhas que operam em condições adversas, emitindo notas de débito às empresas superavitárias e notas de crédito às deficitárias.

No caso em tela, não restou demonstrado o descumprimento de qualquer cláusula pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais ou procedimento arbitrário da Administração, sem observância do interesse público, não se podendo afirmar que deveria ter se procedido a aumento do valor da tarifa, já que tal opção depende de diversos fatores políticos e sociais, sendo defeso às concessionárias/permissionárias objetivar indenização apenas em virtude do descontentamento com a política tarifária instituída.

Portanto, o reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras, pois, conforme alhures mencionado, é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente, o de não inviabilizar a utilização do transporte pela população.

Ademais, volvendo-se às abalizadas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o quadro jurídico que

envolve os institutos da concessão e da permissão é sobremaneira confuso, na medida em que, embora detenham eles denominações distintas, o uso da permissão vem sendo desvirtuado, segundo o qual:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (op. cit., p. 500).

Por outro lado, a permissão é tida tradicionalmente como

o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários (idem, p. 543/544).

Ocorre que a Administração Pública, de maneira generalizada, passou a utilizar-se da permissão em hipóteses e casos que demandariam a adoção da concessão de serviços públicos, em virtude, sobretudo, da considerável monta dos valores econômicos postos em jogo, além da permanência e estabilidade do vínculo com o prestador.

Assim, muitos doutrinadores passaram a considerar que nenhuma diferenciação, portanto, deveria existir entre ambos os institutos, confundindo-se um com outro, de tal sorte que ao permissionário seriam conferidas as mesmas garantias do concessionário, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença, o que naturalmente inexistente na permissão.

No entanto, a exploração da atividade prestada pela irrisignante se rege por um conjunto de regras que giram em torno da utilidade pública, e um dos objetivos do Estado é que esta empresa proporcione ao público um serviço satisfativo e que possa obter, por meio dele, a maior soma de capital possível.

A meu entender, na permissão as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não à satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

Uma vez, pois, que a recorrente exerce serviço estatal por sua conta e perigo, é natural que, como qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a uma parcela de risco, que deverá ser por ela coberto.

A propósito, este eg. Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema ora discutido, valendo transcrever precedentes jurisprudenciais adiante colacionados, inclusive, com trechos dos votos prolatados, segundo os quais:

Permissão de serviço público. Ato unilateral e discricionário da Administração. Não-aplicabilidade do princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Em se tratando de permissão de serviço público, não se há de aplicar o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto não se tratar de um contrato propriamente dito, mas de ato unilateral e discricionário da Administração.

[...]

Conforme já decidiu este Tribunal, ao apreciar matéria análoga à destes autos, não se aplica ao presente caso o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, invocado na inicial, já que não se está examinando um contrato propriamente dito, mas um ato unilateral e discricionário da Administração. Com efeito, não tendo a permissão características de contrato bilateral, diferentemente do que ocorre com a concessão, é certo que nela não se instala uma relação de equivalência patrimonial, sendo o serviço permitido executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, dentro das condições impostas pela Administração, bem como com os requisitos preestabelecidos também pela permitente, que controla o serviço e fixa as tarifas, sujeitando-se o mesmo às normas do direito público e não se identificando com a finalidade do instituto em questão o atendimento de interesse do permissionário.

Assim, tratando a espécie dos autos de permissão em cujo termo constaram as condições impostas e em que preponderava o interesse público de prestação de transporte aos usuários, o reajuste de tarifas só poderia ser feito neste sentido, nos estritos limites dos índices inflacionários, e nunca no interesse das permissionárias recorrentes (1º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.137651-6/000, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, j. em 06.04.1999).

Permissão de serviço público. Ato unilateral, discricionário e precário. Inexistência da manutenção da equação econômico-financeira. - Sendo a permissão de serviço ato unilateral e discricionário da Administração, não se aplica o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (1º CC, Embargos Infringentes nº 1.0000.00.155856-8/000, Rel. Des. Garcia Leão, j. em 15.05.2001, DJ de 25.05.2001).

Transporte coletivo. Permissão de serviço público. Indenização por alegada ocorrência de prejuízo com as tarifas fixadas. Pretendida manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Licitação. Inexistência. Ilegalidade. Interesse público. Sua prevalência. Conseqüente inviabilidade da buscada indenização. - São inaplicáveis à permissão de serviço público os princípios do equilíbrio econômico-financeiro e da equivalência. E são inaplicáveis, por se tratar de mero ato unilateral e discricionário da Administração, e não propriamente de contrato. Ademais, se a permissão se deu sem prévia e indispensável licitação, não tem supedâneo legal a pretensão indenizatória fundada em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tida em conta a inegável prevalência do interesse público sobre o particular, razão pela qual se impõe ao permissionário, favorecido pela evidente ilegalidade, suportar os ônus dela resultantes. Por outro lado, aos reflexos do risco empresarial sujeitam-se as permissionárias (4º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.228691-2/000, Rel. Des. Hyarco Immesi, j. em 03.04.2003, DJ de 29.08.2003).

O instituto da permissão, apesar de sua similitude com a concessão, até por forma contratual, tem características próprias que o fazem precário e marcado pela discricionariedade administrativa, sempre com a supremacia do interesse público em relação à conveniência da empresa permissionária (7º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.267826-6/000, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. em 09.12.2002, DJ de 27.02.2003).

Sob todos os ângulos que se examine a *vexata quaestio*, não há fundamento jurídico para amparar as pretensões da autora, pois é inegável a supremacia do interesse público sobre a pretensão ou conveniência das empresas permissionárias.

Ressalto, ainda, que esta mesma eg. 5ª Câmara Cível também já decidiu sobre o assunto em tela, como se vê dos arestos adiante colacionados:

Permissão do serviço público de transporte coletivo. Indenização pretendida. Alegação de prejuízo por tarifas deficitárias. Invocação do princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro. Limites da causa. Características do instituto administrativo. Supremacia do interesse público. Confirmação da improcedência sentenciada. - O instituto da permissão, apesar de sua similitude com a concessão, até por forma contratual, tem características próprias que o fazem precário e marcado pela discricionariedade administrativa, sempre com a supremacia do interesse público em relação à conveniência da empresa permissionária (Apelação Cível nº 1.0000.00.154051-7/000, Rel. Des. Aluízio Quintão, j. em 15.06.2000).

Permissão do serviço de transporte público de passageiros. Pretensão a indenização, ao argumento de ofensa ao equilíbrio financeiro do contrato. Tarifas deficitárias. Características do instituto de direito administrativo. Ato unilateral, discricionário e precário. Ausência, ademais dos requisitos para a configuração de avença contratual administrativa. Pedido julgado improcedente. Honorários advocatícios. Repetição de causas. Atendimento aos parâmetros do § 4º do art. 20 do CPC. Apelações improvidas (Apelação Cível nº 1.0000.00.287681-1/000, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 18.12.2002).

Por derradeiro, também já tive a oportunidade de me manifestar sobre a matéria, notadamente quando do julgamento das Apelações Cíveis nº 1.0000.00.333479-4/000 e nº 1.0024.01.005468-2/001, realizados, respectivamente, em 05.02.2004 e 13.11.2003, que resultaram na lavratura da ementa lançada no frontispício deste voto, na parte em que interessa.

Apenas para que não se venha alegar omissão, menciono a desnecessidade da apreciação do agravo retido interposto pelo apelado, conforme por ele salientado em suas contra-razões recursais, diante da confirmação da improcedência dos pleitos vestibulares.

Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação interposta, confirmando, integralmente, a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES.ª MARIA ELZA - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS RELATOR E REVISORA NEGAREM PROVIMENTO.

#### Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.04.08, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na sessão do dia 29.05.08, a pedido do Vogal, após votarem Relator e Revisora negando provimento.

Com a palavra o Des. Mauro Soares de Freitas.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Senhor Presidente. Cuida-se de "voto-vista" motivado pela constatação de que, em memorial escrito entregue em meu gabinete, a apelante consignou precedente em que fui Relator e que supostamente estaria em dissonância do entendimento sufragado pelo judicioso voto condutor.

Com efeito, após detida análise, constatei que o acórdão a que se referiu a apelante, e que supostamente lhe seria favorável, teve gênese em caso completamente distinto ao versado nestes autos, em que a sociedade empresária pretende indenização por supostos prejuízos na prestação de serviço de transporte coletivo intermunicipal de passageiros, ao argumento de que o preço das tarifas restou fixado pelo Poder Público em valor inferior ao próprio custo do serviço prestado, e que a prova técnica comprovou o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, reconhecendo-lhe uma diferença da ordem de R\$13.346.479,01 (treze milhões, trezentos e quarenta e seis mil quatrocentos e setenta e nove reais e um centavo), pelo que requereu a assimilação das permissões às concessões, com a condenação do réu ao pagamento das supostas diferenças.

Atentando-se para o necessário discripe entre os institutos da permissão e da concessão, didaticamente consignado no corpo do substancioso voto da lavra do eminente Desembargador Dorival Guimarães Pereira, acrescento, apenas, que o colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.

Nesse sentido:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Violação do art. 535, II, do CPC. Inexistência. Transporte público coletivo. Permissionária de serviço público. Reajuste de tarifas.

Equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Falta de licitação. Supremacia do interesse público. Precedentes. - 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas foram examinadas no acórdão embargado. - 2. O STJ já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público. - 3. Recurso especial não provido.

Dessarte, com a certeza de que o precedente a que se referiu a apelante em memorial não se adequa ao caso concreto e, forte no entendimento consolidado no âmbito do STJ, adiro às razões consignadas no judicioso voto condutor, inclusive no que tange às custas recursais.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Contrato administrativo - Arrendamento rural - Programa de distritos florestais - Terras devolutas - Concessão de uso de bem público - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência**

Ementa: Direito administrativo. Direito da terra. Direito processual civil. Apelação. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova inócua. Hipótese de julgamento antecipado da lide. Contrato de arrendamento de terras devolutas. Programa de distritos florestais. Concessão de uso de bem público. Contrato administrativo. Regras de direito público. Término do prazo. Rescisão e despejo. Possibilidade. Indenização por benfeitorias. Não-cabimento.

- A "cessão de uso" de bens públicos pelo Estado, envolvendo terras devolutas integrantes dos chamados "distritos florestais", realizada através de arrendamento, se sujeita ao regime jurídico de Direito Público, prevalecendo o interesse público sobre o privado.

- Constatando-se que o contrato administrativo atingiu seu termo final, que não há interesse da Administração Pública em renová-lo e que inexistente direito de retenção por benfeitorias, a declaração de rescisão contratual e o despejo são medidas que se impõem.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.449757-6/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Planta 7 Empreendimentos Econômicos Ltda. - Apelado: Iter Instituto de Terras do 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 NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO, NÃO CONHECER DE UMA PRELIMINAR, REJEITAR OUTRA E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2008. - *Moreira Diniz* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença da MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente a ação de rescisão de contrato, cumulada com despejo e cobrança, ajuizada pelo Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais contra Planta 7 Empreendimentos Econômicos Ltda., declarando rescindidos os contratos de arrendamento de números 073/80, 076/80, 077/80, 067/80-E, 068/80-E, 074, 075/80, 069/80-E, 070/80-E, 072/80-E e 071/80-E e determinando o despejo da ré das áreas neles delimitadas, além de condená-la ao pagamento das prestações pendentes.

A apelante alega, preliminarmente, ocorrência de cerceamento do direito de defesa, porque a Magistrada, que havia deferido a produção das provas requeridas na contestação, julgou antecipadamente o feito, sem antes intimar as partes e sem se manifestar sobre as provas. Ainda em preliminar, sustenta a inépcia da inicial, por esta não apresentar a planilha atualizada do débito, e afirma ocorrência de nulidade dos contratos de arrendamento das terras devolutas, porque estes não atendem aos princípios do Decreto 59.566/66 e do Estatuto da Terra. Diz que tais diplomas legais autorizam somente o proprietário que detenha a posse ou a livre administração do imóvel a firmar contrato de arrendamento e que, no caso, o Estado de Minas Gerais nunca teve gerência das terras; que ficou caracterizada sua posse antiga, mansa e pacífica das terras em questão; que as terras são de sua propriedade; e que não foram observados os arts. 2º, parágrafo único, e 12, incisos VII, IX e XI, do Decreto 59.566/66, pois não há, nos contratos, a especificação dos imóveis rurais objeto do arrendamento, a previsão das cláusulas dos arts. 93 a 96 do Estatuto da Terra e o número mínimo de testemunhas. Alega, ainda, que há nulidade do item 1.4 do regulamento dos distritos florestais, que veda a indenização por benfeito-

rias, porque tal dispositivo está em desacordo com o Decreto 59.566/66. No mérito, sustenta seu direito de permanecer nas terras até o final do corte dos eucaliptos ali plantados e de receber a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, sobretudo das florestas de eucaliptos que ainda se encontram em solo, devendo ser garantido, também, o direito de retenção do imóvel até o pagamento da referida indenização.

Em apenso, encontram-se os autos de um agravo de instrumento, convertido em retido, nos termos do despacho de f. 119, interposto contra decisão que indeferiu o pedido de reabertura do prazo para apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico.

Ocorre que, no processamento da apelação, não houve pedido de conhecimento do referido agravo.

Com isso, à vista da regra do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, não conheço do agravo retido.

Quanto à preliminar de inépcia da petição inicial, dela não conheço, porque o tema já fora deduzido em 1º grau, ali restando decidido à f. 181, sem apresentação de recurso.

Assim, operou-se a preclusão.

Não conheço de tal preliminar.

No que diz respeito à preliminar de cerceamento de defesa, vale observar que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, pois, sendo o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir a necessidade de sua realização.

Dessa forma, não assumindo a prova requerida relevância suficiente para influir no julgamento da demanda, não se avista cerceamento de defesa no ato do magistrado que encerra a instrução independentemente da respectiva produção.

No caso, a prova pretendida se destinava a resolver questão pertinente à indenização pelas benfeitorias realizadas nas terras objeto do contrato, o que nos leva a concluir que se trata de uma prova inócua.

Isso porque o pedido de retenção e indenização por benfeitorias, além de ter sido impropriamente formulado, não é cabível no caso de "cessão de uso de terra devoluta", por força do disposto no título I, item 1.4, do Regulamento de Transferência do Uso da Terra Devoluta de Propriedade do Estado de Minas Gerais (f. 25), aplicável à espécie, como será demonstrado.

Assim, rejeito a preliminar.

As preliminares de nulidade dos contratos confundem-se com o mérito e como tal serão apreciadas.

Conforme narrado na petição inicial, o Estado de Minas Gerais, na década de 70, implantou o "Programa de Distritos Florestais", em parceria com empresas do ramo florestal, objetivando o desenvolvimento agrário através da "cessão de uso" de terras consideradas devolutas, no norte, noroeste e Vale do Jequitinhonha, bem como de incentivos fiscais.



A chamada "cessão de uso" das terras devolutas integrantes dos "distritos florestais" teve seu regramento traçado em regulamentos próprios, conforme se vê às f. 19/39.

Diante desse quadro, a Planta 7 Empreendimentos Econômicos Ltda., no ano de 1980, aderiu ao programa e firmou, com a Ruralminas, diversos contratos de arrendamento de terras devolutas, com prazo de 23 anos, os quais foram enumerados na peça inicial (f. 05/07) e não foram questionados diretamente pela apelante.

No mais, embora os referidos contratos não tenham sido juntados em sua integralidade, pode-se verificar que constituem típicos contratos administrativos, caracterizando o instituto da concessão de uso propriamente dita, através de arrendamento rural, sujeitando-se, assim, ao regime jurídico de Direito Público, especialmente à supremacia do interesse público.

Os contratos administrativos são marcados pela presença da Administração em um dos pólos da relação e pela busca de satisfação do interesse público de forma imediata, sendo que tais características são nitidamente notadas no presente caso.

Não se aplicam à espécie as alegadas normas do Estatuto da Terra e do Decreto 59.566/66, que o regulamenta, porque tratam de relações de caráter privado, firmadas entre particulares, em que impera o regime jurídico de Direito Privado.

Aliás, em caso semelhante, esta egrégia 4ª Câmara Cível já decidiu:

Administrativo. Ocupação de terras devolutas. Programa de distritos florestais. Concessão de uso de bem público mediante arrendamento. Contrato administrativo submetido às regras de direito público. Implemento do termo. Notificação prévia para a retomada do bem. Desnecessidade. Inaplicabilidade, ao caso, do Estatuto da Terra. Prevalência do interesse público sobre o particular. (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.445632-5/001, Relator Desembargador Audebert Delage, DJ de 19.01.2006).

Assim, todas as alegações de existência de vícios nos contratos, por não atenderem aos princípios do Decreto 59.566/66 e do Estatuto da Terra, ficam afastadas.

Em relação à afirmação de que as terras objeto do contrato lhe pertenciam, chega a ser curiosa, porque, mesmo entendendo ser proprietária, a Planta 7 Empreendimentos Econômicos Ltda. aderiu a um contrato oneroso, de "cessão de uso" de um bem público, com duração de 23 anos, tendo quitado quase a totalidade das parcelas do arrendamento.

No mais, vale registrar que não há prova da alegada propriedade e que, em se tratando de terras devolutas, não é cabível aquisição por usucapião.

Quanto à rescisão dos contratos, observo que às f. 54/67 foi juntada cópia do procedimento de notificação judicial promovido pelo apelado, a fim de informar a

apelante do desinteresse do Estado pela renovação dos pactos (073/80, 076/80, 077/80, 067/80-E, 068/80-E, 074, 075/80, 069/80-E, 070/80-E, 072/80-E e 071/80-E), que já haviam atingido os termos finais. Assim, inexistindo vontade da Administração Pública de prorrogar o contrato que possibilitou a utilização do bem público pela apelante, não resta alternativa senão a desocupação das terras.

Vale destacar, também, o disposto no título I, item 1.4, do Regulamento de Transferência do Uso da Terra Devoluta de Propriedade do Estado de Minas Gerais (f. 25), que, após sua publicação, passou a integrar os termos do contrato:

Findo o arrendamento, a arrendatária, que se responsabiliza pela guarda dos terrenos durante o prazo contratual, devolverá ao Estado, através da Ruralminas, livres e desembaraçados, os terrenos arrendados, não tendo direito à indenização por benfeitorias ou construções que, porventura, existirem nos terrenos, as quais poderão ser pela empresa retiradas. Não sendo exercida essa opção, dentro de seis meses, elas incorporarão automaticamente ao patrimônio do Estado.

À vista da regra acima, que regulamenta os contratos contidos no "Programa de Distritos Florestais", não há como falar em direito de retenção ou indenização por benfeitorias ou construções edificadas no imóvel.

Também não se pode alegar enriquecimento ilícito por parte do apelado, porque a apelante certamente logrou bons frutos com a exploração do bem público durante prazo tão longo e já tinha ciência da inexistência de possibilidade de indenização pelas benfeitorias.

Com tais apontamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

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

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO NÃO CONHECERAM DE UMA PRELIMINAR, REJEITARAM OUTRA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

### Conflito negativo de competência - Prevenção - Desistência do pedido - Conexão de causas

Ementa: Conflito negativo de competência. Prevenção. Desistência. Conexão de causas. Pedido.

- Autoriza-se a distribuição por dependência, decorrente da prevenção, sempre que houver desistência do pedido e repetição do mesmo em nova ação, como forma de

preservar o juiz natural e evitar a burla na distribuição dirigida de processos.

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.07.463185-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Juiz de Direito da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Suscitado: Juiz de Direito da 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. OTÁVIO PORTES**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2008. - Otávio Portes - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos termos do art. 122 do CPC, em que figuram, como suscitante, o Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte e, como suscitado, o Juízo da 22ª Vara Cível também da Comarca de Belo Horizonte.

Pelo que se infere dos documentos constantes destes autos, a Ação de Execução nº 0024.06.273.601-2 e os respectivos Embargos do Devedor nº 0024.07.481.366-1 foram distribuídos ao ora suscitado; no primeiro caso, por livre sorteio, em 24.11.2006, e, no segundo, por dependência, em 26.03.2007.

Todavia, pelo despacho de f. 15, o Juízo suscitado, após verificar que existia prevenção em razão do trâmite de ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais perante a 23ª Vara Cível, cuja distribuição se deu em 29.08.2006, determinou o encaminhamento daquelas ações (execução e embargos do devedor) ao Juízo suscitante.

Contra a mencionada remessa, a 23ª Vara Cível suscitou o conflito negativo de competência, argüindo que 'a ação ordinária que tramita nesta Vara foi distribuída em 28.08.2006, com despacho inicial em 05.09.2006, determinando a emenda da inicial que nem sequer recebeu despacho determinando a citação, pois, antes disso, houve a respectiva sentença em 09.04.2007, que homologou a desistência', e, portanto, 'quando da remessa dos autos para este Juízo em 11.06.2007, a ação ordinária de revisão já estava sentenciada e extinta, com decisão transitada em julgado, devendo, pois, ser aplicada a Súmula 235 do STJ'.

Sendo esse o breve relato, decido.

Feita essa consideração inicial, após examinar o caso dos autos, tenho que a competência para o trâmite das ações é, de fato, do Juízo suscitante.

Dispõe o art. 253 do CPC, com a nova redação dada pela Lei 10.358/01, a distribuição por dependência de ações, nos seguintes casos:

Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

- I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;
- II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

O dispositivo supracitado determina a distribuição por dependência de causas de qualquer natureza em dois casos: primeiramente, se houver conexão ou continência entre elas, caso em que se pressupõe que ambas estejam em trâmite, pendentes de julgamento; em segundo lugar, em caso de reiteração de ação, se a parte já requereu a desistência de ação idêntica em outro juízo.

Com efeito, a Lei 10.358/2001, ao alterar a redação do art. 253, II, do CPC, introduziu mais uma possibilidade de distribuição por dependência, ao criar a figura da prevenção por ações congruentes.

Por essa regra, sempre que houver desistência de ação anterior e repetição do pedido em ação nova, tornar-se-á prevento o juízo que primeiro conheceu da demanda.

Tal reforma teve o intuito de preservar o juiz natural, dificultando, assim, as constantes manobras dos advogados, que, usando de artifícios aparentemente legais, conseguiam promover a distribuição dirigida de seus processos.

Vê-se que o caso em tela se enquadra na situação do artigo mencionado.

Observa-se que a identidade das ações consiste em questão incontroversa nos autos. No mesmo sentido, obviamente, verifica-se a congruência entre as causas de pedir remota, tanto na ação de revisão, como na execução e nos respectivos embargos, já que a causa de pedir remota se consubstancia em relação contratual.

E, tendo a primitiva ação revisional sido extinta, sem julgamento do mérito, em razão da homologação do pedido de desistência feito pelo autor, deveria ocorrer distribuição por dependência da nova ação de embargos do devedor.

Sendo assim, comprovada a reiteração de demanda em que houve desistência, deve-se reconhecer a prevenção do juízo que dela primeiro conheceu, como forma de assegurar a finalidade da alteração do CPC, para evitar eventual burla na distribuição e resguardar o juiz natural.

Dessa feita, pedindo vênias ao entendimento do Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, entendo configurada a hipótese da distribuição por

dependência do art. 253, inciso II, do CPC; e, assim, correta a decisão do ora suscitado, que, reconhecendo a prevenção com relação à ação revisional extinta pela desistência, determinou a remessa dos feitos àquela.

Por essas considerações, conheço do presente conflito para declarar competente o Juízo da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte, devendo no mesmo permanecer os Autos de nºs 0024.06.273.601-2 e 0024.07.481.366-1.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e BATISTA DE ABREU.

*Súmula* - CONHECERAM DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

...

**Produto alimentício - Leite modificado -  
Derivado de leite com adição de soro de leite -  
Comercialização - Restrição - Segregação  
do produto - Lei Estadual nº 14.789/2003 -  
Constitucionalidade - Normas federais  
posteriores similares -  
Art. 24 da Constituição Federal**

Ementa: Administrativo e constitucional. Lei Estadual nº 14.789/2003. Restrições à comercialização de produto derivado de leite com adição de soro de leite (leite modificado). Segregação do produto. Constitucionalidade. Art. 24, CF. Instruções normativas federais posteriores similares à lei estadual.

- É constitucional a Lei Estadual nº 14.789/2003, que estabelece restrições à comercialização do produto derivado de leite com adição de soro de leite - denominado leite modificado - porquanto há lacuna nas normas gerais federais e a intenção do legislador foi a de preservar os interesses do consumidor, especialmente no momento da aquisição do produto em estabelecimentos comerciais.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.698153-3/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Abia - Associação  
Brasileira de Indústrias de Alimentação - Apelado: Estado  
de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral pelo apelado a Dr.ª Cristina Andrade Melo.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

1. A comercialização do produto derivado de leite com adição de soro de leite (leite modificado).

A Lei Estadual nº 14.789/2003 prescreve, na parte útil ao julgamento, que:

Art. 1º. Fica proibida a comercialização de produto derivado de leite com adição de soro de leite sob a denominação de 'leite modificado'.

Art. 2º. O produto derivado de leite com adição de soro de leite cuja embalagem se assemelhe à do leite tipo UHT (longa vida) deverá ser exposto no estabelecimento comercial em local distinto do destinado a este último [...].

Sob a ótica da associação-autora, o Estado de Minas Gerais não dispõe de competência constitucional para disciplinar a forma de comercialização do produto derivado de leite com a adição de soro de leite.

Não lhe assiste razão, *data venia*.

Com efeito, no que concerne ao exercício da competência concorrente, extrai-se da Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

V - produção e consumo; [...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Consoante se observa, se o ato normativo estadual abrange produção, consumo, proteção e defesa do consumidor, vale-se o Estado de sua competência legislativa suplementar em face da legislação de caráter geral oriunda da União.

Nesse sentido, a doutrina adverte que:

A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais - i.é, normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os

Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 820.)

Ao apreciar a extensão do aludido dispositivo constitucional, a Suprema Corte reconheceu que:

Essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. [...] 'Norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral (MC na ADI nº 927, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 11.11.94).

Na espécie em exame e após o detido exame da legislação invocada pela autora, é possível discernir que a União editou as normas gerais sobre a comercialização e produção do leite, mas não emitiu juízo de valor sobre o leite modificado pela adição de soro de leite, e, dessa forma, o exercício da competência concorrente do Estado de Minas Gerais é legítimo.

Por certo, a Lei nº 1.283/50 determina ser obrigatória a fiscalização industrial e sanitária dos produtos de origem animal, sendo certo que o contexto do aludido ato normativo estabelece as normas gerais e autoriza o Poder Executivo a editar a regulamentação necessária a concretizá-la.

Esta regulamentação deu-se através do Decreto nº 30.691/52, que aprovou o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal (RIISPOA), que especifica de forma detalhada a produção, composição, transporte, armazenamento e rotulagem do leite e seus derivados, prescrevendo algumas determinações que, embora específicas, não atingem o leite modificado pela adição de soro de leite.

É conveniente salientar que, naquela época, embora existisse o leite em pó modificado, não havia a espécie leite modificado ou qualquer previsão de adição de soro de leite, razão pela qual não há previsão específica no citado regulamento.

A autora não anexou o conteúdo integral do citado ato regulamentar, especialmente no que diz respeito ao conceito de leite e de seus componentes, consoante se observa dos preceitos abaixo enumerados:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

Art. 476 - Considera-se leite normal o produto que apresente:

- 1 - caracteres normais;
- 2 - teor de gordura mínimo de 3% (três por cento);

- 3 - acidez em graus Dornic entre 15 e 20 (quinze e vinte);
- 4 - densidade a 15°C (quinze graus centígrados) entre 1.028 (mil e vinte e oito) e 1.033 (mil e trinta e três);
- 5 - lactose - mínimo de 4,3 (quatro e três décimos por cento);
- 6 - extrato seco desengordurado - mínimo 8,5% (oito e cinco décimos por cento);
- 7 - extrato seco total - mínimo 11,5% (onze e cinco décimos por cento);
- 8 - índice crioscópico mínimo -55°C (menos cinquenta e cinco graus centígrados);
- 9 - índice refratométrico no soro cúprico a 20°C (vinte e graus centígrados) não inferior a 37° (trinta e sete graus) Zeiss.

A teor do disposto no § 1º do art. 476 do regulamento, permitia-se ao Estado adotar outro padrão de leite para consumo local, desde que não houvesse comércio interestadual.

No entanto, o regulamento não faz previsão alguma sobre leite modificado ou o leite com adição de soro de leite (art. 507), e, dessa forma, a legislação estadual criada para restringir a comercialização dessa espécie como se leite natural fosse não pode ser considerada inconstitucional.

Os dispositivos que aludem ao soro de leite, isoladamente, nada especificam sobre eventual adição dele ao leite, devendo-se observar que sua conceituação, enquanto derivado do leite, encontra-se no capítulo dos outros produtos lácteos:

Art. 679 - Além dos produtos indicados nos capítulos anteriores, são considerados derivados do leite: gordura desidratada de leite, leite fermentado, refresco de leite, caseína, lactose, soro de leite em pó e lactalbumina. [...]

Art. 694 - Entende-se como 'soro de leite' o líquido residual obtido a partir da coagulação do leite, destinado à fabricação de queijos e caseína.

Parágrafo único. Os estabelecimentos registrados no DIPOA devem atender, além das disposições constantes neste Regulamento, às Normas Técnicas específicas para o produto.

No Regulamento, o que mais se verifica quanto ao soro de leite é que consta apenas sua indicação em rótulos como alimento para animais:

Art. 823 - Na rotulagem de leites desidratados e leites diversos devem ainda ser observadas as seguintes exigências:

- 1 - Especificar a variedade a que pertençam, de acordo com o teor de gordura, a composição-base do produto e, quando for o caso, a quantidade de água a ser adicionada para reconstituição;
- 2 - Indicar, no 'leite condensado', a base da reconstituição e a natureza do açúcar empregado;
- 3 - Indicar, na denominação de 'doce de leite', as misturas que forem feitas;
- 4 - Indicar o modo de preparo e uso;
- 5 - Indicar no leite em pó modificado e no leite em pó modificado acidificado, preparados especialmente para a alimentação infantil, a modificação efetivada no leite, bem como seu uso, tal como: 'leite em pó modificado acidificado e adicionado de açúcares', 'leite em pó para lactente',

'parcialmente desnatado e adicionado de açúcares' e outros que couberem;

6 - Indicar nos leites em pó modificado e no leite em pó acidificado a adição de amido dextrinizado, quando tiver sido feita;

7 - Indicar nas 'farinhas lácteas' as misturas que forem feitas;

8 - Revogado;

9 - Indicar, nos 'refrescos de leite', o nome de fantasia que houver sido aprovado.

Art. 824 - A rotulagem de subprodutos de laticínios indicará ainda:

1 - na 'caseína', a substância coagulante empregada;

2 - na 'lactose', a percentagem deste açúcar;

3 - no 'soro de leite em pó', e na 'lactose-albumina' que se trata de 'alimentos para animais';

4 - na 'lacto-albumina', sua composição básica;

5 - na 'caseína para uso industrial', em ponto bem visível em caracteres destacados: 'produto impróprio para alimentação humana'.

Os arts. 669 e 670, invocados pela apelante, dizem respeito ao leite em pó modificado e encontra-se no capítulo dos leites desidratados, em nada se assemelhando com o produto ora tratado, sendo inviável tomar um pelo outro, como se pretende na inicial.

Outra não pode ser a conclusão senão a de que o aludido produto não foi especificamente tratado no Regulamento de Inspeção, o que autoriza, inexoravelmente, a legislação suplementar sobre o tema por parte do Estado de Minas Gerais.

É necessário considerar, ainda, que o Regulamento tem como objetivo a disciplina da fiscalização industrial e sanitária. A legislação estadual tem como objetivo a proteção ao consumidor, a concretização do dever, voltado ao fornecedor, de bem informar, de veicular informações claras e precisas, a fim de não induzir o consumidor a erro e levá-lo a desvantagem na relação de consumo.

O que se verifica é que o Regulamento, além de não possuir disposição expressa sobre o leite com adição de soro de leite, não disciplina as normas de oferta a consumo do citado produto, mas regulamenta a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal.

Verifica-se, ainda, que, mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, já se previa a impossibilidade de o rótulo veicular informação que induza o comprador a erro. É exatamente o caso do leite modificado pela adição de soro, consoante se observa abaixo:

Art. 801 - É proibida qualquer denominação, declaração, palavra, desenho ou inscrição que transmita falsa impressão, forneça indicação errônea de origem e de qualidade dos produtos, podendo essa proibição estender-se, a juízo do D.I.P.O.A., às denominações impróprias.

Legítima, portanto, a legislação veiculada pelo Estado no sentido de restringir a venda de leite modificado pela adição de soro de leite como se leite fosse.

Em sua defesa, o Estado demonstra os fundamentos que o levaram a determinar a segregação do produto e vedar sua denominação como leite modificado. O produto em destaque não é leite - tanto que esta realidade foi posteriormente reconhecida em âmbito nacional -, mas sim de um derivado do leite, com componentes e teor nutricional diversos.

Assim, embora tecnicamente, ou seja, em caráter de inspeção industrial o chamado 'leite modificado' possa vir a atender a padrões mínimos, com autorização para consumo, isso não impede que o Estado-membro, atento ao seu dever de proteger os consumidores, evite que esse produto seja misturado aos demais que não contemplam essa adição.

Registro, outrossim, que a preocupação com os consumidores e eventuais prejuízos que a prática da indústria alimentícia eventualmente podem gerar não está restrita ao Estado de Minas Gerais, especialmente porque o Distrito Federal editou norma similar (Lei nº 3.417/2004).

De outro lado, é preciso considerar que, desde a época da entrada em vigor da lei mineira, havia a preocupação, em nível nacional, com a comercialização do produto ora em destaque.

Além de haver sido realizada consulta pública em fevereiro de 2003, no mesmo dia da propositura dessa ação foi publicada a Instrução Normativa nº 16 de agosto de 2005, segundo a qual o leite modificado pela adição de soro foi denominado bebida láctea e regulamentada sua composição, modificação e rotulagem:

2.1.1. Bebida Láctea: entende-se por Bebida Láctea o produto lácteo resultante da mistura do leite (*in natura*, pasteurizado, esterilizado, UHT, reconstituído, concentrado, em pó, integral, semidesnatado ou parcialmente desnatado e soro de leite (líquido, concentrado e em pó) adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s), gordura vegetal, leite(s) fermentado(s), fermentos lácteos selecionados e outros produtos lácteos. A base láctea representa pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes do produto.

2.1.1.9. Soro de leite: entende-se por soro de leite o líquido residual obtido a partir da coagulação do leite destinado à fabricação de queijos ou de caseína.

2.3.1. O produto classificado em 2.1.1.1. designar-se-á 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado) com [...] ou 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado) Sabor [...]', preenchendo os espaços em branco com o nome do(s) produto(s) alimentício(s) ou da(s) substância(s) alimentícia(s) ou aromatizante(s)/saborizante(s) que confere(m) características distintivas ao produto.

2.3.2. O produto classificado em 2.1.1.2. designar-se-á 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado)'.

2.3.3. O produto classificado em 2.1.1.3, 2.1.1.3.1, 2.1.1.3.2, 2.1.1.4, 2.1.1.4.1, 2.1.1.4.2, 2.1.1.5, 2.1.1.5.1, 2.1.1.5.2 designar-se-á 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado)', 'Bebida Láctea [...] (incluir tratamento térmico efetuado) com [...] ou 'Bebida Láctea [...] (incluir o tratamento térmico efetuado)' ou 'Bebida Láctea [...] (incluir tratamento térmico) sabor [...]' preenchendo-se o

espaço em branco com o nome do(s) produto(s) alimentício(s) ou da(s) substância(s) alimentícia(s) e/ou aromatizante(s)/saborizante(s) que confere(m) características distintas ao produto.

2.3.4. O produto classificado em 2.1.1.6, 2.1.1.6.1 e 2.1.1.6.2 designar-se-á 'Bebida Láctea Fermentada' ou 'Bebida Láctea Fermentada com [...]', ou 'Bebida Láctea Fermentada Sabor [...]' preenchendo os espaços em branco com o nome do(s) produto(s) alimentício(s) ou da(s) substância(s) alimentícia(s) e/ou aromatizante(s)/saborizante(s) que confere(m) características distintas ao produto.

2.3.4.1. Na nomenclatura mencionada no item 2.3.4, poderá ser incluído, subseqüentemente, o nome do(s) produto(s) alimentício(s) ou da(s) substância(s) alimentícia(s) ou aromatizante(s)/saborizante(s) que confere(m) características distintas ao produto, quando for o caso (exemplo: 'com cereais', 'com polpa de fruta', 'sabor morango').

2.3.4.2. Poderá ser mencionada a presença de cultivos lácticos sempre que se cumpra com o estabelecido em 2.1.1.6 e 4.2.3.

2.3.5. O produto classificado em 2.1.1.6 designar-se-á 'Bebida Láctea Fermentada'.

2.3.6. O produto classificado em 2.1.1.7 designar-se-á 'Bebida Láctea Tratada Termicamente Após Fermentação'.

[...]

9.10. Nas embalagens de bebida láctea de cor branca, deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em caracteres uniformes em corpo e cor sem intercalação de dizeres ou desenhos, letras do tamanho mínimo de 1 (um) milímetro, de forma ostensiva em caixa alta e em negrito a expressão: *contém [...] % de soro de leite*.

9.11. Nas embalagens de bebida láctea colorida, deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em caracteres uniformes em corpo e cor sem intercalação de dizeres ou desenhos, letras do tamanho mínimo de 1 (um) milímetro, de forma ostensiva em caixa alta e em negrito, a expressão: *contém soro de leite*.

9.12. Nas embalagens de bebida láctea colorida ou branca igual ou inferior a 250g, deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em caracteres uniformes em corpo e cor sem intercalação de dizeres ou desenhos, letras em caixa alta e em negrito, a expressão: *contém soro de leite*.

9.13. Fazer constar, em qualquer parte do rótulo que seja de fácil visualização para o consumidor em caracteres uniformes em corpo e cor sem intercalação de dizeres ou desenhos, letras em caixa alta e, em negrito, a expressão:

Para as bebidas lácteas na cor branca: *bebida láctea não é leite ou este produto não é leite*.

Para as bebidas lácteas coloridas: *bebida láctea não é iogurte ou este produto não é iogurte*.

9.14. O produto classificado em 2.1.1. designar-se-á 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado) com [...]' ou 'Bebida Láctea (incluir o tratamento térmico efetuado) Sabor [...]', preenchendo os espaços em branco com o nome do(s) produtos(s) alimentícios(s) ou da(s) substância(s) alimentícia(s) ou aromatizante(s)/saborizante(s) que confere(m) características distintas ao produto.

9.15. O produto classificado em 2.1.2. designar-se-á 'Bebida Láctea (incluir tratamento térmico efetuado).

Observa-se, portanto, que indiretamente a legislação federal fez exatamente o que a legislação mineira fez pioneiramente: impossibilitou a denominação do leite modificado pela adição de soro como leite e fez deter-

minações expressas quanto à composição e ao rótulo.

Consoante se extrai do art. 3º, em seis meses após a publicação da Instrução Normativa nº 16/2005, as empresas do ramo deveriam adequar seus rótulos e embalagens à realidade da instrução normativa no que diz respeito à bebida láctea.

A edição dessa norma administrativa de âmbito federal sepulta a discussão sobre a existência de norma federal específica anterior, evidenciando que o Estado de Minas Gerais tinha a competência para legislar complementarmente e o fez dentro dos limites legais e constitucionais.

Outrossim, uma vez que não se constata qualquer tipo de incompatibilidade entre a restrição local e as restrições federais, mais detalhadas e específicas, não há falar em revogação da norma local.

Nos moldes do § 4º do art. 24, CF, a legislação local somente tem sua eficácia suspensa quando houver colisão com a norma federal. No caso, a norma federal abrange a norma local, pois, ao determinar que o leite acrescido de soro seja denominado "bebida láctea", impede que se denomine leite modificado.

Nem se questione qual lei deve ser observada, pois a legislação federal, além de maior alcance, abrange o que foi veiculado na legislação estadual.

Recentemente, a Instrução Normativa nº 28, de junho de 2007, foi editada com normas muito semelhantes às tratadas na IN 16/05, mas relativas ao leite em pó modificado pela adição de soro de leite em pó, que, em tal normativo, foi chamado de composto lácteo:

2.1.1. Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado. Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto.

2.1.1.1 Composto Lácteo ou Composto Lácteo sem Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) exclusivamente produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2). O produto final deve apresentar 100% (cem por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos.

2.1.1.2 Composto Lácteo com Adição: é o produto definido no subitem 2.1.1, em cuja elaboração seja(m) empregado(s) produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não lácteas (3). O produto final deve apresentar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa /massa (m/m) de ingredientes lácteos.

4.1.1. Ingredientes Obrigatórios ou Matérias-Primas:

4.1.1.1. Leite (Nota 1);

4.1.1.2. Produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (Nota 2);

4.1.1.3. Produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não-

láctea(s) (Nota 3), quando se tratar do Composto Lácteo com adição;

4.1.1.4. Ambas - Produto(s) ou substância(s) láctea(s) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não-láctea(s) (Nota 4), quando se tratar do Composto Lácteo com adição.

Nota 1: Qualquer leite(s) na(s) sua(s) diversa(s) formas e tratamentos.

Nota 2: Qualquer produto(s) ou substância(s) láctea(s) nas suas diversas formas e tratamentos.

Exemplo: Creme de leite, Sólidos de Origem Láctea, Manteiga, Gordura Anidra do Leite ou Butter oil, Caseinatos Alimentícios, Proteínas Lácteas, Soro de Leite (nas suas diversas formas), leitelho (nas suas diversas formas), Leites Fermentados, Massa Coalhadas, Concentrado Protéico de Soro, Concentrado e Isolados Protéico de Leite e/ou seus sais, Caseína em pó, Proteína Concentrada do Leite, Lactose e outros produtos lácteos.

Nota 3: Qualquer produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) não láctea(s) nas suas diversas formas e tratamentos.

Exemplo: Açúcares e/ou glicídios, maltodextrina, edulcorantes nutritivos e não nutritivos, frutas em pedaços/polpa/suco e outros preparados á base de frutas, mel, cereais, vegetais, gorduras vegetais, chocolate, frutas secas, café, especiarias e outros alimentos aromatizantes naturais e inócuos e/ou sabores, amidos ou amidos modificados, gelatina ou outras substâncias alimentícias não lácteas.

Nota 4: Ambas - Produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) e não láctea(s) permitida(s) nas suas diversas formas e tratamentos.

[...]

9.2. No Composto Lácteo de cor branca, adicionado de soro de leite, deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em destaque, a expressão: *contém soro de leite*, quando for o caso.

9.3. No Composto Lácteo na cor branca deve constar em qualquer parte do rótulo ou rotulagem do produto, que seja de fácil visualização para o consumidor em caracteres uniforme em corpo e cor sem intercalação de dizeres ou desenhos, letras em caixa altas e em negrito a expressão: *composto lácteo não é leite em pó* ou *este produto não é leite em pó*.

9.4. Nas embalagens de 'Composto Lácteo com [...]', ou 'Composto Lácteo Sabor [...]', ou 'Composto Lácteo com [...] Sabor [...]', deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em destaque a expressão: *contém soro de leite*, quando for o caso.

9.5. Nas embalagens de 'Composto Lácteo com [...]', ou 'Composto Lácteo Sabor [...]', ou Composto Lácteo com [...] Sabor [...]', com adição de soro de leite igual ou inferior a 250g, deve constar no painel principal do rótulo, logo abaixo do nome do produto, em destaque: *contém soro de leite*, quando for o caso.

As mesmas observações antes feitas com relação à regulamentação da bebida láctea podem ser utilizadas para o composto lácteo, circunstância que permite ratificar o entendimento de inexistência de incompatibilidade entre a lei estadual e a federal.

Resta evidenciada, também, a ausência de veracidade da alegação de que o RIISPOA, ao dispor sobre o leite em pó modificado, tinha tratado do leite em pó com adição de soro de leite em pó, que por sua vez também

se tratava do leite modificado pela adição de soro de leite. Trata-se de três figuras diversas, regulamentadas, hoje, pelas Instruções Normativas 16/05, 27/07 e 28/07.

Não há, portanto, inconstitucionalidade na lei estadual, objeto do presente processo.

## 2. Segregação do produto.

A associação autora se insurge também contra a segregação do produto do leite comum, porquanto essa imposição contida na lei causaria prejuízos aos seus associados e é ofensiva ao texto constitucional.

Não lhe assiste razão, *data venia*.

Não se vislumbra no RIISPOA nem em qualquer dos regulamentos invocados pela apelante a vedação que o Estado - a quem compete legislar de forma suplementar sobre proteção dos direitos dos consumidores - determine a comercialização do leite acrescido de soro de leite em local diverso do leite normal.

Mesmo que o leite modificado pela adição de soro de leite já não tenha mais a denominação 'leite modificado', existindo ainda a possibilidade de haver confusão e prejuízo ao consumidor, reputo correta a iniciativa de distanciá-lo do leite comum.

Conforme exposto linhas acima, eventual prejuízo na segregação do produto - dado que não passou da mera alegação - justifica-se pela necessidade de preservar-se o interesse coletivo do consumidor sobre o individual do empresário, especialmente porque é necessário propiciar informação clara e objetiva ao consumidor quando for realizar a escolha do produto.

Não há, por fim, dizer que a legislação estadual tenha criado embaraço ao comércio interestadual e caos financeiro para a indústria do leite.

Com efeito, desde que as entidades associadas à autora cumpram as determinações contidas na legislação estadual - que foram acolhidas no âmbito federal em face do teor das instruções normativas acima mencionadas -, é legítimo que possa haver o comércio entre Estados-membros.

Não é aceitável que, no âmbito do Estado de Minas Gerais, sejam os empresários obrigados a informar de modo claro que o produto final se encontra acrescido de soro de leite - por isso, trata-se de leite modificado - e esse dado objetivo não possa ser levado ao conhecimento do consumidor que reside em outra unidade da Federação.

A obrigação do produtor é a de cumprir a legislação relativa à produção de leite, especialmente em face da identidade da legislação estadual em relação à federal, especialmente após a promulgação do primeiro ato normativo local. As multas e outras sanções serão conseqüências objetivas da desconformidade da conduta da empresa com as determinações relativas à produção e comercialização do leite com a adição de soro.

Em relação ao leite em pó, essa legislação, em termos similares, adveio em meados de 2007 mediante a Instrução Normativa nº 28/2007, com prescrições relativas à denominação e às especificações do rótulo.

Nessa linha de raciocínio, quanto à denominação do produto, ao cumprir as Instruções Normativas 16/05 e 28/07, a apelante indiretamente estará ajustada à legislação estadual, motivo pelo qual não pode alegar prejuízo ou caos econômico algum.

Nego provimento.

DES. EDUARDO ANDRADE - Ouvi, atentamente, a ilustre advogada, tive acesso aos autos e acompanho o em. Des. Relator, por entender que não há inconstitucionalidade na lei estadual, objeto do inconformismo da apelante. Muito pelo contrário, trata-se de legislação que visa a assegurar o direito do consumidor, daí por que deve prevalecer integralmente.

DES. GERALDO AUGUSTO - Senhor Presidente. Acompanho o Des. Relator, na conclusão de seu judicioso e substancioso voto a respeito da matéria.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Usucapião especial - Imóvel urbano - Financiamento pelo BNH - Requisitos do usucapião - Ausência - Art. 183 da Constituição Federal**

Ementa: Constitucional. Apelação. Ação de usucapião especial urbano. Art. 183 da CF. Imóvel financiado pelo SFH. Requisitos do usucapião. Ausência. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e não provido.

- A invasão de imóvel financiado pelo SFH é crime tipificado pelo art. 9º da Lei 5.741/71, o que impede a caracterização do ânimo de dono, necessário à declaração judicial do usucapião.

- O usucapião especial, previsto no art. 183 da CF/88, depende da prova dos seguintes requisitos: imóvel particular em área urbana de até 250 m<sup>2</sup>, prazo de cinco anos, ânimo de dono, utilização para moradia própria, posse sem oposição, inexistência de propriedade de outro imóvel. Ausentes alguns desses requisitos, rejeita-se a pretensão.

Recurso conhecido e não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.820641-5/001 - Co-  
marca de Belo Horizonte - Apelantes: José Reinaldo**

**Coelho e sua mulher - Apelados: Lapa Incorporações Empreendimentos Imobiliários e Serviços S.A. e Sérgio Ramos de Carvalho, representado por curador especial -  
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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

### **Notas taquigráficas**

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - José Reinaldo Coelho e sua esposa Maria Sônia Barbosa Coelho ajuizaram ação de usucapião especial de imóvel urbano, com base no art. 183 da CF, contra Sérgio Ramos de Carvalho e Mutual Apetrim - Crédito Imobiliário S.A., do imóvel situado na Rua Havana, 235, 101, Conjunto Habitacional Cercadinho, com 22.242 m<sup>2</sup>, Bairro Estrela Dalva, em Belo Horizonte/MG. Sustentam o seguinte: que, em 1989, procuraram lugar para morar e tomaram conhecimento de que o imóvel objeto da lide estava abandonado e destruído; que tomaram posse do imóvel e fizeram várias reformas para que ficasse habitável; que regularizaram a situação do imóvel junto à Prefeitura, Copasa, Cemig e junto ao condomínio; que são tidos pelos vizinhos como proprietários, estando, inclusive, o autor-varão a exercer o cargo de síndico; que a ré Mutual, em 1996, ingressou com ação de execução por falta de pagamento contra o réu Sérgio, tendo sido deferida liminar de despejo dos autores naquele processo; que arcam com todos os tributos referentes ao imóvel; que exercem ânimo de dono no imóvel desde 1989; que fazem jus ao reconhecimento do usucapião do imóvel. Pediram antecipação de tutela para permanecerem no imóvel e a concessão da gratuidade judiciária. Ao final, pugnaram pela declaração da propriedade do imóvel para o respectivo registro.

O MM. Juiz deferiu a gratuidade judiciária em favor dos autores (f. 287).

O réu Sérgio Ramos foi citado por edital (f. 289) e defendido por curador especial, que apresentou contestação por negativa geral à f. 296.

A ré Lapa Incorporações, atual denominação de Mutual Apetrim, contestou (f. 439/454), pugnando pela improcedência do pedido inicial nos seguintes termos: que promoveu execução hipotecária contra o co-réu Sérgio, tendo sido os autores intimados para desocuparem o imóvel; que eles opuseram embargos de terceiro e ação cautelar de sustação de despejo, sem êxito, na tentativa de evitar a expropriação; que, desde a construção da



unidade habitacional, tem direito real de hipoteca sobre o imóvel ora questionado, financiado ao co-réu Sérgio; que tem a seu favor a posse e o domínio sobre o imóvel consubstanciado em justo título (carta de adjudicação); que os autores não estão mais na posse do imóvel desde 23.07.1997, quando da ordem de desocupação; que a posse dos autores era irregular e eles tinham conhecimento do gravame hipotecário que recaía sobre o imóvel, não havendo falar em ânimo de donos; que a posse clandestina e de má-fé não enseja usucapião; que o art. 183 da CF diz respeito ao usucapião de terreno de até 250 m<sup>2</sup>, o que não condiz com usucapião em condomínio vertical de apartamentos; que os autores cometeram crime de ação pública descrito no art. 9º da Lei 5.741/1971, ao invadirem unidade residencial construída com financiamento do SFH. Pediu a condenação dos autores por litigância de má-fé.

O representante do Ministério Público deixou de emitir parecer, alegando ser desnecessária sua participação no feito (f. 577/591).

Foi produzida prova oral, com depoimento pessoal dos autores e com oitiva de testemunhas (f. 607/610).

Na sentença (f. 631/635), o MM. Juiz entendeu que, embora seja possível um apartamento ser usucapiado, a invasão em imóvel financiado pelo SFH constitui crime que desnatura a posse legítima e impede o usucapião. Julgou improcedente o pedido contido na inicial e o pedido da ré Lapa de condenação dos autores por litigância de má-fé.

Constou do dispositivo (f. 632/635):

Por esses fundamentos e pelo mais que dos autos consta, julgo improcedente o pedido inicial e, dessa forma, não declaro em favor dos autores, já qualificados, o domínio sobre o imóvel devidamente descrito e caracterizado na inicial.

Condeno os autores - José Reinaldo Coelho e Maria Sônia Barbosa Coelho - qualificados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor dado à causa, devidamente corrigido quando do efetivo pagamento, suspendendo desde já sua execução, por se encontrarem sob o pálio da assistência judiciária, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, conforme decisão de f. 287.

Tendo em vista a ocorrência, em tese, de crime de ação penal pública, remeta-se cópia desta decisão ao MP.

Os autores opuseram embargos de declaração (f. 636/637), apontando contradição na sentença e prequestionando artigos da CF. Os embargos foram rejeitados (f. 638).

Os autores apelaram (f. 690/645), pedindo a reforma da sentença, sob o argumento de que provaram nos autos todos os requisitos legais exigidos para o deferimento do usucapião, como a posse com ânimo de dono e o tempo de ocupação. Sustentaram que não há prova de que usaram de força ou outro meio inidôneo para adentrar o imóvel objeto da lide. Afirmaram que a denún-

cia feita na parte final da sentença não deve ser mantida, porque a Caixa Econômica Federal, citada nos autos, se manteve inerte, o que demonstra que ela não é responsável pelo financiamento do imóvel ora questionado.

A ré Lapa apresentou contra-razões (f. 650/655), pedindo a manutenção da sentença, alegando que não se mostram presentes os requisitos exigidos para o deferimento de usucapião especial, principalmente em razão da natureza da posse, a qual sustenta como ilegal.

O réu Sérgio Ramos, através de seu curador especial, também apresentou contra-razões (f. 659/661), pugnando pelo improvimento do apelo dos requerentes.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça manifestaram no sentido de não ser necessária sua atuação no feito (f. 668/670 e 676).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso dos autores, porque tempestivo e próprio, ressaltando que eles estão isentos do preparo, porque beneficiários da gratuidade judiciária (f. 287).

Preliminar.

Não foram argüidas preliminares no presente recurso.

Mérito.

Os autores recorrem da sentença que julgou improcedente o pedido inicial de usucapião especial de imóvel urbano.

A tese dos apelantes é a de que provaram todos os requisitos exigidos pela lei, fazendo jus ao reconhecimento do usucapião do imóvel. Afirmaram que não se utilizaram de meio inidôneo para adentrar o imóvel e que a CEF, citada nos autos, não se manifestou, o que demonstra que ela não é responsável pelo financiamento do imóvel ora questionado.

Examinando tudo o que dos autos consta e os princípios de direito, tenho que não assiste razão aos apelantes. O instituto do usucapião especial de imóvel urbano está previsto no art. 183 da CF/88:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Sobre a ação de usucapião especial de imóvel urbano, ensina Benedito Silvério Ribeiro:

Somente após a elevação em nível constitucional do princípio de que a propriedade subordina-se à função social (o

que restou concretizado na Emenda nº 1 de 1969 (art. 160, III), repetido no art. 5º, XXIII, da vigente CF), é que veio a atentar o legislador quanto à utilização de áreas urbanas deixadas sem uso, para valorização e futura especulação, mormente em face da enorme leva de pessoas sem qualquer espaço para morar ou construir casa própria.

[...]

A forma aventada para a solução do problema de moradia nas cidades foi a de uma nova modalidade de usucapião especial, denominada por alguns usucapião de solo urbano e por outros usucapião *pro misero*, pró-morar, pró-casa ou pró-moradia.

A usucapião urbana, pondera o Des. e Prof. Rui Geraldo Camargo Viana, teria por escopo dar oportunidade de acesso à propriedade urbana e, conseqüentemente, à moradia a essa camada desfavorecida da população das grandes cidades, que está obrigada a se manter em uma posição de ilegalidade, clandestinidade e precariedade habitacional.

Torna-se oportuno e justo, consoante frisado, que aquele que possui um terreno a título de acúmulo de capital e não lhe dê um aproveitamento social por um longo tempo, que sequer tome conhecimento sobre o que se passa nele, perca o seu domínio para alguém que, não tendo onde se abrigar, faça ali a sua morada.

[...]

O legislador constitucional de 1988 preferiu inserir a usucapião urbana no texto de nosso Diploma Máximo, fazendo-o no Capítulo II do Título VII, que trata 'Da Política Urbana'.

[...]

A modalidade usucapiatória foge àquelas tradicionais (usucapião ordinária e extraordinária), em que são exigidos prazos maiores e que albergam pretensões referentes a áreas urbanas, sem limitação do tamanho e com dispensa das peculiaridades desse tipo de aquisição prescricional (utilização para moradia e ausência de domínio quanto a outro imóvel urbano ou rural).

Assim, em se tratando de tipo novo de aquisição da propriedade, com requisitos específicos, em particular, com prazo bem menor de tempo prescricional, convém assinalar a sua existência a partir de 05.10.1988, data da promulgação da CF vigente (*Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 934 e 937).

Diante do contido no art. 183 da CF, necessária ao julgamento do presente caso, portanto, a análise da prova dos requisitos legais exigidos para a configuração do usucapião especial, quais sejam: imóvel particular em área urbana de até 250 m<sup>2</sup>, prazo de cinco anos, ânimo de dono, utilização para moradia própria, posse sem oposição, inexistência de propriedade de outro imóvel.

Os autores sustentam que estão na posse do apartamento nº 101 da Rua Havana, 235, Conjunto Habitacional Cercadinho, Bairro Estrela Dalva, nesta Capital.

Pelos documentos contidos nos autos (f. 15/36 e 38/43), o imóvel estava registrado em nome de Sérgio Ramos de Carvalho, ora apelado. Os documentos de f. 41/42 demonstram que a área do imóvel era de 22.242 m<sup>2</sup>. Trata-se, pois, de imóvel particular em área urbana de até 250 m<sup>2</sup>.

Já os documentos de f. 44/51 comprovam que os apelantes não são proprietários de outro imóvel.

Os recibos constantes nos autos (f. 52/254) demonstram que os apelantes ficaram na posse do imóvel de 1988 a 2002, quando foram despejados, conforme f. 503, restando comprovado o prazo de cinco anos exigido pelo art. 183 da CF.

A prova testemunhal colhida na fase de instrução, principalmente a de f. 609/610, revela que os apelantes residiam no imóvel objeto da lide.

Contudo, tenho que não restaram comprovados os requisitos de ânimo de dono e da posse sem oposição.

Quanto ao ânimo de dono, leciona a doutrina:

O direito positivo estabelece os óbices que levam a uma situação de aparência e a substância da posse a caracterizar-se como detenção. Como exemplo, temos a posse violenta, em que o possuidor tem a coisa e quer dela ser dono e assim propala, mas não passa de detentor.

Os servos da posse, por se acharem sob dependência, embora com direito às medidas protetoras da posse que exercem, não terão posse no sentido jurídico contido no art. 1.198 do CC.

Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (art. 1.208).

O ânimo de possuir consiste, pois, na vontade de comportamento do possuidor de ter a coisa para dela dispor como dono ou exercer sua ação da mesma forma que o faz o proprietário quanto às coisas que lhe pertencem [...].

Não ocorrendo a posse quando haja ausência de vontade, embora exista detenção, também não verificará se presente a vontade, mas inexistente a detenção.

Exemplo de posse sem apreensão é a que se transfere por sucessão, na qual a posse civil do defunto passa para os herdeiros. O ladrão pode agir como age o dono, ter a opinião de que passou a dono (*opinio domini*), mas a sua posse é viciada na origem, fundada num crime.

A posse sem intenção também ocorre quando o possuidor tem a coisa, mas esta continua para o possuidor originário; muito embora possa valer-se dos interditos possessórios, no caso do credor pignoratício, do enfiteuta, a lei protege a estes, mas a intenção persiste para o devedor e para o senhorio direto.

Mas, voltando à lição de Ihering, não basta o ânimo ou vontade de ter a coisa como dono, pois é indispensável que ele resulte da *causa possessionis* (do título pelo qual se exerce a posse): se esta se iniciou de uma ocupação, violenta ou pacífica, existirá ânimo; mas, se esta começou em razão de um contrato (locação, comodato etc.), que leva ao reconhecimento de alguém como dono, não existirá. A intenção do antecessor deverá ser a mesma quando se opere a acessão da posse (ob. cit., v. 1, p. 703-705).

No caso dos autos, consta no registro do imóvel objeto da lide (f. 42/43) que este foi adquirido pelo apelado Sérgio Ramos de Carvalho, através de financiamento habitacional, tendo sido dado em hipoteca à apelada Lapa, antes Mutual Empreendimentos, e esta, por sua vez, caucionou ao BNH seus direitos hipotecários. Tal registro tem efeito *erga omnes*, atente-se, não havendo qualquer dúvida quanto à responsabilidade da CEF pelo financiamento do imóvel ora questionado, gestora do SFH.

Tanto os apelantes conheciam a propriedade do imóvel que sustentaram, em embargos de terceiro movidos por eles em razão de execução proposta pela Mutual contra o devedor hipotecário que adquiriram o imóvel do apelado Sérgio através de contrato verbal.

Ora, a aquisição de imóvel se dá pela transcrição do registro em cartório, como prevê o art. 1.245 do novo Código Civil, ou ao menos por um contrato escrito, e nos autos não há prova de tal avença nem de pagamento.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Também não há prova de que os apelantes se subrogaram na dívida do apelado Sérgio junto à apelada Mutual, credora hipotecária, ou que houve cessão de Sérgio para os autores com a anuência da Mutual/Lapa.

Logo, não há falar em *animus domini*.

Também a origem fraudulenta da posse dos apelantes afasta o ânimo de dono e impede a declaração do usucapião. Isso porque, mesmo que a ocupação do imóvel não tenha sido violenta, ela se deu de maneira clandestina, por força do art. 9º da Lei 5.741/1971, que dispõe:

Art. 9º Constitui crime de ação pública, punido com a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa de cinco a vinte salários mínimos, invadir alguém, ou ocupar, com o fim de esbulho possessório, terreno ou unidade residencial, construída ou em construção, objeto de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação.

§ 1º Se o agente usa de violência, incorre também nas penas a esta cominadas.

§ 2º É isento da pena de esbulho o agente que, espontaneamente, desocupa o imóvel antes de qualquer medida coativa.

§ 3º O salário a que se refere este artigo é o maior mensal vigente no País, à época do fato.

O imóvel objeto da lide foi financiado pelo SFH, antigo BNH, e sua invasão é crime tipificado em lei. Tal previsão visa justamente proteger o direito hipotecário dado em caução ao BNH pela Mutual, ou seja, o crédito, a fim de salvaguardar o conjunto dos mutuários beneficiados com tal sistema de financiamento habitacional do Governo Federal. Assim sendo, os apelantes não têm ânimo de dono porque a posse é clandestina.

Nesse sentido:

Direito civil. Civil e processo civil. Propriedade. Usucapião. Imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação.

- Tipificando, a legislação regente, como crime, o esbulho de terreno ou unidade residencial objeto de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação, impertinente invocar-se usucapião ordinário com base na aludida invasão de propriedade alheia.

- Inteligência do art. 9º da Lei nº 5.741/71.

- Apelo não provido. Unânime. Conhecer e desprover. Unânime (AC 19990150042009 - 1ª Câmara Cível - TJDF - Rel. Des. Valter Xavier - DJU de 14.11.2000).

Sistema Financeiro da Habitação. Invasão e ocupação de imóvel financiado. Fato típico penal nos termos da Lei 5.741/71. Impossibilidade da configuração de usucapião especial. - Uma vez prevista a invasão e a ocupação de imóvel do Sistema Financeiro de Habitação como fato típico penal (Lei 5.741/71), descabe cogitar da configuração de usucapião especial. [...] (RT 758/129) (citado por MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. Barueri/São Paulo: Manole, 2007, p. 249).

Apelação cível. Ação de usucapião. Pressupostos. Posse mansa e pacífica. Ausência. Sistema Financeiro de Habitação. Hipoteca. Impossibilidade. Pretensão dos autores de usucapir bem que adquiriram por meio de contrato de compra e venda. Imóvel obtido originariamente através de financiamento do SFH, não quitado, pendente de execução hipotecária, que, mesmo na venda, acompanha o bem. Impossibilidade de a usucapião incidir sobre bem hipotecado, uma vez que este serve como garantia do débito. Ausência do pressuposto da posse mansa e pacífica, porquanto apensados aos autos embargos em que as partes litigam sobre a execução hipotecária do bem. Apelo improvido (AC 70004870804 - 19ª Câmara Cível - TJRS - Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima - j. em 21.12.2004).

Logo, não há falar em ânimo de dono, e somente a falta desse requisito já impede a declaração de usucapião pretendida pelos apelantes.

Lado outro, ao contrário do que alega os apelantes, houve, sim, oposição da posse.

Isso porque, em 1996, a Mutual, atual Lapa, ora apelada, executou a hipoteca dada pelo apelado Sérgio Ramos (f. 487/489), tendo adjudicado o imóvel em questão (f. 498), o que ensejou o despejo dos ora apelantes em 2002 (f. 503).

Nesse íterim, os apelantes, sem êxito, opuseram embargos de terceiro em face da execução promovida pela credora hipotecária (f. 456/459) e promoveram cautelar de sustação de despejo (f. 505/507), restando patente o conhecimento deles em relação à oposição na posse.

Assim, ausentes dois dos requisitos legais exigidos pelo art. 183 da CF, o direito de usucapião não pode ser declarado, razão pela qual a sentença merece ser mantida.

Dispositivo.

Isso posto, nego provimento à apelação dos autores.

Custas recursais, pelos apelantes, ficando suspensa a cobrança, conforme art. 12 da Lei 1.060/50 (f.287).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e IRMAR FERREIRA CAMPOS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Condomínio fechado - Proprietários de lote - Taxa condominial - Pagamento - Obrigatoriedade

Ementa: Ação de cobrança. Condomínio fechado. Proprietário de lotes. Configurada relação condominial. Devida a taxa condominial. Rateio das despesas comuns. Desprovidimento.

- Não havendo referência expressa no Código Civil acerca dos loteamentos ou condomínios fechados, aplicam-se, no que couber, as regras condominiais.

- Sendo a construtora apelante proprietária de vários lotes dentro de "condomínio fechado", está ela obrigada a pagar a taxa cobrada de todos os sócios do condomínio, não havendo que falar em diferenciação entre proprietários de lotes e moradores, pois todos usufruem dos mesmos benefícios advindos da formação do loteamento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.899420-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Construtora Sercel Ltda. - Apelado: Condomínio Residencial Vila Castela - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de junho de 2008. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Construtora Sercel Ltda., contra a r. sentença de f. 229/233, prolatada nos autos da ação de cobrança que lhe move o Condomínio Residencial Vila Castela, sentença esta que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a ré, ora apelante, ao pagamento da quantia de R\$ 75.958,25 (setenta e cinco mil novecentos e cinqüenta e oito reais e vinte e cinco centavos), estando excluído do valor da condenação o condomínio da quadra 8, lote 21, já quitado pela construtora ré.

O MM. Juiz *a quo* condenou a ré, ainda, ao pagamento das demais parcelas vencidas e vincendas no curso do processo, devidamente corrigidas e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do vencimento de cada prestação.

Em suas razões de recurso (f. 237/245), argumenta, inicialmente, a ré apelante que não há prova nos autos capaz de demonstrar a relação condominial entre as partes.

Aduz que o eminente Juiz *a quo* não considerou o fato de que a Lei 4.591/64 é aplicável apenas aos casos de relação condominial, além de ter desconsiderado a Súmula 321 do STJ.

Enfatiza a apelante que não existe em nosso ordenamento jurídico disposição que respalde a existência de cobrança de condomínio em bairros, conforme a hipótese desses autos, sendo mais grave o seu caso, pois possui apenas lotes, sendo o condomínio de moradores.

E salienta que a doutrina não aceita condomínio de lotes, inexistindo legislação específica sobre o tema. Argumenta que cada terreno, de cada proprietário, não perde sua individualidade objetiva; e, ainda, que a criação de um loteamento, diferentemente do que se costuma pensar, faz com que as ruas de acesso, áreas comuns, praça, parques, dentre outras áreas, passem a pertencer ao domínio público.

E, por ser a apelante unidade completamente autônoma e independente, pede a reforma total da r. sentença *a qua*.

Recebido o recurso em seus efeitos regulares (f. 247), abriu-se vista para o autor apelado apresentar resposta, o que fora feito às f. 251/258, pugnando este último pela manutenção do *decisum* monocrático.

Conheço do recurso, sendo ele próprio e tempestivo, além de estar regularmente processado e devidamente preparado (f. 246).

Analisando, de forma atenta, o feito, tenho que descabido o inconformismo da construtora apelante, uma vez que não há dúvida nos autos da relação condominial existente entre as partes, sendo a apelante, inclusive, a empreendedora do loteamento Vila Castela, a qual participou ativamente da constituição da associação civil criada para zelar pelos interesses dos proprietários de terrenos no denominado na época "Bairro Vila Castela" (vide assembléia geral de constituição do Condomínio Residencial Vila Castela - f. 8 dos autos).

Ora, é sabido que os loteamentos fechados ou condomínios fechados são espécies que fogem da tipicidade dos condomínios tradicionais previstos na Lei 4.591/64 e nos demais dispositivos do condomínio edilício do CC.

Ocorre que, sendo estes loteamentos áreas urbanizadas não pelo Município, mas pela junção de vários lotes para formar um condomínio fechado, com áreas pertencentes ao domínio privado dos proprietários daqueles lotes, estamos tratando de condomínio, autorregulamentado por convenção e assembléias, tal como se verifica *in casu*.

Não há que falar, como quer a apelante, em formação de um bairro, mas, indubitavelmente, em formação de um loteamento fechado, denominado Vila Castela.

Ora, da referida assembléia geral de constituição do Condomínio Residencial Vila Castela, verifica-se que

a construtora apelante foi a empresa responsável pela urbanização do local, sendo proprietária de vários lotes dentro do condomínio, o que a obriga a pagar a taxa cobrada de todos os sócios do condomínio, não havendo que falar em diferenciação entre proprietários de lotes e moradores, pois todos usufruem dos benefícios advindos da formação do condomínio, quais sejam prestação de serviços aos sócios (moradores e proprietários de lotes), serviços estes de limpeza, segurança, manutenção, obras de infra-estrutura, etc.

É esse o entendimento majoritário de nossa doutrina e jurisprudência. E, não havendo referência expressa no Código Civil acerca dessa modalidade de condomínio, aplicam-se, no que couber, as regras condominiais de acordo com o ensinamento do Prof. Sílvio de Salvo Venosa, em seu livro *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 354/355.

Quanto à Súmula 321 do STJ, aventada pela apelante, ela não tem qualquer relação com a discussão que se faz nesses autos, tratando, diferentemente, da relação entre as entidades de previdência privada e seus participantes.

Também sem razão os argumentos da apelante de que, havendo a formação de ruas, praças, áreas comuns, estas passariam a ser de domínio público.

Ora, conforme, ainda, lição do Prof. Sílvio de Salvo Venosa, o condomínio fechado assim é denominado porque as ruas, praças e áreas de lazer pertencem ao domínio privado, auto-regulamentado, como acima exposto, por convenção ou assembléias do condomínio. E, por isso mesmo, sendo essas áreas comuns a todos os proprietários, moradores, sócios, é que são divididas as despesas entre eles, não sendo justo o locupletamento de uns em detrimento dos demais integrantes do condomínio, sendo que a valorização do imóvel e a fruição dos serviços será a mesma para todos.

É claro que loteamentos fechados podem dar acesso a outros lugares, tais como rodovias, bairros, outros condomínios, de forma que se pode falar em direito de passagem de não-sócios pelos condomínios fechados, porém é diferente de fruir daquele espaço para uso comum, que é o caso do condomínio, que tem o fito de zelar pelos interesses dos associados e pela valorização do espaço comum.

Ressalto que a assembléia de constituição do condomínio Vila Castela (f. 8/9) prevê, em seu art. 5º, que "os sócios da Sociedade são todos os proprietários, promissários compradores, cessionários ou promissários cessionários dos lotes de terreno do loteamento denominado Vila Castela, (...)", sendo este, também, geralmente, o entendimento da jurisprudência pátria.

Confirmam-se os seguintes julgados, que corroboram o entendimento aqui adotado, *in verbis*:

Condomínio atípico. Associação de moradores. Despesas comuns. Obrigatoriedade. - O proprietário de lote integrante de gleba urbanizada, cujos moradores constituíram asso-

ciação para prestação de serviços comuns, deve contribuir com o valor que corresponde ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não é adequado que continue gozando dos benefícios sociais sem a devida contraprestação. Precedentes (STJ, Quarta Turma, REsp 439661/RJ, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 1º.10.2002, DJ de 18.11.2002).

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - Condomínio fechado - Lote sem construção - Rateio de despesas comuns - Obrigatoriedade - Serviços e utilidades oferecidas indistintamente. - O fato de o lote tão-somente pertencer a loteamento fechado ou condomínio fechado, por si só, já gera ao proprietário o ônus de participar do rateio das despesas comuns geradas pelos serviços e utilidades oferecidas indistintamente aos condôminos, sob pena de locupletar-se o proprietário inadimplente, onerando os demais (TJMG, Rel. Fernando Caldeira Brant, AC 1.0188.97.003899-1/001, j. em 10.5.2006, DJ em 4.8.2006).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso. Custas recursais, pela apelante.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com a Relatora. Há a comunhão de direitos; logo, deve haver comunhão de obrigações, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa da empresa apelante.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Capacidade processual - Espólio - Inventário - Encerramento - Propositura de ação posterior - Mérito - Extinção sem resolução - Relação processual - Ausência de pressuposto - Recurso adesivo - Não-conhecimento**

Ementa: Processual civil. Capacidade para ser parte. Pressuposto de existência da relação processual. Espólio. Recurso de apelação conhecido e provido. Sentença desconstituída. Recurso adesivo não conhecido.

- A capacidade de ser parte é conferida, por via de regra, àqueles que possuem personalidade jurídica - pessoas físicas e jurídicas - e, excepcionalmente, a alguns entes que, embora desprovidos de personalidade, detêm capacidade judiciária, podendo figurar como parte ou interveniente em ação judicial.

- Ação proposta pelo espólio após encerramento do processo de inventário deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto de existência da relação processual - capacidade para ser parte -, porquanto, com o julgamento ou homologação da partilha, extingue-se a figura do espólio.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0687.07.056649-6/001 - Comarca de Timóteo - Apelante adesivo: Espólio de Edy Dias. repdo. p/ invte. Carlos Eduardo Dias - Apelante: Banco ABN Amro Real S.A. - Apelados: Banco ABN Amro Real S.A. e Espólio de Edy Dias - 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 PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. JULGAR PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recursos de apelação e adesivo interpostos em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito José Augusto Lourenço dos Santos, da 2ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada pelo Espólio de Edy Dias em face do Banco ABN Amro Real S.A., para condenar o réu ao pagamento da diferença da correção monetária da caderneta de poupança do *de cujus*, no período de abril/maio de 1990, aplicando-se o IPC daquele período (44,80%), com a incidência de juros capitalizados de 6% ao ano, correção monetária, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, desde a data em que a correção deveria ter sido efetuada, e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Banco ABN Amro Real S.A. interpôs recurso de apelação, aduzindo as seguintes alegações:

- não possui legitimidade passiva, pois se apresenta como mero depositário das contas de poupança, razão pela qual somente pode aplicar índices estabelecidos na legislação pertinente, editada pelo Governo Federal;
- prescrição da pretensão deduzida em juízo, nos termos no art. 206, § 3º, III, do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 178, § 10, III, do Código Civil de 1916);
- as leis monetárias, por serem normas de ordem pública, têm efeito imediato, razão pela qual não há falar-se em direito adquirido à manutenção do padrão monetário ou do indexador, pois as disposições contratuais não podem prevalecer em detrimento da lei;

Espólio de Edy Dias interpôs recurso adesivo, pleiteando a reforma da sentença apenas para que sejam aplicados todos os expurgos na correção monetária incidente sobre o valor da condenação.

Contra-razões às f. 81/84 e 86/90.

É o relatório.

I - Do recurso de apelação.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Da ausência de pressuposto de existência da relação processual - capacidade para ser parte.

Vislumbro a ausência de pressuposto de existência da relação processual, qual seja capacidade para ser parte, senão vejamos.

O art. 7º, do Código de Processo Civil, assim estabelece: "Art. 7º - Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo".

Desse modo, é de se convir, a capacidade de ser parte é conferida, por via de regra, àqueles que possuem personalidade jurídica - pessoas físicas e jurídicas - e, excepcionalmente, a alguns entes que, embora desprovidos de personalidade, detêm capacidade judiciária, podendo figurar como parte ou interveniente em ação judicial (exemplo: espólio; massa falida; condomínio).

Ao tratar do tema, Nelson Nery Júnior assevera:

Todos os que têm personalidade jurídica (pessoas físicas e jurídicas) têm capacidade para estar em juízo. A personalidade jurídica da pessoa física se inicia a partir do nascimento com vida (CC 2º; CC/1916 4º). A da pessoa jurídica a partir do registro de seus atos constitutivos na repartição competente, na forma da lei (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 160).

No caso vertente, o Espólio de Edy Dias, representado por seu inventariante, Sr. Carlos Eduardo Dias, ajuizou ação ordinária em face do Banco ABN Amro Real S.A., pleiteando o pagamento da diferença decorrente da aplicação da correção monetária do índice inflacionário expurgado pelo Plano Collor I, aplicando-se o IPC daquele período (44,80%).

O espólio, como cedição, corresponde à universalidade de bens e relações jurídicas deixados pela pessoa física em decorrência de sua morte. Malgrado não possua personalidade jurídica, detém capacidade processual ativa e passiva para figurar em juízo na defesa dos interesses desse complexo de relações.

Entretanto, no presente caso, à época da propositura da ação (13.07.07), o inventário já havia se encerrado, conforme se depreende da certidão de f. 13; assim, no momento do ajuizamento da demanda, a figura do espólio não mais existia.

Desse modo, patente a ausência de capacidade processual, haja vista a extinção do espólio pela homologação da partilha dos bens inventariados.

Nesse sentido:

Ementa: Medida cautelar de exibição de documentos. Brasil Telecom S.A., sucessora, por incorporação, da CRT. - Uma vez extinto o processo de inventário, com a homologação da partilha, não há mais falar em espólio, razão por que este, desde então, não mais detém capacidade de ser parte. Além disso, constando da partilha que as ações da Brasil Telecom S.A., sucessora, por incorporação, da CRT, couberam à

inventariante Eva Souza da Cunha -, somente esta é que tem legitimidade para postular em juízo eventuais direitos decorrentes dessas ações, e não o espólio. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, pela ausência de pressuposto processual (capacidade de ser parte), art. 267, inc. IV, do CPC. Apelação não conhecida (TJRS. Apelação Cível nº 70012208849. 11º C.C. Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. em 08.02.06).

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Espólio. Ilegitimidade. - Dispõe o art. 597 do CPC que o espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube. Assim, tendo sido homologada a partilha, não existe mais a figura jurídica do espólio, e este não tem mais a capacidade de ser parte. Negado seguimento (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70014532097. 16º C.C. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. em 13.03.06).

II - Do recurso adesivo.

Prejudicada a análise do recurso adesivo, em razão da perda superveniente do objeto.

Assim, não conheço do recurso.

III - Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para desconstituir a sentença e julgar extinto o processo sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto de existência da relação processual, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Não conheço do recurso adesivo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ e MOTA E SILVA.

**Súmula** - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

...

**Nunciação de obra nova - Ação demolitória -  
Cumulação de ações - Liminar - Deferimento -  
Obra paralisada - *Fumus boni iuris* e *periculum  
in mora presentes* - Preliminares -  
Não-conhecimento**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. Liminar deferida. Obra paralisada. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora presentes*. Preliminares não conhecidas. Decisão mantida.

- Ausente decisão do magistrado acerca das preliminares suscitadas no recurso, não há como examiná-las nesta instância.

- Havendo indícios nos autos de que a obra que está sendo realizada poderá vir a causar prejuízos ao proprietário vizinho, é prudente que seja determinada a sua paralisação, como medida a evitar futuros danos tanto ao prejudicado quanto ao próprio dono, que poderá ficar sujeito à demolição caso dê prosseguimento àquela.

**AGRAVO Nº 1.0521.07.065237-0/001 - Comarca de Ponte Nova - Agravantes: Sebastião Wellington Pereira Alves e outro - Agravada: Maria Erclia Ferreira Mol - 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 NÃO CONHECER DAS PRELIMINARES SUSCITADAS E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2008. - Generoso Filho. - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Samuel M. Alves.

DES. GENEROSO FILHO - Inicialmente, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita, é dominante o entendimento no sentido de que, para o seu deferimento, basta a declaração de pobreza, presumindo-se a hipossuficiência do requerente, até prova em contrário. Vale conferir as ementas dos julgados que evidenciam esse entendimento:

Justiça gratuita. Necessidade de simples afirmação de pobreza da parte para a obtenção do benefício. Inexistência de incompatibilidade entre o art. 4º da Lei nº 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da CF. - O art. 4º da Lei nº 1.060/50 não colide com o art. 5º, LXXIV, da CF, bastando à parte, para que obtenha o benefício da assistência judiciária, a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (STF, RE 207.382-2, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 22.04.97).

Processual Civil. Ação de Indenização. Pedido de assistência judiciária gratuita. Presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. Recurso conhecido e provido.

- O v. acórdão, ao examinar o caso, afastou o benefício da justiça gratuita, essencialmente sob o argumento de que o art. 4º da Lei 1.060/50 não teria sido recepcionado pelo preceito contido no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Entretanto, equivocou-se o *decisum* hostilizado. Com efeito, o STF já declarou que o referido dispositivo legal foi recepcionado.

- Assim sendo, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que tem presunção legal de veracidade a declaração firmada pela parte, sob as penalidades da lei, de que o pagamento das custas e despesas processuais ensejará prejuízo do sustento próprio ou da família.

Recurso provido, para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder ao recorrente os benefícios da assistência judiciária gratuita (REsp 682.152/GO, REsp 2004/0105311-6, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4º T., DJU de 11.04.05, p. 327).

Diante da declaração de pobreza firmada pelos agravantes às f. 87/88-TJ, defiro o benefício da assistência judiciária no presente recurso, para dispensá-los do preparo.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida às f. 81/83-TJ, que, nos autos da ação de nunciação de obra nova cumulada com ação demolitória com preceito cominatório proposta por Maria Ercília Ferreira Mol em face de Sebastião Wellington Pereira Alves e outro, deferiu a liminar de embargo, determinando suspensão da construção da escada, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Na referida ação, a autora aduz ser proprietária de um imóvel cujo lote faz divisa, nos fundos, com um paredão de pedras defronte à Praça do Rosário da Comarca de Ponte Nova, onde os requeridos, ora agravantes, estariam construindo uma escada para dar acesso ao andar superior do imóvel a eles pertencente, a qual estaria invadindo a via pública, o que, conseqüentemente, dificultará o acesso da autora ao seu lote, segundo alega.

Sustentam os agravantes, no presente recurso, preliminarmente:

1) a ilegitimidade passiva do primeiro agravante, pois a decisão considerou que apenas ele seria o proprietário do imóvel onde estaria sendo construída a escada, quando, na realidade, a ação deveria ter sido proposta contra a dona da obra, qual seja a sociedade Pereira Alves Ltda, conforme contrato de empreitada que anexam, e não em face de seus sócios;

2) a ilegitimidade passiva do segundo agravante, pois não possui nenhuma relação com o caso, não sendo dono nem sócio da sociedade acima mencionada, mas apenas filho do primeiro agravante;

3) ausência de interesse processual da autora, por inadequação da via eleita, em razão de já ter sido concluída a obra e, também, ausência de interesse de agir, em razão da alegação de que a obra estaria invadindo a propriedade da autora, sendo, pois, cabível ação possessória.

No mérito, afirmam ser ineficaz a liminar deferida, pois a obra já está concluída e, ainda, que não estão presentes o requisitos para a liminar, não existindo nenhum prejuízo à autora em decorrência da construção e, finalmente, que a obra estaria em conformidade com as normas de postura municipais, conforme certidão que anexam.

Pedem seja conferido efeito suspensivo, sustentando que eles não têm condições de cumprir a liminar, por não serem os donos da obra e, finalmente, requerem sejam-lhes concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Foi indeferido o pedido de conferência de efeito suspensivo ao recurso (f. 137/139-TJ), oportunidade em que foram solicitadas informações ao Juízo monocrático e, ainda, determinada a intimação da agravada para resposta.

Nas informações prestadas às f. 145/146-TJ, o MM. Juiz *a quo* esclareceu ter mantido a decisão agravada e, ainda, que os agravantes não cumpriram o disposto no art. 526 do CPC, sendo posteriormente anexada, à f. 277-TJ, cópia de petição em que demonstram ter cumprido o referido dispositivo legal.

Embora tenha sido intimada à f. 141-TJ, a agravada não apresentou contraminuta.

Feito este breve relatório, passo a decidir.

Preliminares:

Verifico que as bem elaboradas preliminares argüidas pelos agravantes ainda não foram objeto de apreciação e decisão pela MM. Juíza *o quo*, não sendo possível aqui decidi-las, sob pena de haver supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido segue julgado proferido por esta 9ª Câmara Cível:

Agravo. Pretensão distinta ao que fora formulado no juízo primevo. Efeito devolutivo. Violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não-conhecimento do recurso.

O efeito devolutivo do agravo de instrumento limita-se ao teor da decisão interlocutória, não sendo lícito ao Tribunal examinar questão jurídica outra não submetida, a tempo e modo, ao juiz que a prolatou. Não se pode, em via recursal, autorizar o exame de matéria não abordada em primeiro grau, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Súmula: De ofício, não conheceram do recurso.

Número do processo: 1.0701.00.008315-7/001(1), Relator: Des. José Antônio Braga, j. em 28.11.06, data da publicação: 16.12.06.

Com isso, não conheço das preliminares argüidas no recurso.

Mérito:

A ação de nunciação de obra nova, cuja liminar é objeto do presente recurso, foi proposta com base no disposto no artigo 934, I do CPC, que dispõe o seguinte:

Art.934. Compete esta ação: I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que destinados.

Prevê o CPC, em seu artigo 937, a possibilidade de concessão do embargo liminar na ação de nunciação de obra nova, bastando, para isso, que exista o *fumus boni iuris* da alegação e o *periculum in mora*.



Sobre o referido embargo, leciona Humberto Theodoro Júnior que

o perigo de dano imediato para o prédio do autor leva o Código a criar um mecanismo, na ação de nunciação de obra nova, que permita uma pronta e enérgica reação contra a construção irregular do réu. (...) Por essa liminar, obtém-se a imediata paralisação da obra, sem necessidade de uma prova cabal do direito do autor. A cognição é superficial e a medida é urgente. Para obter providência *in limine litis*, o autor terá de fornecer, com a inicial, documentos demonstrativos do prejuízo que a obra do réu representa para seu prédio. Não dispondo de documentos adequados, produzirá, unilateralmente (isto é, sem a citação do réu), justificativa testemunhal prévia (*Curso de processo civil*, 31. ed., Forense, p. 155, vol. 3).

Pressuposto, portanto, para a concessão da liminar é a existência de prova suficiente do possível prejuízo que possa ser causado ao vizinho da obra caso seja a ela dado prosseguimento, não sendo necessária prova cabal, que somente será aferida após a instrução do feito.

Pois bem. No caso ora tratado, tenho que foi demonstrado pela autora que a escada que está sendo construída, cujas fotos anexadas às f. 153/160-TJ demonstram que ela ainda não está acabada, pode vir a obstruir o terreno da agravada, caso decida nele construir, o que também é confirmado pelas declarações da testemunha ouvida à f. 75-TJ, que afirmou que “a autora teve prejuízo com a construção da escada pelo requerido, porque ficaria impedida de construir pelos fundos de seu lote, na parede que divide com o balaústre no local onde foi edificada a escada”.

Assim, em cognição superficial, própria para o momento, entendo estar presente o *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, pois há o risco de ser dado prosseguimento à obra e, posteriormente, caso venha a ser julgada procedente, seja necessária a sua demolição, sendo a paralisação medida prudente, que busca evitar a ocorrência de danos tanto à agravada, quanto aos agravantes.

Feitas essas considerações, não conheço das preliminares e, no mérito, nego provimento ao presente agravo.

Custas, pelos agravantes.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

### Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador 1º Vogal, quando, então, o Desembargador Relator não conhecia das preliminares trazidas no recurso e negava provimento.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Pedi vista dos autos na última Sessão de Julgamento para um necessário reexame dos mesmos.

Registro de início que dediquei atenção devida ao substancioso Memorial a mim encaminhado pelos agravantes.

No que diz respeito às preliminares, estou de acordo com o e. Relator quando não conheceu das mesmas, tendo em vista que ainda não foram objeto da apreciação no juízo primevo. Efetivamente, a análise de tais questões neste Tribunal importaria em supressão de instância e ofensa ao direito ao plurigráu.

Efetivamente, descabe analisar matérias que não foram objeto de análise pela decisão agravada, ainda que versando sobre questões de ordem pública, pois tal discussão deve ser travada no juízo monocrático, sob pena de estar a instância revisora antecipando o julgamento de tais preliminares e engessando o entendimento que sequer foi exarado pela d. juíza a quo..

Quanto ao mérito, a concessão da liminar aparenta-se-me adequada, eis que em decisão muito bem fundamentada - f.189/191 a d. julgadora entendeu presentes os pressupostos para o seu deferimento.

Sabe-se que, em se tratando de nunciação de obra nova, para que se obtenha a imediata paralisação da construção, mostra-se necessária a comprovação, juntamente com a inicial, do prejuízo que a obra da demandada, que já fora iniciada, está causando ao prédio do nunciante. Importante anotar que as liminares são examinadas sob um juízo de cognição sumária, tal como as demais tutelas de urgência.

Assim, compete ao Magistrado, com base essencialmente nas provas documentais carreadas, bem como aquelas provenientes da audiência de justificação prévia, emitir um juízo provisório, sem a necessidade de provas cabais, mas apenas indícios razoáveis de que as alegações do demandante sejam plausíveis e que haja o perigo de dano pela demora da prestação jurisdicional.

Ao contrário do afirmado pelos agravantes, entendo que, enquanto a obra estiver em andamento, a mesma é tida como inacabada, o que possibilita o ingresso por aquele que se sentir prejudicado com a ação de nunciação de obra nova.

Na hipótese, os recorrentes afirmam que a escada encontra-se acabada, restando apenas alguns itens a serem finalizados. Ora, ao meu entendimento, conforme a prova encartada aos autos, a obra, de fato, está em fase final de conclusão, mas não está terminada; e, quando do ajuizamento da ação, encontravam-se presentes os elementos necessários à instauração do processo, e, por via de consequência, com a concessão da liminar que determinou o embargo da obra.

Como o e. Relator, entendo, também, que o prosseguimento das obras poderá resultar em maiores prejuízos para ambas as partes, sendo prudente, antes do seu prosseguimento e conclusão, que a questão seja resolvida e a solução encontrada, o que caracteriza o perigo da demora, não havendo amparo para a insurgência recursal.

Com tais acréscimos, também não conheço das preliminares e nego provimento ao recurso.

DES. TARCISIO MARTINS COSTA - Também não conheço das preliminares e, quanto ao mérito, acompanho os eminentes Desembargadores Relator e 1º Vogal.

*Súmula:* NÃO CONHECERAM DAS PRELIMINARES SUSCITADAS E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Alvará judicial - Contenciosidade - Jurisdição voluntária - Inadequação - Interesse processual - Ausência - Carência da ação**

Ementa: Alvará judicial. Contenciosidade. Inadequação da via eleita. Ausência de interesse processual.

- Caracterizado o conflito de interesses em pedido autônomo de alvará judicial, resta obstada a via da jurisdição voluntária, que só se adapta à solução de questões em que ausente a contenciosidade.

- A inadequação da via eleita acarreta *deficit* de pressuposto elementar do processo e a própria carência da ação.

Acolhida preliminar suscitada de ofício.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.096673-9/001 - Comarca de Betim - Apelante: N.G.O. - Apelados: T.R.S.O. e outro, representado por sua mãe R.R.S. - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ANULAR A SENTENÇA DE OFÍCIO E EXTINGUIR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - *Fernando Botelho* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. FERNANDO BOTELHO - Relatório. Trata-se de recurso de apelação interposto por N.G.O. contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Betim, nos autos de pedido de "alvará judicial", acionado por T.R.S.O. e R.R.O., menores, representados pela mãe R.R.S.

No *decisum* de f. 26, o d. Sentenciante, após oitava do MP, deferiu o pedido de expedição de alvará para o levantamento de 30% (trinta por cento) do valor depositado ao apelante, a título de FGTS, na Caixa Econômica Federal.

Em suas razões recursais de f. 28/32, o apelante arguiu preliminar de nulidade do processo por ofensa ao princípio da ampla defesa. No mérito, sustenta que a sua obrigação alimentar é de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos auferidos mensalmente, no que não se inclui o FGTS, que representa parcela de natureza indenizatória.

Pede a reforma da sentença e a gratuidade de justiça.

Intimados, os apelados apresentaram as contra-razões de f. 42/45, pugnando pela manutenção da sentença.

Realizada a audiência de conciliação aos 24.09.2007, esta restou infrutífera.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer, pelas razões expostas às f. 61/65, batendo-se pelo provimento parcial do recurso - para o fito de concessão de justiça gratuita ao apelante.

Juízo de admissibilidade.

O apelante não compôs pólo ativo da presente relação processual.

Todavia, por força do art. 499, *caput*, do CPC - "O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público"- , avia o presente recurso e pugna pela gratuidade de justiça.

É cediço que a doutrina e a jurisprudência pátria conceituam o benefício da gratuidade de justiça como instituto de direito pré-processual, que constitui dispensa provisória de despesas do curso de uma relação jurídica processual.

O art. 4º da Lei nº 1.060/50 determina que, para a concessão do benefício à pessoa física, basta a declaração, levada a efeito pela própria parte ou por seu procurador, de que não possui condições de arcar com custas e despesas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família.

Nesse sentido a jurisprudência:

Ementa: Processual civil. Execução. Pedido de assistência judiciária gratuita. Declaração de hipossuficiência. Suficiência. Recurso provido.

1 - Consoante entendimento jurisprudencial, a simples afirmação da necessidade da justiça gratuita, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50, é suficiente para o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita.

2 - Recurso provido para conceder aos recorrentes, nos autos da execução, os benefícios da assistência judiciária gratuita (STJ - REsp nº 721959/SP - 4ª T. - Rel. Min. Jorge Scartezini - j. em 03.04.2006).

Ementa: Justiça gratuita. Necessidade. Conceito relativo. Médico. Prova de suficiência para as despesas do processo.

Ônus de quem impugna. Embargos declaratórios. Inexistência de vícios. Pretensão modificativa. Impossibilidade. Recurso improvido.

- Os embargos declaratórios, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado, não têm por objetivo renovar a discussão, corrigir ou emendar os fundamentos da decisão.

- A justiça gratuita é benefício ao qual faz jus quem não tem condições de arcar com as despesas de um processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família - inteligência do art. 5º, LXXIV, da CF, c/c o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50.

- A necessidade para os fins de concessão de justiça gratuita é conceito relativo e que deve considerar não só a renda de quem a pleiteia, mas também suas despesas e o valor das custas do processo. Mesmo que o beneficiário da justiça gratuita seja médico, proprietário de imóvel e trabalhe em hospitais, incumbe àquele que impugna o benefício à prova de que tal fato é suficiente para demonstrar que o mesmo pode suportar, no momento, as despesas daquele processo, considerando também as despesas do beneficiário e principalmente o valor a ser pago pelas custas no processo (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.06.062970-6/001 - Relator Desembargador Sebastião Pereira de Souza - j. em 14.07.2007).

*In casu*, a afirmação textual de pobreza, declarada sob as penas da lei, foi colacionada à f. 40.

Sendo desnecessária prova pré-constituída e comprovação da situação econômica do requerente, que alega estar desempregado, defiro a gratuidade pretendida.

Assim, e porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Preliminar - carência da ação.

Os autores pugnam por expedição de alvará judicial para o levantamento de determinada quantia (R\$ 5.000,00) retida na Caixa Econômica Federal.

O importe teria sido ali depositado em razão de rescisão do contrato de trabalho do ora apelante, que, por sua vez, se acha obrigado a pensionamento alimentício dos mesmos autores, dos quais é pai.

Inconformado, o apelante sustenta que não há direito a assegurar aos autores na espécie, pois a importância submetida ao depósito, alvo do *petitum*, não pertenceria àqueles, mas, com exclusividade, a ele apenas, visto que resultante de FGTS, conseqüentemente, de indenização por dispensa laboral, que terá de ser integrada a seu exclusivo patrimônio, intangível, por conseqüência, ao pensionamento alimentar.

Esses os limites da controvérsia ensejadora do recurso a esta Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 61/65, embora aponte a inadequação da via eleita na inicial, opina pela manutenção da sentença recorrida, tendo em vista o caráter alimentar da verba que está sendo executada em autos apartados.

Analisados os autos, tenho que o apelante é pai dos apelados e, no Processo nº 0027.02.8478-9, firmou acordo judicial para o pagamento de 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos a título de pensão alimentícia (f. 34).

Após rescisão de contrato de trabalho firmado com entidade denominada Posto Bandeirantes Ltda., em 11.06.2006, f. 36, obteve o apelante autorização para o levantamento do FGTS.

Objetivando receber a parcela alimentar, os apelados pleitearam, então, a expedição do presente alvará judicial, como ação nova e autônoma.

O pedido autônomo de alvará judicial convoca a jurisdição voluntária, que, por sua vez, não comporta discussões amplas, em face da ausência, nela, de lide a dirimir.

Predomina, no espectro de atuação da voluntária jurisdição, devido ao exame de pedido de alvará, o caráter administrativo da função jurisdicional, consoante leciona Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto e do fideicomisso, etc.

Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o juiz e os interessados.

Não se apresenta como ato substitutivo da vontade das partes, para fazer atuar concretamente a vontade da lei (como se dá na jurisdição contenciosa). O caráter predominante é de atividade negocial, em que a interferência do juiz é de natureza constitutiva ou integrativa, com o objetivo de tornar eficaz o negócio desejado pelos interessados.

A função do juiz é, portanto, equivalente ou assemelhada à do Tabelião, ou seja, a eficácia do negócio jurídico depende da intervenção pública do magistrado (*Curso de direito processual civil*, p. 37).

Para Maria Helena Diniz:

[...] é uma ordem escrita emanada pelo magistrado em favor de alguém, reconhecendo, autorizando ou determinando certos atos ou direitos (*Dicionário jurídico*, p.183, v. 1).

Na lição de Vera Lúcia Feil Ponciano:

[...] esta também é conhecida como 'administração pública dos interesses privados', na qual não se exerce uma jurisdição propriamente dita, uma vez que o juiz não aplica o direito, substituindo a vontade das partes (*Manual de processo civil para a 1ª instância*, p. 71).

Disso decorre flagrante conseqüência, no caso presente, de que o acordo judicialmente celebrado e homologado de pensão alimentícia não se mostra apto a motivar pleito autônomo de alvará.

Homologada por sentença terminativa - que põe fim à relação processual primária (ação de alimentos), na qual fixado o conhecimento da causa alimentícia (f. 34) -, a composição que arbitra o *an et quantum debeatur* a cargo do alimentante, além de comportar execução específica na forma da lei (arts. 732 e 733 do CPC), não permite seja o seu cumprimento desatado do juízo de

origem, visto que constitui essência ou núcleo material essencial da própria *res judicata* ali consolidada (art. 575, II, do CPC).

Desse modo, incidentes da execução daquele título - como o cumprimento de percentuais arbitrados, frente a haveres presentes e futuros do devedor - não podem editar direito autônomo ou sujeitá-lo a novo conhecimento ou a autônoma jurisdição, especialmente porque, para tal, há que se observar a contraditória oportunidade aos envolvidos nos pólos primitivos da demanda alimentar e, ainda, o fato de que o título judicial expedido inibe e blindava, por si, debates novos de conhecimento das razões e fundamentos que o tenham autorizado.

Não se pode, pois, submeter fração integrante do direito desatado em ação de alimentos a jurisdição voluntária nova.

O óbice deriva também do fato de que o pedido autônomo de alvará - como autônoma instância jurisdicional voluntária, na qual presente limitado conhecimento (de caráter meramente administrativo) - não oferta contenciosidade ou campo isolado para assegurar discussões ou dilações probatórias.

A jurisdição voluntária distingue-se da contenciosa, porque, naquela, não há conflito de interesses; nesta, sim, presente a possibilidade de lide, a obrigar o desenvolvimento do devido processo com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Oportuno citar as lições de Edson Prata:

Pretensão é a existência da subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio, escreve Carnelutti. Tanto é pretensão a fundada como a infundada, assim como pode haver pretensão sem direito e direito sem pretensão. Para o mestre italiano, o conflito de interesses se converte em litígio em virtude de uma atividade específica das partes, em que uma delas PRETENDE, enquanto a outra RESISTE à pretensão. Assim, pretensão, em linguagem estritamente técnica, é instituto dos departamentos da jurisdição contenciosa, onde se pede alguma coisa contra ou em favor de alguém, não ingressando na jurisdição voluntária, porque nesta não existem partes nem dois interesses opostos, de uma pessoa contra outra ou em face de outra, mas um desejo de que a atividade do juiz seja utilizada simplesmente para dar força, autenticidade, ou eficácia a um ato ou diligência processual mediante a observância de um direito (*Jurisdição voluntária*, p. 225).

Justamente por ser a jurisdição voluntária “atividade administrativa do Poder Judiciário destinada a tutelar direitos individuais em determinados negócios jurídicos, segundo previsão taxativa da lei”, ao juiz é dada, em seu âmbito, maior liberdade decisória, em busca de solução amparada em equidade, liberta de legalidade estrita (art. 1.109/CPC), o que afasta de seu âmbito dirimir direitos controvertidos, sujeitos, por essência, à aferição contenciosa e ao esgotamento de oportunidade contraditória plena.

No caso em apreço, a narrativa da inicial sugere a existência de valores depositados em favor, nominal, do apelante, mas que poderão, eventualmente, ser convolados em prerrogativa patrimonial dos postulantes/menores, em face do crédito alimentar judicial de que são titulares.

E, sobre isso - aliás, exatamente sobre isso - contendem, acidamente, as partes, contenda que motiva, inclusive, o pleito recursal de reforma.

O apelante, pai dos menores/autores, não concorda com o desconto alimentício diretamente sobre a parcela de FGTS, de natureza indenizatória.

Dessa forma, há nítido conflito de interesses entre as partes, o que desautoriza a utilização do procedimento de jurisdição voluntária, por alvará judicial, que “tem limite e jamais pode ser tido como remédio para todos os males” (RT 639/60-61, 1989).

Acresça-se, ainda, ao óbice o fato, insista-se, de ter sido a *obligatio* alimentícia inserida em sentença transitada em julgado (f. 34), cuja execução específica exige e não dispensa solução contraditória, na forma da lei, perante o juízo de origem da formação do título.

Sendo assim, e *maxima venia* ao douto entendimento ministerial - que considera possível a aplicação, *in casu*, da fungibilidade procedimental para a quitação das controversas parcelas alimentícias em atraso no âmbito deste (im)próprio procedimento não contencioso, ao argumento de que “a fome não pode esperar” (f. 64) -, tenho que peço por *error in procedendo* a escolha da instância presente como via de solução do tema.

Sendo cabível para a solução de questões singelas, sem ofensa aos princípios que norteiam o direito processual, o alvará judicial não constitui sede para a solução de conflitos tais.

Se existem parcelas alimentícias em atraso, o que não restou comprovado neste feito, a lei assegura aos credores/alimentandos, insista-se, diversa via, qual da instância em próprios autos do processo de execução no juízo de origem (f. 54).

Portanto, resta evidenciada flagrante inadequação da via eleita para a solução do direito (art. 295, V, do CPC), a determinar indeferimento da inicial, o que, não tendo ocorrido, recomenda, agora, a extinção do processo, por ausência de pressuposto de sua válida constituição (adequação do procedimento à natureza do direito - art. 267, IV), e, ainda, por ausência de interesse de agir quanto ao pleito autônomo de alvará (art. 267, VI, do CPC).

Acerca do tema, ensina Nelson Nery Júnior:

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida, e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.g., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor). De outra parte, o autor movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela

qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual (*Código de Processo Civil e legislação extravagante*, p. 629).

Posicionamento semelhante é esposado por Alexandre Freitas Câmara:

Não basta, porém, que a ida a juízo seja necessária para que o interesse de agir esteja presente. É mister, ainda, que haja o interesse - adequação -, ou seja, é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada. [...]

Assim sendo, terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda (*Lições de direito processual civil*, p. 124-125).

Insustentável, pois, a decisão guerreada.

Nesses termos, suscito, de ofício, preliminar de carência da ação e de causa de extinção do processo por *deficit* de adequação do procedimento à causa, acolhendo-a, para extinguir o processo sem enfrentamento do mérito.

Conclusão.

Mercê de tais alinhamentos, defiro a gratuidade de justiça ao apelante e suscito, de ofício, preliminar de carência da ação, por falta de interesse processual e de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC. Acolhendo-a, anulo a sentença de mérito e julgo extinto o processo, sem enfrentamento do mérito, prejudicado o recurso de apelação.

Custas, pelos apelados, suspensa a exigibilidade de pagamento, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO BRÁULIO e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

*Súmula* - DE OFÍCIO, ANULARAM A SENTENÇA E EXTINGUIRAM O PROCESSO.

...

**Inventário - Regime de bens - Comunhão universal - Comunicabilidade dos bens - Separação de fato - Ruptura da vida em comum - Bens adquiridos posteriormente - Incomunicabilidade - Ação judicial - Indenização - Ajuizamento na constância do casamento - Direito à meação**

Ementa: Apelação cível. Inventário. Regime de comunhão universal de bens. Comunicabilidade dos bens. Separação

de fato. Ruptura da vida em comum. Incomunicabilidade dos bens adquiridos posteriormente. Indenização proveniente de ação judicial intentada ainda na constância do casamento. Direito à meação.

- Nos termos do art. 1.667 do Código Civil, no regime da comunhão universal de bens, comunicam-se indistintamente todos os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz individualmente para o casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do casamento, constituindo um acervo patrimonial comum, sendo cada cônjuge meeiro em todos os bens do casal.

- Com a dissolução da sociedade conjugal e a liquidação da comunhão, dá-se a partilha e a atribuição a cada cônjuge do bem ou dos bens que comportam na sua meação.

- A separação de fato causa a ruptura da vida em comum do casal, não podendo os bens adquiridos após a separação estar sujeitos à meação.

- Assim, a verba recebida por um dos cônjuges a título de indenização por danos morais, oriunda de ação judicial ajuizada anteriormente à separação do casal, ou seja, proveniente de direitos adquiridos durante a constância do casamento, está sujeita à meação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.097394-1/001 - Comarca de Betim - Apelante: E.M.R.V. - Apelada: H.G.B.S. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2008. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pela apelante, a Dr.ª Carolina Eilzabeth Venâncio.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por E.M.R.V. contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca Betim/MG, nos autos da ação declaratória incidental que move em desfavor de H.G.B.S.

A autora ajuizou a presente ação com a finalidade de excluir a requerida da partilha sobre as verbas indenizatórias recebidas pelo *de cujus* após seu falecimento, bem como colacionar aos autos o imóvel adquirido pelo

casal somente em nome dos filhos da requerida com o falecido, que, na época, eram menores e que foi omitido pela requerida.

A ilustre Magistrada sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido apenas para determinar que fosse trazido à colação o montante recebido em razão da desapropriação do imóvel situado na Av. M.C., no Bairro T.C., que foi objeto de desapropriação amigável em 15.04.2003, pelo valor de R\$ 125.815,93, para integrar o acervo patrimonial do inventário, com a ressalva de que 50% do mencionado valor corresponde à meação da requerida.

Em suas razões recursais de f. 213/236, a apelante assevera, em síntese, que a longa e ininterrupta separação de fato do casal ocasiona a ruptura do regime de bens e que, tratando-se de verba com natureza de frutos civis, essa não se comunica. Assevera que a indenização por danos morais e patrimoniais é personalíssima, pertencendo única e exclusivamente ao patrimônio do titular, no caso, o *de cujus*. Acrescenta, dessa forma, que a recorrida não possui qualquer direito sobre a verba indenizatória recebida pelo *de cujus* após seu falecimento, sendo que a mesma ainda confessou, em ata de audiência, que estava separada de fato desde 1992, de forma ininterrupta e definitiva.

Contra-razões às f. 239/245 pela manutenção da sentença.

Preparo recursal à f. 237.

Conheço do recurso, visto que reunidos os pressupostos legais para a sua admissibilidade.

Extrai-se dos autos que H.G.B.S. e D.R.S., já falecido, se casaram em 05.12.1960 sob o regime da comunhão universal de bens, conforme certidão de f. 06 dos autos de inventário.

Em suma, a controvérsia dos autos reside em se estabelecer se a apelada tem ou não direito à meação das verbas indenizatórias adquiridas pelo *de cujus* após seu falecimento, decorrente de ação judicial ajuizada no ano de 1985, ou seja, antes da separação de fato do casal.

De acordo com o art. 1.667, "o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes".

Em comentário ao art. 1.667, ensina Fabrício Zamprogna Matiello:

Na comunhão universal, os bens que integram o patrimônio individual dos cônjuges na data do casamento passam a constituir um só acervo, cuja titularidade cabe ao casal. Também os itens adquiridos após a celebração comunicam-se instantaneamente, juntando-se ao conteúdo já existente. A cada cônjuge assegura-se metade do conjunto, que permanece indiviso e considerado em fração ideal até o momento da dissolução da sociedade. Portanto, não se pode afirmar de antemão que este ou aquele bem do acervo co-mum pertence ao marido ou à mulher, pois somente depois de rompido o liame societário e apurada a participação concreta dos consortes na partilha é que o

domínio das coisas singularizadas será transmitido (*Código Civil comentado*. 2. ed. LTR, p. 1.091).

Assim, no regime da comunhão universal de bens, comunicam-se indistintamente todos os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz individualmente para o casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do casamento, constituindo um acervo patrimonial comum, sendo cada cônjuge meeiro em todos os bens do casal.

Com a dissolução da sociedade conjugal e a liquidação da comunhão, dá-se a partilha e a atribuição a cada cônjuge do bem ou dos bens que comportam na sua meação.

Como demonstrado nos autos e destacado pela própria requerida em seu depoimento pessoal, o casal já se encontra separado de fato desde 1992, ano em que o falecido deixou o lar e foi morar com seu filho.

Nessa monta, destaque-se que, com a separação de fato, o vínculo do casal interrompe; e, em consonância com a jurisprudência pátria, tenho que devem os bens adquiridos nesse período ser excluídos da partilha.

Ora, com a separação de fato, cessa a comunhão existente entre os esposos, não havendo que se falar em direito à meação de bens caso adquiridos posteriormente.

Assim, a cônjuge-uirago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial.

Nesse sentido, já se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Casamento (efeitos jurídicos). Separação de fato (5 anos). Divórcio direto. Partilha (bem adquirido após a separação). - Em tal caso, tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal. Precedentes do STJ: por todos, o REsp nº 140.649, DJ de 15.12.1997. Recurso especial não conhecido (REsp nº 67.678/RS - Terceira Turma - Rel. Ministro Nilson Naves - j. em 19.11.1999 - RSTJ 142/220).

Portanto, tenho que, com a ruptura da vida em comum do casal, que ocorre com a sua separação de fato, finda, também, a existência do patrimônio comum, não tendo a consorte direito aos bens adquiridos pelo falecido após a separação de fato.

Contudo, esse não é o caso dos autos.

Tem-se que o falecido possuía uma aeronave, que era utilizada para prestar serviços de transporte de cargas, sendo que, em 3 de março de 1980, por engano, acabou sendo preso e tendo seu avião apreendido no aeroporto de Jundiaí, em São Paulo.

Ocorre que, depois de evidenciado o equívoco, o *de cujus* teve seu avião restituído, vindo a ingressar em juízo contra a União Federal e a Infraero no ano de 1985, ou seja, quando ainda se encontrava casado com a inventariante, ora requerida.

A ação contra a Infraero transitou em julgado, sendo que só após seu falecimento a demandada depositou o valor devido, do qual 50% restou retido pela inventariante. Já a ação de indenização pleiteada em desfavor da União Federal, apesar de já transitada em julgado, ainda aguarda o pagamento através de precatório.

Ora, tenho que a verba recebida a título de indenização por danos morais e lucros cessantes diz respeito a direitos adquiridos durante o tempo de casamento entre o falecido e a requerida, portanto sujeito à meação em favor desta última, com fulcro no regime de bens adotado pelo casal, o da comunhão universal.

Ademais, atento ao que determina o art. 1.668 do Código Civil de 2002, tenho que a verba indenizatória retida pela inventariante não se enquadra em nenhuma das hipóteses excepcionais de bens a serem excluídos da comunhão.

Assim, a meu ver, bem andou o ilustre Magistrado primevo em sua decisão, ao entender que a requerida faz mesmo jus à meação do valor recebido a título de indenização pelo cônjuge falecido quando da separação de fato do casal, conforme se depreende da f. 209:

Assim, não há como deixar de reconhecer o direito da requerida à meação da indenização recebida pelo de cujus em ação judicial, repita-se, ajuizada durante a vida em comum e referentes a fatos ocorridos antes da cessação da sociedade conjugal pela separação de fato, bem como a bem adquirido antes da separação.

Ante o exposto, pelas razões acima trazidas, nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a decisão recorrida.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

### **Execução contra a Fazenda Pública - Embargos do devedor - Título executivo judicial - Lei municipal - Inconstitucionalidade - Art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Lei 11.232/05 - Vigência - Sentença - Trânsito em julgado anterior**

Ementa: Processual civil. Execução contra a Fazenda Pública. Título judicial. Embargos do devedor. Inconstitucionalidade de lei municipal. Rejeição liminar. Matéria prevista no art. 741, parágrafo único, do CPC. Inaplicabilidade. Trânsito em julgado da sentença anterior à vigência da Lei nº 11.232/2005.

- Os embargos à execução pautados na alegação de inconstitucionalidade de lei, em que se fundamentou o título executivo judicial, têm sua matéria prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, com redação conferida pela Lei nº 11.232/2005. Transitada em julgado sentença anteriormente à vigência da Lei nº 11.232/2005, inaplicável o parágrafo único do art. 741 do CP. Precedentes do STJ. Não se inserindo as matérias dos embargos à execução em quaisquer daquelas taxativamente previstas no art. 741 do CPC, devem os mesmos ser rejeitados liminarmente.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.07.195239-0/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Município de Ataléia - Apelada: Ivanete Pereira Schmaltz - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Manuel Saramago* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

Versam os autos embargos à execução opostos pelo Município de Ataléia em face de Ivanete Pereira Schmaltz, consubstanciados na inconstitucionalidade das Leis Municipais 1.151/2001 e 1.194/2004, concessivas de reajustes, respectivamente, de 100% e 32,5%.

O MM. Julgador *a quo*, por meio da sentença de f. 08, liminarmente, rejeitou os embargos, por protelatórios, com fulcro no art. 739, III, do CPC, ao fundamento de que a matéria nele versada não se enquadra naquelas previstas no art. 741 do mesmo diploma processual, pelo que condenou o embargante ao pagamento de multa no valor de 10% da execução (art. 740, parágrafo único, CPC).

Com efeito, assim dispõe referido dispositivo processual, com as alterações conferidas pela Lei nº 11.232/2005, com entrada em vigor seis meses após a sua publicação (DOU 23.12.2005), *verbis*:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

- I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
- II - inexigibilidade do título;
- III - ilegitimidade das partes;
- IV - cumulação indevida de execuções;
- V - excesso de execução;
- VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da

obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspensão ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Pois bem. Ao que se infere, pautam-se os embargos à execução em análise na inconstitucionalidade das Leis Municipais 1.151/2001 e 1.194/2004.

Com efeito, este eg. Tribunal de Justiça, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.05.417221-8/000, cuja relatoria coube ao em. Desembargador Gudesteu Biber, assim decidiu acerca da Lei Municipal nº 1.151/2001, em 08.02.2006:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade - Leis 1.151/2001 e 1.196/2004, do Município de Ataléia, de iniciativa legislativa, autorizando, a primeira, o Executivo Municipal a conceder gratificação de até 100% (cem por cento) aos vencimentos dos servidores, e a segunda, a incorporar a referida gratificação aos respectivos vencimentos, no âmbito dos dois Poderes - Inconstitucionalidade - Competência privativa do Chefe Municipal - Ingerência indevida do Legislativo - Geração de despesas para o erário municipal, sem prévia dotação orçamentária suficiente e sem autorização na LDO - Infringência ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no art. 6º da Cemge, de observância obrigatória nos Municípios, nos termos dos arts. 172 e 173, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal - Representação acolhida.

Relativamente à Lei Municipal nº 1.194/2004, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.05.418820-6/000, cuja relatoria coube ao em. Desembargador Edelberto Santiago, aos 31.05.2006, foi deferida medida liminar para suspender temporariamente a eficácia de lei municipal, apenas no efeito *ex nunc*.

Como dito, houve a declaração de inconstitucionalidade de lei, no primeiro caso, e a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia de lei, no segundo caso.

Nem se diga que o título executivo judicial em questão não abordou a questão relativa à concessão dos aumentos previstos nas leis municipais. Ora, ao condenar a Municipalidade ao pagamento das remunerações referentes aos meses de novembro e dezembro de 2004, "segundo o valor salarial de cada época", entendeu, indiretamente, incidentes os reajustes.

Assim, *ab initio*, o fundamento dos embargos à execução sob análise enquadrar-se-ia no disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC.

Ocorre que, transitada em julgado a sentença em execução em 11.05.2006 (f. 31-v. - apenso), quando

não se encontrava em vigor a Lei nº 11.232/2005, e, portanto, quando ainda não vigente o disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC supracitado, de fato, na hipótese em comento, as matérias argüidas nos embargos não se enquadram nas hipóteses taxativas desse dispositivo processual.

Comentando o tema, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, in *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 39. ed., p. 901, assim esclareceram:

O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. (...) Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas de inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à sua vigência.

Na mesma seara, é o posicionamento do eg. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

O art. 741, parágrafo único, do CPC (incluído pela MP 2.180-35/01), por ser norma processual, possui incidência imediata, inclusive em relação aos processos em andamento. Entretanto, deve ser respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, pelo que não se aplica, em princípio, às sentenças com trânsito em julgado em data anterior à vigência da citada MP, qual seja 24.08.2001. Precedentes do STJ (REsp 970816/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 25.09.2007).

Sendo assim, nego provimento ao recurso, por outros fundamentos.

Custas, na forma da lei.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Conheço do recurso, porquanto presentes todos os seus pressupostos de admissibilidade.

Acompanho a conclusão proposta pelo eminente Desembargador Relator, pedindo-lhe vênia apenas para divergir dos fundamentos inseridos em seu voto.

Da ação ordinária em apenso, que contém em seu bojo sentença irrecorrida e transitada em julgado, vê-se que o ente municipal, ora apelante, foi condenado a pagar à apelada verbas salariais em atraso, referentes aos meses de novembro e dezembro de 2004, além do décimo terceiro salário integral relativo ao ano de 2004, segundo o valor salarial de cada época.

Considerando-se o trânsito em julgado da mencionada sentença, a apelada apresentou os seus cálculos de liquidação no valor de R\$ 2.493,31 (dois mil quatrocentos e noventa e três reais e trinta e um centavos).

Inconformada, a Municipalidade, ora apelante, apresentou embargos à execução, alegando haver excesso de execução, haja vista a necessidade de se decotarem do valor apresentado as gratificações e incorporações



concedidas pelas Leis Municipais nº 1.151/01 e 1.196/04. Asseverou, para tanto, que a primeira foi declarada inconstitucional por este Tribunal de Justiça, estando a segunda com sua eficácia suspensa, por força da liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade que tramita perante este eg. TJMG. Acrescentou que a matéria tratada em seus embargos pode ser suscitada a qualquer tempo, por ter sustentáculo em dispositivos legais viciados por inconstitucionalidade.

O Juiz de primeiro grau rejeitou liminarmente os embargos, por considerá-los manifestamente protelatórios.

Dessa decisão apelou o Município de Ataléia, reiterando as razões apresentadas na petição inicial dos embargos e requerendo a cassação da sentença objurgada, para que sejam decotados os aumentos e gratificações concedidos pelas Leis Municipais nº 1.151/2001 e nº 1.196/2004.

Após um exame cuidadoso dos autos, tenho que não merece reparos a r. sentença.

Como se vê, o embargante fundamenta sua pretensão no disposto no art. 741, incisos II e V, do CPC.

Todavia, tenho que as questões levantadas nos embargos, atinentes à incorporação nas verbas salariais pleiteadas pela autora, de gratificações e aumentos concedidos por leis inconstitucionais, já foram apreciadas e consideradas quando do julgamento da ação de cobrança em apenso. Naquela oportunidade, consignou o Magistrado que:

[...] os documentos trazidos aos autos não demonstram o pagamento das verbas pleiteadas na inicial, nem tampouco fazem menção à noticiada ação declaratória de inconstitucionalidade [...] De acordo com o princípio do ônus da impugnação especificada dos fatos, estatuído no art. 302 do CPC, a necessidade de prova dos fatos constitutivos do direito do requerente cede lugar à presunção da veracidade quando a parte requerida não se manifesta precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. A contestação singular e genérica apresentada disso não se desincumbiu, devendo ser considerados verdadeiros os fatos apresentados inicialmente, não se demonstrando por meio de documentos hábeis o recebimento de valores diversos dos alegados pela requerente, ônus que é do requerido, consoante disposto no art. 333, II, do CPC (p. 30/31).

Do excerto acima transcrito, conclui-se, com clareza, que foram rechaçadas as alegações de inconstitucionalidade levantadas pelo ora apelante, encontrando-se a matéria acobertada pelo manto da coisa julgada.

Não obstante o parágrafo único do art. 741 do CPC configure hipótese de relativização da coisa julgada, vejo que, no caso dos autos, não há presença de motivos que ensejem sua aplicação.

Isso porque, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.151/2001, mediante ação direta de inconstitucionalidade que tramitou perante este Tribunal de Justiça sob o nº 1.0000.05.417221-8/000, em momento algum o apelante cumpriu

com seu mister probatório, já que o mesmo não comprovou que, nos cálculos apresentados pela apelada, referentes às verbas salariais pleiteadas pela mesma na ação ordinária em apenso, estão incorporados aumentos e gratificações concedidos por força da lei supra mencionada. O embargante nem sequer colacionou aos autos memória de cálculo discriminando o valor que entende devido.

Portanto, não obstante a decisão relativa à Lei nº 1.151/2001, os elementos presentes nos autos não permitem concluir, com segurança, tenha sido o título judicial, o qual visa o embargante seja declarado inexigível, lastreado em lei considerada inconstitucional. Na realidade, observo que o mesmo reconheceu o direito da autora a uma contraprestação pelos serviços prestados à Municipalidade, em virtude de o mesmo ter respaldo constitucional e de não ter o réu comprovado que os valores pleiteados decorrem de verbas concedidas de maneira ilegal e imoral.

Em julgamento de caso semelhante ao do presente feito, envolvendo o Município apelante, o ilustre Desembargador Kildare Carvalho, no bojo da Apelação Cível nº 1.0686.06.186444-9/001, considerou que:

Na verdade, ainda que em desconformidade com a tese defendida pelo recorrente, não há como deixar de se observar que a sentença em que se lastreia a execução reconheceu como devidas as parcelas referentes a salário, 13º salário e 1/3 de férias, estando fundamentada em artigos válidos do texto constitucional (art. 39, *caput* e § 3º *c/c* art. 7º, *caput* e incisos, da Constituição Federal), sem qualquer ofensa à Lei Maior, o que afasta e não recomenda a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC ao caso dos autos.

Importante acrescentar ainda que, no que diz respeito à Lei 1.194/2004, além das razões acima demonstradas, tem-se que a questão atinente à constitucionalidade desta ainda se encontra na pendência de julgamento pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo somente sido concedida liminar para suspender sua eficácia (ADI nº 1.0000.05.418820-6/000), não havendo, desta feita, que se falar em inexigibilidade do título por estar fundado em lei declarada inconstitucional.

No que tange ao excesso de execução, melhor sorte não assiste ao recorrente. A uma porque, conforme já dito, o mesmo não trouxe documentos hábeis a demonstrar tal excesso. A duas, porque não vislumbro no presente feito a ocorrência de nenhuma das hipóteses elencadas no art. 743 do CPC.

Isso posto, fugindo a pretensão do embargante das matérias taxativamente trazidas pelo art. 741 do CPC, e uma vez que já existe coisa julgada sobre a matéria, considero a sentença primeva incensurável em rejeitar os embargos.

Sobre a taxatividade do rol previsto no art. 741, o STJ assim decidiu:

Processo civil. Embargos à execução por título judicial. Representação processual. Exame de ofício. Impossibilidade nesta instância sem prequestionamento. Precedentes. Art.

741, CPC. Rol taxativo. Doutrina. Recurso desacolhido.

I - O exame da irregularidade de representação processual argüida nas contra-razões ao recurso especial, sem ter sido tratada pelo Tribunal e não tendo sido argüida nas contra-razões de apelação, resta vedado a esta Corte, por falta de prequestionamento, atraindo a incidência do Enunciado nº 282 da súmula/STF.

II - Ainda que se trate de um dos pressupostos processuais, como a irregularidade de representação, sua apreciação de ofício não atinge este Superior Tribunal de Justiça, cuja competência se limita às 'causas decididas' pelos tribunais de segundo grau.

III - Tendo o tribunal da apelação se fundado na ausência de previsão legal para o cabimento dos embargos arrimados em excesso de penhora, sem cogitar da ocorrência ou não, na espécie, da onerosidade excessiva do devedor, falta ao recurso o requisito do prequestionamento em relação à alegada ofensa ao art. 620, CPC.

IV - A redação do art. 741, CPC não permite alargar a enumeração das matérias nele previstas para o cabimento de embargos à execução por título judicial, seja pela literalidade do dispositivo, seja porque a própria natureza do processo de execução veda a ressurreição dos temas já debatidos e decididos no processo de conhecimento, que sepultou as incertezas e conferiu à demanda a definitividade da jurisdição, seja, ainda, porque, como cediço, a execução se ampara em títulos dotados de certeza, liquidez e exigibilidade, sobre cujo direito já se operou coisa julgada.

V - A satisfação do direito antes afirmado no processo de conhecimento constitui a principal finalidade da execução, com a qual não se harmoniza a amplitude da defesa por meio dos embargos à execução por título judicial (STJ, REsp nº 302905/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 25.06.2001).

Ressalte-se, apenas por amor ao debate, que a redação dos incisos I, II e III do art. 739 do CPC foi modificada após o advento da Lei 11.382/2006, publicada em 07.12.2006, cuja entrada em vigor se deu depois de decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação (art. 1º, *caput*, da LICC), o que implica dizer que a aludida lei já vigorava quando da prolação da sentença recorrida.

Como é cediço, as leis de natureza processual incidem imediatamente nas relações jurídico-processuais em curso, o que somente não ocorre quando há total incompatibilidade entre o trâmite até então observado e o novo regramento, fato esse que, indubitavelmente, não ocorre no caso vertente.

Nesse diapasão, reputo escoreita a sentença combatida, uma vez que os presentes embargos são meramente protelatórios, razão pela qual incidente, na espécie, o art. 739, III, do CPC.

Feita a ressalva, também nego provimento ao recurso, embora com fundamentos outros.

Custas recursais, nos termos da lei.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Rescisão contratual - Indenização - Cumulação de ações - Confecção de vestido de debutante - Cláusula de exclusividade - Inobservância - Agressão verbal - Dano moral - Configuração - Contrato de compra e venda - Descumprimento - Rescisão**

Ementa: Ação de rescisão de contrato cumulada com indenização. Confecção de vestido para baile de debutante. Inobservância da cláusula de exclusividade. Agressão verbal. Dano moral. Quebra da confiança e respeito.

- É procedente o pedido de rescisão do contrato de confecção, compra e venda de vestido para baile de debutante se, apesar de contratada a exclusividade, a loja expõe à venda modelo idêntico na mesma praça.

- Configurado o dano moral em razão de agressão verbal dirigida pelo proprietário do estabelecimento comercial ao cliente, deve haver condenação em indenização.

- Justifica-se a rescisão dos contratos de compra e venda quando, em razão do descumprimento de um deles por uma das partes, deixam de existir a confiança e o respeito, requisitos para a realização e perpetuação de um negócio jurídico.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.201951-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Bárbara Design Ltda. e outra - Apeladas: Anely Albuquerque de Oliveira Bispo 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 NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 23 de abril de 2008. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral pelas apeladas a Dr.ª Luciana Diniz Nepomuceno.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Bárbara Design Ltda. e Bárbara Maria Rodrigues Costa, nos autos da ação de rescisão contratual cumulada com declaratória de inexistência de débito, restituição de valores e indenização por danos morais, movida por Anely Albuquerque de Oliveira Bispo e Amanda Antonely de Albuquerque Bispo, contra decisão que julgou procedentes os pedidos iniciais (f. 332/342).

As apelantes alegam que não existe fundamentação jurídica hábil para se rescindir os contratos e ter os valores restituídos, sem tanger ao fato de inexistência de responsabilidade civil a ensejar reparação por danos morais; que o depoimento da testemunha Ludmila Motta de Sales foi manipulado e é duvidoso; que o depoimento da testemunha Roberto da Silva Chaves nada acrescenta aos autos, já que não estava presente no dia dos fatos narrados; que o depoimento do zelador Hernane Rodrigues Soares se limita a dizer que as roupas foram “largadas” na portaria, o que não é verdade; que as testemunhas que arrolaram comprovam que os vestidos foram entregues, dentro do prazo, ao porteiro do prédio, que, por sua vez, se comprometeu a entregá-los à primeira autora, que não se encontrava em casa naquele momento; que o depoimento de Érika Cristina Rocha Cherlotti Brum de Almeida Gontijo é tendencioso e baseado em fatos dos quais só tomou conhecimento por informações das próprias autoras; que inexistiu agressão verbal e não houve dano moral; que não há prova nos autos de que o vestido dotado do caráter de exclusividade tenha sido vendido a outrem, na mesma praça, nem em outra; que, mesmo se considerássemos vedada uma eventual exposição do vestido exclusivo (o que seria, assim, confidencial, e não exclusivo), ainda, em tal hipótese, não houve infringência; que as testemunhas Magaly Souza Gurgel e Ana Rita Soares Matos de Andrade são contundentes no sentido de que a peça abrigada pela exclusividade não foi exposta na vitrine da loja nem estava à venda nesta praça comercial; que a sentença parte de premissa equivocada, já que o vestido que seria usado pela debutante durante o baile não foi desenhado especialmente para o evento, pois que fazia parte de catálogo que já havia sido exposto em duas feiras; que tão-somente o vestido da primeira autora foi desenhado especialmente para o evento; que a rescisão do contrato de compra e venda em relação ao vestido dotado do caráter de exclusividade não poderia ter sido estendida às demais compras; que não há que se falar em devolução dos cheques e valores pagos no contrato celebrado para a compra dos vestidos da mãe e da irmã da debutante, haja vista que os mesmos foram confeccionados a tempo e modo, não existindo qualquer problema em relação aos mesmos; que os vestidos não foram devolvidos às rés; que a fundamentação retro-exposta leva à simples configuração de meros dissabores cotidianos, não passíveis de indenização (f. 357/374).

As apeladas apresentam contra-razões às f. 388/418, pugnando pelo improvimento do recurso e, na hipótese de provimento do apelo, requerem a apreciação do agravo retido de f. 251.

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

Inicialmente, deixamos de apreciar o agravo retido interposto pelas apeladas, já que, no mérito, restará improvido o presente recurso de apelação, como se verá.

Depreende-se dos autos que as apeladas procuraram a loja Bárbara Design, de propriedade da segunda apelante, a fim de adquirirem os vestidos que usariam na comemoração do aniversário de 15 anos da segunda apelada.

Primeiramente, contrataram a confecção de dois vestidos para a debutante e, posteriormente, foi adquirido um terceiro vestido já pronto e exposto na vitrine, e contratada a confecção de um quarto, que seria usado pela primeira apelada.

Fato relevante para o deslinde do feito é que houve contratação de exclusividade em relação a um dos vestidos da debutante, qual seja aquele com o qual dançaria a valsa, como afirmam as próprias partes, na representação e defesa, apresentadas junto ao Procon de Belo Horizonte:

F. 22 - apenso 2: Na oportunidade, ficou pactuado entre as partes que o vestido com o qual a aniversariante dançaria a valsa ‘não seria vendido nesta praça’, mesmo sabendo-se que aquele estabelecimento é de venda *prêt-à-porter*, seguindo-se a confecção desta e das demais peças nos seus trâmites de escolhas e provas, como também os pagamentos que foram efetuados parceladamente.  
[...]

F. 25 - apenso 2: Ocorre que, de fato, houve a compra de vestidos por parte da reclamante, em face da loja da reclamada, sendo que um dos vestidos teria exclusividade, não podendo ser vendido nessa mesma praça, conforme bem aduziu a reclamante em sede de inicial, à f. 09.

A exclusividade, no caso em tela, visava preservar o modelo do vestido que seria utilizado pela debutante durante a valsa em sua festa comemorativa, perante os convidados, proporcionando *glamour* e garantindo o elemento surpresa.

Ocorre que, como narram as autoras/apeladas, durante a prova de um dos vestidos, verificaram a exposição, em uma das araras da loja apelante, de vestido idêntico àquele que contrataram com exclusividade. Ao questionarem a proprietária da loja, foram agredidas verbalmente pela mesma, que acabou por ofendê-las e causar-lhes enorme constrangimento, a ponto de não mais desejarem os vestidos adquiridos naquele estabelecimento.

A testemunha Ludmila Motta de Sales (f. 230/231) se fazia presente na loja apelante no dia da discussão acima mencionada e relata que se interessou pelo vestido pendurado na arara, que seria exatamente igual àquele adquirido pela debutante, e, apesar de não ter escutado as agressões, percebeu a primeira apelada

triste e abatida, sabendo, posteriormente, o que havia ocorrido, por meio da própria agredida.

Alegam as apelantes que o depoimento da testemunha acima é baseado em informações prestadas pela própria apelada e que sua fala teria sido ensaiada.

Ora, a testemunha Ludmila é pessoa imparcial e desinteressada na presente demanda, sendo de extrema relevância o seu depoimento, mormente porque estava no interior do estabelecimento quando da ocorrência dos fatos e pôde descrever a situação em que se encontrava a primeira apelada logo após a discussão, claramente decepcionada, a ponto de se abrir para uma pessoa estranha, relatando toda a humilhação sofrida.

Em que pese o esforço das apelantes em negar a exposição do vestido no interior da loja, este foi em vão, já que houve confissão nesse sentido pelas próprias apelantes:

(...) Cabe também lembrar que a exclusividade requerida pela própria reclamada se deu apenas na mesma praça, ou seja, apenas na cidade de Belo Horizonte, conforme se depreende das alegações desta na inicial.

Sendo assim, lícita é a possibilidade de venda do vestido para outras praças, fora da cidade de Belo Horizonte.

Posto isso, tem-se que o vestido do mesmo modelo adquirido pela autora não encontrava-se (sic) exposto na vitrine, mas no interior da loja, e destinava-se à venda apenas para outras cidades ou Estados, não tendo o mesmo sido vendido para a mesma praça, em respeito ao pactuado (f. 26 - apenso 2).

Como se vê, não é confiável o depoimento da testemunha Magaly Souza Gurgel, que afirmou

que o vestido vendido para a primeira Autora o foi com exclusividade, já que a própria segunda Ré os (sic) tem os desenhos; que o vestido desenhado não ficou na vitrine da loja e nem em arara dentro da loja; que pode afirmar com certeza absoluta que não foi feito nenhum vestido igual àquele da primeira Autora para qualquer outra pessoa, vez que é a depoente e uma outra costureira quem faz os vestidos com exclusividade (f. 248/249).

Ora, a própria apelante afirmou que o vestido se encontrava exposto no interior da loja.

É evidente que os vestidos expostos na arara estão disponíveis para venda e não é crível que as apelantes se negariam a vender algum deles se houvesse interesse por uma cliente. Assim, se pretendessem as recorrentes comercializar o vestido em praça diversa de Belo Horizonte, deveriam mantê-lo em local não visível, e não pendurá-lo juntamente com as peças à mostra para venda.

Prendem-se as apelantes ao argumento de que o vestido exclusivo não fora desenhado especialmente para o evento em tela, já que fazia parte da coleção da loja, bem como já fora remetido para exposição em feiras e outros eventos (f. 147/156).

É fato incontroverso, como já dito, que a segunda apelante se comprometeu à cláusula de exclusividade

em relação ao vestido da debutante. Irrelevante o fato de não ter sido o vestido desenhado para o evento. A obrigação das apelantes era de não expor à venda, em Belo Horizonte, vestido idêntico. Assim, problema algum haveria na exibição do vestido em feiras ou desfiles em outras cidades ou Estados, o que, por sua vez, não afasta o dever das recorrentes de não vendê-lo ou expor à venda, na praça de Belo Horizonte.

Outra questão relevante é a entrega "forçada" dos vestidos, como se vê claramente dos autos, já que o porteiro do prédio onde residem as apeladas deixa evidente, no livro de ocorrências do condomínio, a situação pela qual passou, quando do comparecimento do entregador, preposto da loja Bárbara Design:

(...) 04 cabides contendo roupas.

OBS= Ligar p. loja 32922500. P virem (sic) buscé-las pois o entregador não esperou a empregada buscar. Foram deixados (detalhes) c/ moradores do 1104. (...) (f. 61)

O procedimento foi feito corretamente. O entregador da loja (Bárbara Design) esteve no prédio. E foi comunicado (sic) a empregada sobre cabides c/ camisas, ou roupas. A mesma desceu. O entregador por sua vez não esperou disse que já estava tudo pago era só entregar. E aproveitando do portão sendo aberto com outro morador foi embora deixando as roupas em cima do murinho perto da guarita. Logo mais tarde.

Eu (...) vim a saber que D. Anely moradora apt. 1104 e possível dona das roupas estava c/ problemas c/ a loja. Nem D. Anely nem a loja querem as roupas que ficaram na portaria. Até então eu nada tenho a ver c/ a loja.

Não sou adivinho (sic).

E nada mais tenho a declarar (f. 62)

O zelador Hernane Rodrigues Soares (f. 244/245) confirma os fatos acima narrados.

Como se vê, as apelantes deixaram os vestidos na portaria do prédio das apeladas, que não consentiram com o recebimento. Foi lavrado boletim de ocorrência (f. 64/66) em razão desses fatos.

Após a apreciação conjunta de todas as considerações supra-expostas, vê-se, facilmente, que houve descumprimento do contrato pelas apelantes, que deixaram de observar a cláusula de exclusividade do vestido da debutante, violando os princípios da lealdade e boa-fé.

Verifica-se, ainda, que foi a primeira apelada vítima de dano moral, já que agredida verbalmente pela proprietária do estabelecimento, além de ter sido constrangida a receber os vestidos que não mais desejava, o que chegou ao conhecimento de outras pessoas, como do porteiro, do zelador e do síndico.

O bem jurídico violado, neste caso, foi a justa expectativa e justificável confiança nas apelantes, que obviamente são bens juridicamente protegidos.

Havendo, então, um comportamento ilícito e culposo causador de uma lesão extrapatrimonial, imperativa a imputação do dever de reparar.

A rescisão de todos os contratos firmados entre as partes, e não somente a compra e venda do vestido da debutante, justifica-se, já que a decepção e o desgosto sofridos pelas apeladas fizeram com que não mais se interessassem pelos vestidos confeccionados pelo estabelecimento apelante, já que passaram a inexistir entre as partes a confiança e o respeito, requisitos imprescindíveis para a realização e perpetuação de qualquer negócio jurídico.

Nesse sentido:

Contrato - Prestação de serviços - Término da confiança - Fato relevante - Rescisão com justa causa - Indenização indevida. - A falta de boa-fé, lealdade, clareza e fidelidade nas relações comerciais propicia a rescisão do contrato, sem direito a qualquer indenização e até ao aviso prévio. A informação de fatos relevantes, que podem influir na contratação, constitui um dever preexistente na teoria dos contratos, cuja omissão enseja a rescisão sem direito a qualquer indenização (TAMG - Apelação Cível nº 339.423-4, Primeira Câmara Cível, Rel.ª Juíza Vanessa Verdolim Andrade, j. em 14.08.2001, pub. em 1º.09.2001.)

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelas apelantes.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Acompanhamento o Relator.

DES. DOMINGOS COELHO - Do exame que fiz, entendi que, realmente, as apelantes não cumpriram o compromisso de exclusividade, e ainda restou comprovado o dano moral causado às apeladas, o que justifica a condenação.

Acompanho integralmente o voto do Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Indenização - Compra e venda - Fiança verbal -  
Impossibilidade - Forma escrita - Exigência -  
Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida -  
Dever de indenizar - Dano moral -  
Fixação - Majoração -  
Caráter pedagógico**

Ementa: Indenização. Compra e venda. Fiança verbal. Impossibilidade. Injusta negativação. Dano moral. *Quantum*. Majoração. Caráter pedagógico da condenação.

- A fiança não pode ser prestada verbalmente, pois constitui contrato formal, que exige prova escrita, sendo imprestável, portanto, para comprová-la, a oitiva de testemunha.

- A injusta inscrição em cadastros de proteção ao crédito, por si só, independentemente de prova do abalo à honra e à imagem, gera o dever de indenizar.

- A fixação do valor da indenização por danos morais é de livre arbítrio do julgador, permitindo-se a sua majoração para atender ao caráter pedagógico da condenação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.219415-9/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Globex Utilidades - Apelante adesiva: Maria Helena da Silva Bisi - Apelada: Globex Utilidades, Maria Helena da Silva Bisi - 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 AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO PRINCIPAL. DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - José Antônio Braga - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Globex Utilidades S.A., nos autos da ação de indenização, ajuizada por Maria Helena da Silva Bisi, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, tendo em vista o seu inconformismo com os termos da sentença de f. 86/90 que:

1. julgou parcialmente procedente o pleito inicial, condenando a ré a ressarcir a quantia de R\$ 5.000,00, pelo dano moral causado à autora, corrigida monetariamente e incidindo juros de mora de 1% a.m., desde a citação;

2. condenar, ainda, a requerida a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais, às f. 93/103, requer a parte apelante, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto em audiência (f. 73).

No mérito, sustenta a existência do contrato de fiança, asseverando que o inadimplemento da devedora principal deu ensejo a regular inscrição da fiadora no SPC.

Discorre sobre a responsabilidade aquiliana e o dano moral, argumentando que não existe "prova incontestada da omissão voluntária, da negligência ou imprudência da apelante", não constituindo ato ilícito a comunicação ao SPC do inadimplemento do consumidor.

Alega, mais, que o julgador monocrático levou em consideração a ausência de aviso da inclusão da nega-

tivação, não podendo ser por isso responsabilizada, “uma vez que tal ato é de responsabilidade do órgão de proteção ao crédito”.

Eventualmente, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório, ao argumento de que ele não é razoável e propicia o enriquecimento sem causa.

Preparo regular, à f. 104.

Contra-razões, às f. 107/113, pugnando, em suma, pelo não-provimento do agravo retido e da apelação principal.

Apelo adesivo, às f. 114/117, buscando a recorrente a majoração do *quantum* indenizatório para R\$ 20.000,00 e o arbitramento dos honorários do advogado em 20% sobre o valor da condenação.

Dispensado o preparo, ante o deferimento dos benefícios da assistência judiciária, à f. 13.

Recurso adesivo contra-arrazoado, às f. 120/126.

Apelação principal.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Preliminar - agravo retido - cerceamento de defesa.

A decisão, objeto do presente agravo retido, foi proferida em audiência de instrução e julgamento realizada em 20 de setembro de 2007, conforme ata de f. 73.

A interposição oral de agravo retido é obrigatória quando as decisões interlocutórias são proferidas em audiência de instrução e julgamento, consoante nova redação dada pela Lei 11.187/05 ao § 3º do art. 523 do CPC.

Assim, preenchidos os requisitos legais, esculpido no indigitado artigo, conhece-se do agravo retido, examinando-se o seu mérito.

Insurge-se o agravante quanto ao indeferimento da oitiva de testemunha sob o seguinte fundamento:

A oitiva de testemunha é meio de prova necessária e de fundamental importância para esclarecimento dos fatos da presente demanda, pois, como se vêem nos documentos anexos, esta apresentou à autora como sua fiadora no contrato de folhas. O indeferimento do depoimento da mesma configura nítido cerceamento do direito de defesa, direito este resguardado na CF em seu art. 5º, LVI.

Sem razão, contudo.

Objetiva a parte ré apelante, com a oitiva da indigitada testemunha, demonstrar a condição de fiadora da autora.

Todavia, como bem decidido pelo Magistrado primevo, a fiança não pode ser comprovada através de prova testemunhal.

O art. 819 do CC/2002 é claro ao estatuir que “fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.

Sobre o tema, oportunos os esclarecimentos de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Entendido o negócio jurídico formal como aquele não consumável por qualquer forma, tal qual em regra acontece,

porquanto prevalecendo, em geral, a informalidade, a fiança, somente aperfeiçoando-se por escrito, constitui contrato formal. Não exige a lei, porém, que a outorga se deva dar, necessariamente, por instrumento público. Poderá sê-lo, destarte, também por documento particular. Mas não se admite, na mesma esteira, fiança que seja prestada verbalmente, ainda que assim se tenha contraído a obrigação por ela garantida (PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado*. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 689).

No mesmo sentido:

Dada a natureza especial da fiança, a lei faz depender a sua existência não só do consentimento expresso daquele que a presta, como também de forma escrita. Não existe fiança presumida ou tácita (RT 235/180) (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 510).

Dessa feita, não caracterizado o alegado cerceamento de defesa, já que compete ao juiz, enquanto destinatário da prova, analisar quais entende úteis, indeferindo as meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC.

A propósito:

A prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência de fatos sobre os quais versa a lide (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1996).

Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121 (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 244).

Com tais considerações, nega-se provimento ao agravo retido.

Mérito recursal.

Apesar dos judiciosos fundamentos expendidos pela parte recorrente, entende-se que restou devidamente configurado o dano moral apontado, como reconhecido pelo juízo singular.

Compulsando-se os autos, verifica-se que não consta dos documentos carreados pela empresa requerida (f. 30/34) a assinatura da autora como fiadora do negócio jurídico entabulado entre aquela e a Sr.<sup>a</sup> Sueli Leonarda da Costa Reis.

Observa-se que, de fato, figura a requerente como fiadora naqueles documentos, sem, entretanto, sua expressa anuência, tratando-se de fiança por indicação verbal.

Ora, como dito, o instituto da fiança exige a forma escrita, constituindo contrato formal, sendo inadmissível a sua presunção.

Descaracterizado o contrato de fiança, ante o não-preenchimento dos seus requisitos legais, impossível

imputar à autora, terceira estranha à avença firmada, as conseqüências pelo inadimplemento da compradora, donde se conclui a irregularidade da inscrição efetuada em órgão de proteção ao crédito.

Desse modo, agiu a empresa requerida negligentemente, ao promover a negativação da suposta fiadora, sem se certificar da validade jurídica dos contratos celebrados para tal fim.

É indubitável que a inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito gera para àquele que teve seu nome negativado imerecido constrangimento e prejuízos de diversas ordens, pois inviabiliza a concessão de crédito.

Segundo entendimento jurisprudencial majoritário, tanto o injusto lançamento do nome do inadimplente nos cadastros de restrição ao crédito quanto a sua manutenção indevida são capazes de caracterizar o dano moral, independentemente da negativa ao suposto devedor de crédito ou a conclusão de negócios.

Nessas hipóteses, não são essenciais as provas de danos morais, porquanto tais danos são presumíveis.

Concluindo, a responsabilidade do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação. Logo, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes o nexo de causalidade e a culpa, pressupostos legais para a responsabilização civil.

A propósito:

Responsabilidade civil. Indenização. Danos morais. Negligência. Fato constitutivo do direito do autor, demonstrado. Dever de indenizar configurado. *Quantum* indenizatório. Arbitramento. - Para que surja o dever de indenizar, é mister que concorram três elementos: o dano, a conduta culposa e o nexo causal entre os dois primeiros. Uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente. O dano moral decorre do próprio fato ilícito da inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, independentemente de prova de prejuízo. A prova do dano, nesse caso, é prescindível, pois o prejuízo extrapatrimonial decorre dos efeitos do ato de inscrição indevida. É o chamado dano moral *in re ipsa* (TJMG - 9ª Câmara Cível - Apelação nº 1.0011.07.016639-9/001 - Rel. Des. Osmando Almeida - j. em 11.12.2007 - pub. em 02.02.2008).

No que tange ao argumento de falta de notificação acerca da inscrição em cadastro de restrição ao crédito, totalmente infundado, por não constituir fundamento da sentença combatida.

Patenteado o dever de indenizar, ao exame do montante indenizatório.

Em realidade, existe uma notória dificuldade no arbitramento de indenização por dano moral, em virtude da ausência de critérios objetivos traçados pela lei a nortear o julgamento e de não possuir aquele dano reflexo patrimonial, apesar de não lhe recusar, em absoluto, uma real compensação a significar uma satisfação ao lesado.

Compete ao julgador, segundo o seu prudente arbí-

trio, estipular equitativamente os valores devidos, analisando as circunstâncias do caso concreto e obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É válido transcrever a lição de Clayton Reis, para quem:

O Magistrado sensível, perspicaz e atento aos mecanismos do direito e da pessoa humana, avaliará as circunstâncias do caso e arbitrará os valores compatíveis com cada situação. Esse processo de estimação dos danos extrapatrimoniais decorre do arbítrio do juiz. O arcabouço do seu raciocínio, na aferição dos elementos que concorreram para o dano, e sua repercussão na intimidade da vítima serão semelhantes aos critérios adotados para a fixação da dosimetria da pena criminal, constante no art. 59 do Código Penal (*Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64).

Na verdade, para o arbitramento do *quantum*, deve-se ter em mente que não pode a indenização servir para o enriquecimento ilícito do beneficiado, tampouco ser insignificante a ponto de não recompor os prejuízos sofridos, nem deixar de atender ao seu caráter eminentemente pedagógico, essencial para balizar as condutas sociais.

Caio Mário da Silva Pereira ensina sobre as funções da indenização por danos morais:

O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, veja-se castigado pela ofensa praticada e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazer em contrapartida do mal (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 61).

Eis o posicionamento desta Câmara:

[...] III - Deve-se fixar o valor da compensação do dano moral com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias ao caso concreto, de modo que o valor arbitrado não seja elevado a ponto de culminar aumento patrimonial indevido ao lesado, nem demasiadamente inexpressivo, por desservir ao seu fim pedagógico advindo do ordenamento jurídico atinente à espécie (TJMG - 9ª Câmara Cível - Apelação nº 1.0344.01.000436-6/001 - Rel. Des. Osmando Almeida - j. em 07.02.2006).

Levando-se em conta os parâmetros estabelecidos por esta Câmara e as peculiaridades do caso concreto, não se julga cabível a redução da importância indenizatória. Isso posto, nega-se provimento ao apelo principal. Apelação adesiva.

Conhece-se do recurso, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Insurge-se o apelante adesivo contra o montante da indenização e o percentual dos honorários advocatícios, requerendo o aumento de ambos. Indica expressamente a pretensão de receber a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título indenizatório, e a elevação do percentual dos honorários para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Relativamente ao montante da indenização, ancorado nos argumentos acima expendidos, acredita-se que a sentença recorrida estabeleceu valores incapazes de recompor os visíveis prejuízos e constrangimentos causados em função da conduta da parte apelada adesiva, considerando, principalmente, sua notória capacidade financeira, circunstância que justifica o aumento do *quantum*, em obediência ao caráter eminentemente pedagógico da condenação.

Em casos análogos, a negatização do nome da pessoa natural recebeu da maioria dos componentes desta Câmara uma indenização cujo piso é equivalente a 20 (vinte) salários mínimos na data da sentença, ou seja, R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais).

Com referência aos honorários advocatícios, entende-se que foram arbitrados em percentual suficiente para remunerar condignamente o causídico, atendendo aos requisitos esculpidos no § 3º do art. 20 do CPC, sendo injustificável o seu aumento como pretendido pela recorrente.

Sob tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao apelo adesivo, majorando-se o valor da indenização para R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), mantendo-se a correção monetária e os juros de mora fixados pelo Juízo *a quo*, bem como os ônus da sucumbência, uma vez que a alteração do *quantum* da indenização por dano moral não enseja a modificação da sucumbência.

Custas recursais, pela parte apelante principal.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. negou-se provimento ao agravo retido, em virtude da ausência de cerceamento de defesa;
2. negou-se provimento à apelação principal;
3. deu-se parcial provimento ao apelo adesivo somente para majorar o *quantum* indenizatório para R\$ 7.600,00, mantendo-se a sentença em seus posteriores termos, inclusive quanto aos ônus da sucumbência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e PEDRO BERNARDES.

**Súmula** - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO PRINCIPAL. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

...

### **Mandado de segurança - Prefeito - Mandato - Cassação - Câmara municipal - Nulidade do ato Legislativo**

Ementa: Constitucional. Administrativo. Cassação do mandato de prefeito pelos vereadores.

- Inexistência de denúncia formal, mas de mera *notitia*, com pedido de providências, firmada por pessoa física,

cujas qualidades de cidadão - eleitor, restou incomprovada. Encampação da *denúncia* informal pela Câmara. Instalação de CEI (Comissão Especial de Inquérito), com poderes inquisitoriais. Simultaneidade de atuação dos três integrantes daquela comissão investigativa na ulterior sessão de julgamento. Impossibilidade de os mesmos vereadores serem, a um só tempo, inquisidores e julgadores. Nulidade decretável por evidente interesse, parcialidade e suspeição, com influência na formação do *quorum* e no resultado do julgamento.

- Presidente da Câmara suspeito de parcialidade, pela pretensão, ainda que oblíqua, à vacância do cargo de Prefeito, que veio a ocupar, por renúncia do Vice-Prefeito.

- Além do eventual interesse na cassação, o Presidente da Edilidade, votando em primeiro lugar, teria interferido, ainda que involuntariamente, mas a toda evidência, no resultado final.

- Cabimento e concessão da segurança, para anulação do viciado processo, com reentronização do Prefeito-impetrante em seu cargo, revogada a liminar.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.458511-8/000 (conexão: 1.0000.07.459603-2/000) - Comarca de Pouso Alegre - Impetrantes: Jair Siqueira e Prefeito de Pouso Alegre - Autoridade coatora: Presidente da Câmara Municipal de Pouso Alegre - Litisconsortes: Geraldo Cunha Filho, Luiz Pereira Lopes - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda 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 CONCEDER A SEGURANÇA, REVOGADA A LIMINAR.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008. - Roney Oliveira - Relator.

### **Notas taquigráficas**

Proferiram sustentações orais: pelo impetrante, o Dr. José Nilo de Castro; pela autoridade coatora, o Dr. Denilson Marcondes Venâncio.

Assistiram ao julgamento: pelo impetrante, o Dr. Otávio Pires de Miranda; pela autoridade coatora, os Drs. Valdomir Vieira e Sérgio Antônio C. de Assis.

DES. RONEY OLIVEIRA - Em 05.04.2007, Jair Siqueira, Prefeito Municipal de Pouso Alegre, impetrou o MS nº 1.0000.07.453593-1/000, em que aponta,



como autoridades coatoras, o Presidente da Câmara Municipal e outros Vereadores.

Essa primeira impetração, de índole preventiva, distribuída a este Relator em 09.04.2007, questionava vícios do processo administrativo, instaurado pela Edilidade, visando à cassação do mandato do impetrante, que acabou por desistir do *mandamus*, após consumado o ato cassatório, sendo tal desistência por nós homologada em 1º.08.2007, consoante decisão publicada no órgão oficial do dia 04 daquele mesmo mês.

Sob o nº 1.0000.07.458511-8/000, novo MS foi impetrado em 12.07.2007, pelo mesmo Jair Siqueira, Prefeito Municipal de Pouso Alegre, em petição subscrita pelo Prof. José Rubens Costa, apontando-se coator o Presidente da Câmara Municipal, Vereador Geraldo Cunha Filho, e questionando-se, com pedido de liminar, o já efetivado (em junho de 2007) ato de cassação do impetrante.

Por prevenção, foi o novo MS redistribuído a este Relator, depois de passar por outros, no plantão ou fora dele (Des. Célio César Paduani, Des. Dídimo Inocêncio de Paula - 3ª Câmara Cível e Des. Dorival Guimarães - 5ª Câmara Cível).

O escopo da impetração foi a obtenção da "cautela liminar para suspender a eficácia do nulo ato de cassação do mandato do impetrante, determinando-se seja reintegrado no cargo até julgamento final deste mandado", pedindo-se, a final, "a concessão da segurança para decretar a nulidade da sessão de julgamento, porque não observado o *quorum* qualificado, decretada a nulidade da participação e dos votos da anterior Comissão Especial de Inquérito".

Foram notificados o coator (Presidente da Câmara) e, por cautela, o Vice-Prefeito.

Manifestaram-se e juntaram documentos todos os interessados, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em singelo parecer, pela denegação do *writ*.

Nova e mais abrangente segurança foi impetrada (nº 1.0000.07.459603-2/000), em 02.08.2007, em petição subscrita pelos Drs. José Nilo de Castro e Karina Magalhães Castro Vieira, que passaram a ser os únicos e exclusivos procuradores do impetrante, já que a outorga do novo mandato revogou, ainda que tacitamente, o anterior.

Não se deferiu a cautela liminar de recâmbio, ao cargo, do Alcaide afastado, limitando-se o Des. Dorival Guimarães Pereira, enquanto Relator, à concessão parcial de uma liminar, para que nova eleição para a Prefeitura e a Vice-Prefeitura se fizesse, por via indireta, sem que, no entanto, os eventuais eleitos assumissem o exercício dos respectivos cargos.

Exceções de incompetência foram manejadas (nºs 1.0000.461341-5/000 e 461035-3/000), para o afastamento dos primitivos Relatores (Desembargadores Dídimo Inocêncio de Paula - 3ª Câmara Cível e Dorival

Guimarães Pereira - 5ª Câmara Cível), a fim de que, por prevenção, fossem todos os feitos atribuídos a quem primeiro oficiou num deles.

Acolhidas as exceções, os quase 90 volumes (autos principais e anexos) couberam-me por redistribuição.

Num primeiro momento, em que integrávamos a 8ª Câmara Cível, para este Relator e para aquela Câmara foram os autos direcionados.

Num segundo momento, quando já havíamos sido removidos para esta 2ª Câmara, para cá foi remetido o segundo caderno mandamental, a fim de que também ele fosse por nós relatado.

Para que um só Relator não tivesse que atuar em Câmaras Julgadoras distintas, ajustou-se, administrativamente, o desencontro, de tal forma que os dois processos pendentes corresse, juntos e apensados, com esta mesma Relatoria e somente na 2ª Câmara Cível.

Como a matéria das ações mandamentais é a mesma, mas o segundo *mandamus*, subscrito pelos novos procuradores, é de maior amplitude e abrangência, recomendam a prudência, o bom senso e a economia processual que o julgamento seja conjunto e simultâneo, com relatório e voto únicos.

Manifestaram-se aqui, como já o haviam feito no anterior MS, o coator e os litisconsortes, com robusta e volumosa documentação, também opinando a PGJ no sentido de ser a ordem denegada, pela ausência de direito líquido e certo.

Aduzem os subscritores da novel ação mandamental, à guisa de preliminar, já desatada e superada em irrecorridas decisões, a "(in)existência de litispendência e de prevenção".

Pediram, sem êxito, a concessão de liminar reintegratória no cargo, com suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo nº 01/2007.

Em sítio meritório, pleiteia o impetrante "a nulidade do processo político-administrativo peticado e do Decreto cassatório [...], afastando-se a inelegibilidade de que cogita o art. 1º, I, c, da LC nº 64, de 18 de maio de 1990".

É o relatório conjunto das conexas ações mandamentais, cujo julgamento compete, originariamente, a esta Câmara, por força da nova redação do art. 106, I, c, da Constituição Estadual, decorrente da EC nº 58/2003.

Ao contrário do que sugere o singelo parecer da PGJ, o mandado de segurança, interposto antes do escoamento do prazo decadencial de 120 dias, é meio hábil ao questionamento do ato cassatório do mandato do Alcaide-impetrante, que, diante das apontadas ilegalidades, ostenta direito líquido e certo de defender a apresentação que o povo lhe conferiu, não se lhe podendo exigir que opte pelo caminho mais lento das vias ordinárias, opção que equivaleria a assistir, de braços cruzados, à expiração do quadriênio governamental.

De igual modo, foi o douto e conciso parecerista extremamente rigoroso em sua avaliação de que a desistência do primeiro *mandamus*, de feição preventiva, seria manobra pouco recomendável do impetrante.

*Data venia*, aquela desistência, homologada pelo Relator, decorre da perda de objeto da impetração primeira, cujo desiderato consiste no abortamento do infeccionado processo cassatório. Com sua consumação e a decorrente defenestração do impetrante do Paço Municipal, somente o novo ataque mandamental à consumada cassação passou a ser o único e exclusivo escopo do impetrante.

No que concerne às preliminares de litispendência e incompetência, agitadas pelo impetrante, dou-as por prejudicadas, em face da relatoria única, que me foi conferida, por via de redistribuição, e por estarmos a decidir simultaneamente, em voto único, as duas ações mandamentais conexas.

Feitas tais considerações preambulares, valho-me do substancioso memorial dos procuradores do impetrante, Drs. José Nilo de Castro e Karina Magalhães Castro Vieira, para dele destacar os seguintes tópicos:

- I - Ausência de proporcionalidade partidária na formação da Comissão processante;
- II - Impedimento dos Vereadores integrantes da Comissão Especial de Inquérito no julgamento do processo;
- III - Vícios do processo de cassação, assim entendidos:
  - a) a transmutação dos Vereadores julgadores em denunciante;
  - b) o impedimento do Presidente da Câmara Municipal;
  - c) a impossibilidade de a Lei Orgânica Municipal dispor sobre regras do processo de cassação;
  - d) cerceamento de defesa - negativa de produção de prova pericial e de vistoria - iniciativa de produção de provas pela Comissão Processante;
  - e) descontinuidade da sessão de julgamento, não objetividade de quesitos e ausência de Vereador durante atos da sessão de julgamento.

Sem adentrar no mérito da decisão hostilizada, o que é vedado ao Judiciário fazer, cumpre-nos examinar, tão-só e unicamente, se, no questionado processo, foi observado o devido processo legal, o que deve ser apreciado cuidadosamente, sem açodamento e/ou passionatismo, diante do avassalador resultado, num universo de 11 (onze) vereadores, de 9 (nove) votos pela cassação contra apenas 2 (dois) pela rejeição da acusação, com o conseqüente arquivamento dos autos.

Desprezo, *ab initio*, a tese de que viciado e nulo estaria o processo, porque desobedecida, na composição do órgão processante, a devida proporcionalidade entre os partidos políticos.

Pode ser que tal infecção tenha ocorrido, mas sua eventual admissão não me parece relevante ao desate da *quaestio*, porquanto somente os vereadores e partidos aliçados da Comissão, pela desobediência à proporcionalidade, teriam legitimidade e interesse para reclamar do alijamento - o que inocorreu.

Também afastado, por irrelevância ao desate do *mandamus*, a discussão sobre o eventual cerceamento de defesa, pela ausência de produção probatória.

Não atribuo maior importância, lado outro, à inexistência de denúncia formal, apresentada por cidadão (eleitor), já que o processo foi desencadeado por mera notícia, acompanhada de pedido de providências, subscrita por pessoa física que não fez prova de cidadania, porque seu expediente (ofício, requerimento, pedido de providências, sem os requisitos formais da denúncia) não se faria acompanhar de documento comprobatório de sua qualidade de eleitor.

A partir do momento em que o "pedido de providências" foi encampado e convertido em denúncia por uma Comissão de Inquérito (Investigação) e pela Comissão Processante, o denunciante deixou de ser a pessoa física subscritora da *notitia*, assumindo tal Comissão de Vereadores (qualquer seja o seu nome - de Inquérito ou Investigação) a postura de denunciante.

A quem investiga é vedado julgar, já que não se pode, a um só tempo, ser investigador (policial, inquisidor, apurador) e juiz.

Deflui de tal raciocínio que os três integrantes da Comissão Investigativa (ou que outro nome tenha) - vereadores Luiz Pereira Lopes, Paulo Henrique Pereira Alves e Raphael Prado dos Santos - não poderiam, por suspeição e notória parcialidade, integrar o colegiado de 11 (onze) vereadores processantes e julgadores.

Ocorre que, a um só tempo, os três investigaram, processaram e puniram (cassaram o mandato), embora lhes faltasse isenção e imparcialidade para fazê-lo, já que foram denunciante, inquisidores e proponentes da cassação de mandato por eles próprios julgada e acolhida.

Como se exige *quorum* qualificado de dois terços (2/3) dos vereadores processantes para a aludida cassação, o resultado não pode prosperar, pelo vício de origem (três vereadores impedidos a integrar a sessão de julgamento).

Noutra vertente, como bem pontuado no memorial, o Presidente da Câmara, segundo na linha sucessória, tinha e ainda tem evidente interesse no afastamento do Alcaide, em cujo lugar foi e continua entronizado, pela renúncia do Vice-Prefeito, por este apresentada, sob a surpreendente alegação do "motivo de foro íntimo", poucos dias após o encerramento da sessão que culminou no afastamento do Prefeito-impetrante.

Outra nulidade, inafastável porque insanável, com evidente reflexo na lisura do procedimento, decorre do fato de o Presidente da Câmara de Vereadores (ora guindado à Chefia do Executivo) haver presidido a sessão de julgamento, votando em primeiro lugar, mesmo sem isenção para fazê-lo, já que mal sucedido, por mais de uma vez, na disputa com o impetrante, pela chefia do Executivo.

Reza o inciso I do art. 5º do Decreto-lei nº 201/67 (destacado no memorial do impetrante), "que o

Presidente da Câmara, mesmo se for denunciante, só votará se necessário para completar o *quorum* de julgamento”, sendo certo, conforme destacado no aludido memorial, que “o Vereador-Presidente também encampara o relatório final da C.E.I. (Comissão Especial de Investigação), tendo sido transmudado em denunciante”, embora seu voto não fosse necessário para completar o *quorum*, “quer do recebimento da denúncia (doc. nº 01, f. 15/168, v. 1, da impetração), em que estavam presentes todos os vereadores, mais de dois terços (8 dos 14), quer da sessão de julgamento (doc. nº 02, f. 7.866/7.869, v. 38 da impetração), em votação do quesito condenatório (f. 7.868, doc. nº 02, v. 38 da impetração), pois, começando pelo Presidente a votação, houve 09 (nove) sufrágios condenatórios”.

Arremataram os ilustres subscritores do memorial, com a costumeira propriedade:

O começar a votação pelo Presidente foi sintomático - é a indução condutora dos demais votos, já que a praxe legislativa, neste particular, inadmitte tal ato, e o Presidente nem vota, e quando vota é para completar *quorum*, depois de verificada sua incompletude.

Como se isso não bastasse, a Lei Orgânica do Município de Pouso Alegre, tantas vezes invocada pelos edis para servir de bússola às Comissões, estatui, em seu art. 29, que o Presidente somente votará: “a) na eleição da mesa; b) quando a matéria exigir, para sua aprovação, voto favorável de dois terços dos edis; c) em caso de empate”.

Para a composição da mesa diretora, em votação secreta, é irrelevante que o Vereador Presidente vote em primeiro ou no derradeiro lugar.

Nas duas outras hipóteses, somente é possível aferir a necessidade do seu, após computados os votos dos demais vereadores.

Esses motivos bastam, isoladamente, à invalidação dos trabalhos, sem que nos atenhamos aos fundamentos outros, em que se detém o memorial, quais sejam a descontinuidade da sessão e a ausência temporária (por problemas de saúde) de um dos edis, que não teria assistido à integralidade dos debates, apesar de seu retorno ao plenário no crepúsculo da votação, de que teria participado.

Do vasto repertório jurisprudencial, trazido à colação pelo impetrante, destaco apenas, por sua adequação à espécie, o que se aplica como talho de foice:

Ementa: Apelação cível. Ação de nulidade de ato legislativo. Litispendência e cerceamento de defesa. Inocorrência. Processo político-administrativo. Cassação de prefeito municipal. Participação do mesmo vereador na Comissão Parlamentar de Inquérito e na Comissão Processante. Isenção e imparcialidade inexistentes. Falta de observância do devido processo legal. Nulidade ocorrente. Recursos não providos. - 1. A litispendência exige identidade de partes, de causa de pedir e de pedidos, porque representa repetição de

ação em curso. - 2. As pretensões declaratória, na ação de nulidade, e mandamental, na ação de mandado de segurança, são diversas, afastando a suposta litispendência. - 3. O julgamento antecipado da lide, quando desnecessária a produção de prova oral, não gera cerceamento de defesa. - 4. É defeso ao Poder Judiciário reexaminar prova ou adentrar o mérito do julgamento político realizado pelo Poder Legislativo local, no cumprimento de sua missão constitucional. - 5. O processo político-administrativo para cassação de Prefeito Municipal deve estar isento de irregularidades formais. - 6. Qualquer cidadão tem o direito ao devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa. - 7. O devido processo legal deve ser observado no processo político-administrativo. Os julgadores devem ser imparciais e isentos no julgamento dos ilícitos administrativos. - 8. A falta de integral observância do princípio constitucional do *due process of law* invalida o processo político-administrativo. - 9. A participação de alguns vereadores na Comissão Parlamentar de Inquérito e na Comissão Processante, instauradas pelo mesmo fato, retira a imparcialidade e isenção no julgamento. Essa circunstância lesa o princípio do devido processo legal. - 10. Apelações cíveis conhecidas e não providas, rejeitadas duas preliminares (TJMG - Apelação Cível nº 1.0193.03.007650-2/007 - Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, DJ de 10.06.2005).

Ementa: Vereador. Cassação de seu mandato. Comissão processante. Impossibilidade de dela participar membro integrante da CPI ensejadora de sua instauração. Comprometimento da imparcialidade (ainda que político o julgamento). Lesão a direito líquido e certo do processado. Ofensa ao *due process of law*. Conseqüente nulidade do processo cassatório. - A participação de membro da CPI em Comissão Processante, nela fundada e destinada à cassação de mandato de vereador, acarreta sua nulidade (dela, Comissão), por evidente comprometimento da imparcialidade no julgamento do processo cassatório, ainda que seja este de cunho político. Ademais, quem apresenta denúncia fica impedido de votar sobre ela e, por óbvio, participar da Comissão Processante, pois o liame acusatório que passa a existir, entre denunciante e o denunciado, o impede (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.187805-7/000 - Rel. Des. Hyarco Immesi, 4ª Câmara Cível, DJ de 19.04.2001).

Ementa: Mandado de segurança, impetrado contra ato praticado pela Câmara Municipal, instituidora de CPI para apuração de irregularidades do Chefe do Executivo municipal. Denegação da segurança. Alegação de violação ao princípio do contraditório e ampla defesa. - 1. Possuindo as CPLs função fiscalizadora de atos políticos, não configura *bis in idem* a apuração destes mesmos fatos através de ação popular pelo Poder Judiciário. - 2. A participação de membro da CPI em Comissão Processante, nela fundada e destinada à cassação de mandato de vereador, acarreta sua nulidade (dela, Comissão), por evidente comprometimento da imparcialidade no julgamento do processo cassatório, ainda que seja este de cunho político. Ademais, quem apresenta denúncia fica impedido de votar sobre ela e, por óbvio, participar da Comissão Processante, pois o liame acusatório, que passa a existir, entre denunciante e o denunciado, o impede. - 3. Provimento do recurso (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.216394-7/000 - Rel. Des. Célio César Paduani, 4ª Câmara Cível, DJ de 19.02.2002).

EMENTA: Administrativo. Processo de cassação de mandato de Prefeito pela Câmara Municipal. De acordo com o art. 5, I, do Decreto-lei n.º 201/67, 'se o denunciante for vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação'. Tendo o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pela Câmara, o caráter de denúncia, os vereadores que o aprovaram e o submeteram à deliberação da Câmara ficam impedidos de votar a matéria no Legislativo do Município. Não importa lesão a direito líquido e certo seu ato do Presidente da Câmara que os impediu de participar de tal votação. Requerimento, constante da apelação, para mandar-se a autoridade coatora convocar os suplentes, não constou da inicial e não pode, assim, ser considerado, porque o julgamento da segurança é feito em função do pedido do autor. Apelo desprovido (TJSC - Apelação Cível n.º 5429 - Rel. Des. João José Schaefer, 4.ª Câmara Cível, DJ de 07.12.1995).

Além dos julgados supratranscritos, que ilustram o memorial, convém destacar:

Mandado de segurança. Comissão Processante. Recebimento de denúncia. Votos proferidos por Vereadores impedidos de votar na questão. Nulidade do processo, por evidente vício em sua origem. - 1. O recebimento da denúncia por parte da Câmara de Vereadores, não obstante ser ato de cunho político, encerra em si juízo de valor acerca dos fatos apresentados, incidindo, dessarte, as causas de impedimento e suspeição comuns aos julgadores. - 2. Nesse sentido, incide sobre os vereadores membros de Comissão Processante o disposto nos arts. 134 e 135 do CPC. - 3. Em tendo sido colhidos os votos de vereadores em flagrante impedimento, resulta nulo o recebimento da denúncia, visto que referidos votos foram de fundamental importância para a recepção do processo administrativo (TJMG - MS n.º 1.0000.07.455552-5/000 - Rel. Des. Jarbas Ladeira - 2.ª Câmara Cível do TJMG - Julg. em 04.12.2007 - Publ. em 18.12.2007).

Mandado de segurança. Processo de cassação de mandato de Prefeito Municipal. Presença do mesmo vereador na comissão parlamentar de inquérito e na comissão processante. Ausência de imparcialidade, isenção e neutralidade. Violação ao devido processo legal. - A participação de vereador na comissão especial de inquérito (natureza inquisitiva) e na comissão processante (natureza decisória) macula a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto retira a imparcialidade, a neutralidade e a isenção do julgamento do processo que pode resultar na cassação do mandato de Prefeito pela Câmara Municipal (TJMG - MS n.º 1.0000.00.350312-5/000 - Rel.ª Des.ª Maria Elza - 5.ª Câmara Cível do TJMG - Julg. em 27.05.2004 - Publ. em 25.06.2004).

Direito administrativo e constitucional. Processo político. Administrativo. Prefeito. Cassação. Quorum. Vereador impedido. - Nos termos da Carta Magna vigente, o quorum necessário para recebimento de denúncia pela Câmara Municipal contra Prefeito é de 2/3 de sua composição. Se votou vereador impedido, não foi atingido tal quorum. Ademais, mesmo que esse voto não fosse indispensável, a participação de vereador impedido macularia a votação,

evitando de nulidade o procedimento (TJMG - MS n.º 1.0301.02.007308-8/001 - Rel. Des. Edivaldo George dos Santos - 7.ª Câmara Cível do TJMG - Julg. em 17.02.2004 - Publ. em 26.03.2004).

Destaco, ainda, do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança. Agravo regimental. Reconsideração. Prefeito municipal. Cassação. Infração político-administrativa. Liminar deferida 1. No âmbito do STJ, é excepcional a admissão de medida cautelar, intentada na esfera de sua competência recursal. 2. Caracterizada a plausibilidade do direito vindicado nos autos, traduzida na quase palpável irregularidade perpetrada pela Câmara Municipal, ao permitir que, na votação final do *impeachment* fosse computado voto de parlamentar diretamente interessado no afastamento do prefeito, para fins de obtenção do quorum de 2/3 (dois terços) exigido em lei, há de ser deferida a medida liminar, para suspender a deliberação da Casa Legislativa até o derradeiro julgamento do recurso ordinário. 3. Agravo regimental a que se dá provimento (STJ - AgRg na MC 8571/AM - Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 2004/0098492-7 - Rel. Min. João Otávio de Noronha - 2.ª Turma - Julg. em 10.08.2004 - Publ. no DJ de 29.11.2004, p. 269).

Com tais razões de decidir, a que acresço os fundamentos outros das iniciais e do memorial do impetrante, concedo a segurança, para anular, pelos apontados vícios, os mencionados trabalhos preparatórios e decisórios da Câmara de Vereadores do Município de Pouso Alegre, tornando sem efeito o DL n.º 01 /2007, cassatório do mandato do Prefeito Jair Siqueira, ora impetrante, e determinando sua imediata reentronização no cargo de que se viu defenestrado pelo infecionado ato legislativo, expedindo-se, para tanto, mandado reintegratório.

Por força de tal decisão, revogada fica a liminar autorizativa da realização de eleições indiretas para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito de Pouso Alegre.

Custas, *ex lege*.

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente. O mesmo cuidado que o Des. Roney Oliveira, que posso atestar, teve com esse processo, também o fiz da mesma forma e cheguei à mesma conclusão de S. Ex.ª. Sem ser formalista, constato que o processo, como está, não pode ser albergado e não pode ser tomada outra decisão, a não ser a de S. Ex.ª.

Ponho-me de acordo com o eminente Relator.

DES. NILSON REIS - Sr. Presidente. Ouvi-as, com atenção, e é sempre bom ouvirmos sustentações orais como as do Prof. José Nilo de Castro e a do Dr. Denilson Marcondes Venâncio. Podemos notar que o seu conteúdo foi eminentemente técnico, por isso, parabeno a ambos pelas sustentações orais em favor de seus clientes.

Recebi memorial do impetrante, subscrito pelo Dr. José Nilo de Castro e pela Dr.ª Karina Magalhães Castro. Os autos, como bem salientou o eminente Relator, conduzem ao resultado a que S. Ex.ª chegou e de que se convenceu, de modo que, do cuidadoso exame dos autos, que sempre fazemos em razão da própria consciência do julgador, da sua imparcialidade, no comprometimento com o juramento que fez, diante da matéria que os autos retratam e fotografam, de maneira minudente, como o eminente Relator fê-lo, conscientemente, acompanho seu voto, concedendo a segurança, e também revogando a liminar.

É como voto, Sr. Presidente.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Cumprimento os ilustres advogados pelo empenho em prol do impetrante e do impetrado, deduzindo argutas sustentações orais, as quais ouvi com atenção.

As questões postas em debate já são costumeiras no tablado desta Câmara. Em relação a elas, tenho assumido uma posição conservadora, no que tange às arguições de suspeição dos julgadores das representações deduzidas em processo de responsabilidade contra terceiros.

Como foi muito bem lembrado da tribuna pelo Dr. Denilson, o ambiente da disputa política não aconselha que se adotem, pelos julgadores políticos, os vereadores, os mesmos parâmetros de isenção e de imparcialidade que se adota em relação aos juízes, membros do Judiciário, pois as funções do Legislativo e do Judiciário são de diversa natureza: onde não há similitude, não se podem aplicar as mesmas regras.

A despeito disso, acompanho o voto do eminente Relator, no que tange à questão do *quorum*, que, conforme já externado em outras ocasiões, adiro àqueles que entendem que é necessário o *quorum* especial em tais circunstâncias, devendo a denúncia ser recebida por dois terços dos membros da Casa Legislativa, por simetria com o disposto no art. 86 da Constituição da República.

Assim entendendo, levando em conta que são onze os vereadores membros da Câmara Municipal do Município de Pouso Alegre, os dois terços alcançariam o número de oito vereadores. Se desses oito, três são considerados suspeitos ou impedidos, como é o caso de se considerar aqueles que analisaram, receberam e deram acolhimento à denúncia - porque, como bem lembrado pelo eminente Relator, não se pode admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, acusador e juiz -, então, deduzindo o número desses três vereadores, a denúncia deveria ter sido acolhida por um mínimo de sete votos e o foi por seis.

Considerando essa incompatibilidade aritmética, do número de votantes com aquele que a lei exige, ponho-me de acordo com a conclusão do eminente Relator, dispensando-me de tecer mais longas considerações, até

mesmo pelo adiantado da hora, em relação às demais questões do processo, as quais dou por prejudicadas.

Em assim entendendo, na trilha do eminente Relator, manifesto constrição, no momento, de decidir causa dessa magnitude, pelas paixões que desperta, pela importância na vida política e social de um Município populoso e importante do Estado de Minas Gerais, com a consciência de que o julgamento dos homens nos tribunais é falível e de que prevalece, no que tange aos tribunais, o último julgamento, não porque, talvez, ele seja o melhor ou mais verdadeiro, mas porque seja o proferido por último.

Acompanho o eminente Relator para conceder a segurança, nos mesmos termos em que o faz S. Ex.ª e, para o mesmo fim, inclusive, para cassar a liminar já concedida, e que permitiu que se deslanchasse, no Município de origem, processo eleitoral diverso.

É como voto.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente. Como habitualmente faço, ouvi, com atenção, as duas brilhantes sustentações orais e cumprimento os ilustres advogados. Também registro que recebi substancial memorial produzido pelo impetrante, subscrito pelos Drs. José Nilo de Castro e Karina Magalhães Castro Vieira.

Tudo que havia para ser dito já o foi. Apenas acrescento que repele a consciência jurídica da atual ordem constitucional que alguém seja, ao mesmo tempo, acusador e julgador. Todos nós, Magistrados há mais tempo, lembramos - porque todos tivemos atuação, no início de carreira, em jurisdição penal -, o constrangimento que tínhamos em algumas ações penais que deveriam ser instauradas por portaria nossa, para, no final, julgarmos. Em boa hora, o Constituinte de 88 varreu essa excrescência jurídica, atribuindo, com exclusividade, a atuação como *dominus litis*, nas ações penais públicas, ao Ministério Público.

Realmente, quem acusa, insisto, não deve julgar. Não importa se é num processo judicial ou se num processo político. Como assinalou o eminente Relator, o julgamento contém esse vício, a nosso aviso insanável e agravado pela circunstância de que o então Presidente do Legislativo local, se necessário, seria o último a votar, tenha votado em primeiro lugar, além de suspeito por seu interesse, ainda que indireto, no resultado desfavorável ao impetrante, no julgamento político.

Por todas essas circunstâncias e considerações, peço licença ao eminente Relator para acompanhar, na integralidade seu judicioso voto, e conceder a segurança, cassando a liminar.

**Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA, REVOGADA A LIMINAR.**

...

**Constitucional - Administrativo - Ação ordinária - Militar transferido para a reserva remunerada por conta de eleição para cargo - Valor dos proventos - Art. 95, inc. II, c, c/c o art. 136, inc. IV, da Lei nº 5.301/1969 - Revogação pelo art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989 - Extrapolação dos limites da delegação pelo Chefe do Executivo - Referendo do Legislativo - Suprimento da irregularidade - Inconstitucionalidade da Lei Delegada nº 37/1989 - Não-ocorrência**

Ementa: Constitucional. Administrativo. Ação ordinária. Militar transferido para a reserva remunerada por conta de eleição para cargo. Valor dos proventos. Art. 95, inc. II, c, c/c o art. 136, inc. IV, da Lei nº 5.301/1969. Revogação pelo art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989. Extrapolação dos limites da delegação pelo Chefe do Executivo. Referendo do Legislativo. Suprimento da irregularidade. Inconstitucionalidade da Lei Delegada nº 37/1989. Inocorrência.

- O art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989, ao tratar do cálculo do soldo proporcional nas hipóteses de transferência remunerada, fê-lo de forma suficientemente abrangente para alcançar todas as situações de inativação não albergadas no inc. I do mesmo dispositivo, pelo que não se cogita de especialidade ou da norma da Lei nº 5.301/1969 relativamente à daquele diploma legal.

- Não há falar em extrapolação dos limites da delegação dada pelo Legislativo Estadual ao Governador para a edição da aludida lei delegada, se se verifica que, além de a matéria relativa ao valor do soldo dos servidores transferidos para a reserva estar incluída no tema de revisão remuneratória do pessoal da Polícia Militar, o referendo do texto legal pela Assembléia Legislativa teve o condão de convalidar o alegado vício.

- Também não se vislumbra a inconstitucionalidade na Lei Delegada nº 37/1989 por haver disciplinado o cálculo do soldo dos militares inativos diferentemente da Lei nº 5.301/1969, já que, em razão de ter sido editada antes da Constituição do Estado de 1989, a lei delegada possui o mesmo nível hierárquico do Estatuto dos Servidores Públicos Militares.

Recurso não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.897607-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: César Romero do Carmo - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM**

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de ação declaratória c/c ordinária de cobrança ajuizada por César Romero do Carmo em face do Estado de Minas Gerais, objetivando, na condição de militar da reserva remunerada, a revisão dos seus proventos de 16/30 (dezesseis trinta avos) para 16/25 (dezesseis vinte e cinco avos), bem como a condenação do requerido ao pagamento das diferenças pretéritas desde dezembro de 2000.

Adoto o relatório da sentença (f. 94/100), por correto, e acrescento que o il. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (um mil reais), observada a assistência judiciária.

Em virtude da manifestação às f. 101/104, o il. Juiz *a quo* restituiu ao requerente o prazo recursal à f. 106.

Embargos declaratórios opostos pelo autor às f. 111/112, rejeitados à f. 115.

Nas razões recursais de f. 116/126, o apelante alega, em síntese, que, diferentemente do asseverado pelo il. Sentenciante, o art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37, de 13.01.1989, não teria revogado tacitamente a disposição especial do art. 95, inc. II, alínea c, da Lei nº 5.301, de 16.10.1969, a qual asseguraria ao militar transferido para a reserva remunerada em virtude da assunção de cargo eletivo o recebimento do soldo à razão de 1/25 (um vinte e cinco avos) por tempo de serviço. De outro lado, defende que, mesmo se houvesse ocorrido a citada revogação, o dispositivo da lei delegada, além de extrapolar os limites estabelecidos na Resolução nº 4.582, de 1º.12.1988, da Assembléia Legislativa de Minas Gerais - que delegou ao Chefe do Executivo atribuições apenas para revisar a remuneração do pessoal da PMMG -, incidiria em evidente inconstitucionalidade, ao extinguir vantagem prevista no Estatuto da Polícia Militar, recepcionado pela Constituição do Estado com *status* de lei complementar, a teor do art. 65, § 2º, inc. III.

Contra-razões às f. 128/138, pela manutenção do *decisum*.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Segundo se colhe dos autos, o apelante é servidor público militar, que, após ser diplomado na Justiça Eleitoral para assumir cargo eletivo, se transferiu para a reserva remunerada em 14.12.2000, com direito a proventos calculados à razão de 16/30 (dezesesseis trinta avos), nos termos do art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989. Diante disso, pretendeu ele a revisão do soldo para a proporcionalidade de 16/25 (dezesesseis vinte e cinco avos), com fulcro no art. 95, inc. II, alínea c, c/c o art. 136, inc. IV, da Lei nº 5.301/1969, o que restou indeferido pelo il. Juiz da causa.

De fato, as hipóteses de transferência do militar para a reserva remunerada se achavam originariamente previstas no art. 95 da citada Lei nº 5.301/1969, complementado, entre outros, pelo art. 136, cujo teor é o seguinte:

Art. 95. O militar transferido para a reserva remunerada, nas condições dos arts. 136, 137 e 142 deste Estatuto, perceberá:

I - o soldo do posto e vantagens incorporáveis que perceber na ocasião;

a - se contar 30 (trinta) anos de efetivo serviço;

b - se atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo e contar mais de 20 (vinte) anos de efetivo serviço;

II - o soldo e vantagens incorporáveis proporcionais ao tempo de serviço, nas seguintes condições:

a - se atingir a idade-limite de permanência na ativa e contar 20 (vinte) anos, ou menos, de efetivo serviço, à razão de 1/25 (um vinte e cinco avos) por ano de serviço;

b - se contar mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício na Polícia Militar e a transferência se der em virtude do disposto nos arts. 17 e seu parágrafo e 18 deste Estatuto, à razão de 1/30 (um trinta avos) por ano de serviço;

c - quando enquadrado no item IV do art. 136 deste Estatuto, à razão de 1/25 (um vinte e cinco avos) por ano de serviço.

[...].

Art. 136. Será transferido para a reserva remunerada o oficial ou praça que:

I - completar 30 (trinta) anos de efetivo serviço;

II - atingir a idade limite de permanência no serviço ativo;

III - (Revogado pelo art. 12 da Lei Complementar nº 28, de 16.07.1993).

IV - houver sido eleito para cargo e tiver 5 (cinco) anos ou mais de serviço.

A seu turno, a Lei Delegada nº 37/1989 também trouxe norma disciplinadora da matéria de transferência para a reserva remunerada, estabelecendo, contudo, condições parcialmente distintas do normativo anterior, *in verbis*:

Art. 43. O militar transferido para a reserva remunerada perceberá soldo:

I - integral:

a) se contar 30 (trinta) ou mais anos de serviços;

b) se atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo e contar mais de 20 (vinte) anos de serviço;

II - proporcional, à razão de tantas quotas de 1/30 (um trinta avos) ao soldo quantos forem os anos de serviço, nos demais casos.

A partir da legislação reproduzida acima, a primeira observação a fazer-se é que a Lei Delegada nº 37/1989, ao tratar da forma de cálculo do soldo proporcional, foi suficientemente abrangente para alcançar todas as hipóteses de transferência remunerada que não as indicadas no inc. I do art. 43. Bem por isso, com a devida vênia do apelante, não há falar em maior especialidade do dispositivo da Lei nº 5.301/1969 em relação ao da lei delegada, pois ambas disciplinam inteiramente os casos de passagem do militar para a reserva.

Nem se argumente que a circunstância de o art. 51 da lei delegada não fazer expressa referência à revogação das normas do Estatuto denotaria a vigência destas, pois, além de o dispositivo em questão tratar da extinção de vantagens pecuniárias percebidas pelos militares - e não propriamente da revogação de dispositivos da lei anterior -, o art. 53 dá amparo à revogação das disposições legais em contrário.

Feitos esses registros, tenho que a solução da questão posta em julgamento depende de verificar se a previsão veiculada na Lei Delegada nº 37/1989 de pagamento do soldo ao militar transferido para a reserva à razão de 1/30 (um trinta avos) conforme o tempo de serviço - em oposição à norma do Estatuto do Pessoal da Polícia Militar, que alberga a proporção de 1/25 (um vinte e cinco avos) - afigura-se ou não legítima. Em suas razões recursais, o apelante insiste na inconstitucionalidade do dispositivo daquela lei, seja por haver excedido aos limites da delegação feita pelo Legislativo Estadual, seja por ter extinguido vantagem estabelecida no Estatuto da Polícia Militar - este último recepcionado pela CEMG/89 com *status* de lei complementar.

No tocante ao primeiro argumento suscitado pelo recorrente, verifico, de fato, que a Assembléia Legislativa, por meio da Resolução nº 4.582, de 1º.12.1988 (cópia à f. 55), conferiu ao Governador atribuições para "proceder à revisão da remuneração do pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, através de lei delegada" (art. 1º), incluídas especialmente as de instituição de um único soldo para cada posto ou graduação e de adoção de um percentual único para gratificações de tropa e de Gabinete (art. 2º), o que resultou na edição da Lei Delegada nº 37/1989.

Em que pese o inconformismo do apelante, a matéria relativa à revisão remuneratória não se restringe à disciplina dos vencimentos dos servidores em atividade, tampouco à concessão de direitos e vantagens a determinada categoria, podendo também compreender, ante o caráter abrangente da expressão, o reexame da forma de cálculo dos proventos dos servidores que passaram para a inatividade. Daí por que, a meu aviso, a disposição da Lei Delegada nº 37/1989, no sentido de que o soldo proporcional do militar transferido para a reserva fosse calculado na proporção de 1/30 (um trinta avos), não ofendeu os limites da delegação dada pelo Legislativo.

Por outro lado, mesmo se se entendesse pela ocorrência da pretendida extrapolação, observa-se que a Resolução nº 4.582/1988 dispôs, em seu art. 4º, o seguinte: “A lei delegada será submetida ao referendo da Assembléia Legislativa, no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua promulgação, sem prejuízo da imediata aplicação de seus efeitos”.

Em cumprimento ao previsto no dispositivo transcrito, o então Governador do Estado encaminhou ao Presidente da Assembléia Legislativa o texto da Lei Delegada nº 37/1989, por meio da Mensagem nº 896, de 12.04.1989 (f. 37). Segundo se depreende do documento de f. 36, o indigitado diploma legal foi referendado pelo Plenário da Casa Legislativa em sessão realizada em 25.04.1989 (com publicação em 27.04.1989), comunicada a aprovação ao Chefe do Executivo pelo ofício enviado em 10.05.1989.

Ora, diante do referendo do texto legal pela Assembléia Legislativa, aí incluída a previsão do pagamento do soldo proporcional à razão de 1/30 (um trinta avos) ao militar transferido para a reserva remunerada, tenho que não haveria mais cogitar da ocorrência de vício por inobservância dos limites da delegação, em virtude da convalidação do ato pelo Poder delegante.

Assim, também não subsiste a pretensão do apelante à luz do malferimento das balizas impostas pela Resolução nº 4.582/1988 do Legislativo Estadual.

Por fim, quanto à tese do recorrente de que o art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989 padeceria de inconstitucionalidade por reduzir vantagem prevista no Estatuto do Pessoal da Polícia Militar - o qual a Constituição Mineira recepcionou com *status* de lei complementar, nos termos do art. 65, § 2º, inc. II -, não lhe assiste melhor razão.

De fato, como visto, a Lei Delegada nº 37/1989 foi editada pelo Governador do Estado em 13.01.1989 e referendada pela Assembléia Legislativa em 25.04.1989, tendo por objeto a revisão remuneratória do pessoal da Polícia Militar do Estado. Assim, porque expedida antes da promulgação do Texto Constitucional de 1989, a legislação questionada apresenta o mesmo nível hierárquico da Lei Estadual nº 5.301/1969, não se lhe aplicando o óbice do § 1º do art. 72 da CEMG/89.

Diante disso, *data venia* do apelante, o art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989, ao prever o pagamento do soldo proporcional ao militar transferido para a reserva à razão de 1/30 (um trinta avos) conforme os anos de serviço, promoveu, de forma tácita, a derrogação do art. 95, inc. II, alínea c, do Estatuto do Pessoal da Polícia Militar - que fixava a fração de 1/25 (um vinte e cinco avos) na hipótese de eleição do militar para cargo -, pelo fato de apresentar disposição incompatível com esta, assim configurada a hipótese do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil, *in verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando rege inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Pelas razões acima expostas, é de se manter a sentença de improcedência do pedido do autor de revisão de seus proventos.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Reservando para outra oportunidade o exame mais profundo da questão, por ora, acompanho o eminente Desembargador Relator.

DES. ELIAS CAMILO - De acordo.

*Súmula*: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Reintegração de posse - Invasão de terreno - Cessão de direitos - Contrato - Transferência da posse**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Invasão de terreno. Cessão de direito. Pessoas jurídicas. Prova da posse. Rejeitar preliminares. Liminar deferida. Recurso provido.

- O contrato de cessão de direito é instrumento que representa verdadeira relação obrigacional de direito material e serve para transferir a posse.

**AGRAVO Nº 1.0024.08.969846-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Vitor Pneus Ltda. - Agravados: Rodrigo Martins Machado e outro - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Alberto Henrique* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral, pela agravante, o Dr. Felipe José de S. L. Nogueira.



DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Vitor Pneus Ltda., contra decisão interlocutória de f. 37/39-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada pela agravante, Vitor Pneus Ltda., em desfavor dos agravados, Rodrigo Martins Machado e Joviano Gabriel Maia Mayer, que indeferiu o pedido liminar de reintegração de posse.

Irresignada, busca a agravante a reforma da decisão, para que lhe seja concedida liminar de reintegração de posse, ao argumento preliminar de que houve cerceamento de defesa na audiência de justificação prévia realizada, em razão da impossibilidade de produção de prova testemunhal e da juntada de novas provas documentais. Aduz, no mérito, que resta caracterizado o esbulho possessório e também a sua posse e propriedade do imóvel em litígio que são comprovadas através dos documentos juntados aos autos.

À f. 155 foi negado efeito suspensivo ao agravo.

Contraminuta às f. 160/190, argüindo, preliminarmente, intempestividade recursal, formação deficiente do recurso e descumprimento do art. 526 do CPC.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conexão do recurso.

Preliminar de cerceamento de defesa.

A agravante alega em suas razões que houve cerceamento de defesa por parte do d. Juízo *a quo*, que julgou ser desnecessária a oitiva testemunhal arrolada e a juntada de novas provas documentais.

Em razão do exposto, requer seja anulada a decisão interlocutória que indeferiu o pedido liminar de reintegração de posse, com a designação de nova audiência de justificação prévia, para que possa produzir as provas pretendidas.

Não assiste razão à agravante, em sua pretensão.

Conforme previsto na ata de audiência à f. 35-TJ, ao ser iniciada a fase probatória, constatou-se que a pessoa arrolada pela agravante como testemunha é a pessoa do preposto que esteve em representação da empresa autora na audiência.

A teor do art. 405, § 2º, inciso III, do CPC, é impedido o preposto de atuar como testemunha no processo em que representa uma das partes.

Ademais, conforme demonstra a documentação acostada aos autos, a agravante não arrolou tempestivamente outra testemunha para ser ouvida em audiência, o que elimina a possibilidade de acolhimento do alegado cerceamento de defesa.

Quanto à alegação da agravante relativa ao prejuízo que lhe foi causado por não ter o d. Juiz acolhido a juntada das provas documentais requeridas, entendo que compete ao juiz, como destinatário da prova, pelo seu livre convencimento, determinar a realização de

provas que entenda úteis e necessárias à instrução processual, assim como admitir a juntada de documentos, se os entender necessários para alicerçar a sua convicção e dar à lide uma justa solução. Correto, pois, o indeferimento da juntada de provas documentais, tendo em vista que, sendo a posse fato, sua prova não se faz através de documentos, ressalvadas algumas exceções, como é o caso destes autos.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal:

Agravo de instrumento - Produção de prova pericial - Critério unicamente do juiz - Recurso improvido. - O juiz é o destinatário das provas e somente a ele caberá decidir sobre a necessidade ou não de sua realização. A pesquisa será livre dentro da linha de seu raciocínio, dando o valor que julga ter cada uma delas. A produção de provas, portanto, constitui direito da parte, mas comporta temperamento a critério da prudente discricção do magistrado que preside o feito, com base em fundamental juízo de valor acerca de sua utilidade e necessidade (TAMG, AI 0436972-2, 7ª Câmara Cível, Rel. Unias Silva, j. em 25.03.2004).

Diante do exposto, não há como acolher a preliminar argüida.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Peço vista.

DESª. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador 1º Vogal, quando, então, o Desembargador Relator rejeitava a preliminar.

BARROS LEVENHAGEN - Acompanho integralmente o Relator.

DESª. CLÁUDIA MAIA - Também acompanho, integralmente.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Preliminar de formação deficiente do recurso.

Aduzem os agravados que o agravante não cumpriu com o disposto no art. 525, inciso II, do CPC, uma vez que deixou de trasladar cópias de peças que instruem a petição inicial e que são fundamentais para o entendimento do Colegiado sobre os limites da lide.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o agravante cumpriu com o disposto no art. 525, inciso II, do CPC, uma vez que foram devidamente juntadas as peças que devem instruir o recurso de agravo, razão pela qual não deve ser acolhida a preliminar argüida pelos agravados.

Rejeito a preliminar argüida.

Preliminar de descumprimento do art. 526 do CPC.

Alegam os agravados que o agravante não cumpriu com o disposto no art. 526 do CPC, uma vez que não juntou aos autos do processo principal, no prazo de três dias, cópia da petição do agravo e do comprovante de sua interposição.

Razão não assiste aos agravados, já que, conforme comprovam os documentos de f. 193/205 dos autos, o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC, ao protocolizar, no dia 03.04.2008 (quarta-feira) cópia da petição do agravo, comprovando, devidamente, a sua interposição.

Rejeito a preliminar argüida.

Ultrapassada a análise das preliminares argüidas pelos agravados, passo à análise das razões de recurso do agravante.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo.

DES.<sup>a</sup> CLÁUDIA MAIA - De acordo.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Mérito. Em razões recursais, alega a agravante que faz jus à concessão de liminar de reintegração de posse, uma vez que resta caracterizada a sua posse e propriedade do imóvel em litígio por ter realizado negócio jurídico, através de termo de cessão ou transferência, cuja interveniente foi a Codemig - Cia. de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais, e, também, o esbulho possessório.

De acordo com a regra prevista no art. 927 do Código de Processo Civil, na ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar "a sua posse; o esbulho praticado pelo réu; a data do esbulho; a perda da posse".

Em relação à posse, verifica-se, através dos documentos de f. 67/71, que o terreno em litígio foi adquirido pela empresa Codemig - Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais e posteriormente transferido para a agravante, conforme termo de f. 70 e comprovante de pagamento de f. 71.

*In casu*, trata-se de transmissão de posse entre pessoas jurídicas, restando claro, pelas provas documentais apresentadas, que as relações jurídicas de direito material realizadas entre as partes são válidas, configurando-se como instrumento de transferência da posse.

Nesse sentido, é o entendimento deste egrégio Tribunal:

Ação de reintegração de posse - Contrato de promessa de doação de imóvel - Esbulho possessório - *Legitimatío ad causam* - Posse indireta - Proteção possessória. - O Código Civil brasileiro dispõe em seu art. 493, inciso III, que a posse pode ser adquirida por qualquer dos modos de aquisição em geral. Qualquer que seja a natureza do ato jurídico da tradição haverá a transferência de posse do titular anterior para o novo titular. Ainda que a tradição seja simbólica, consubstanciada, por exemplo, pela entrega das chaves, a posse do imóvel que sofreu o esbulho tem o amparo da proteção possessória, sendo, portanto, legítima para ajuizar a ação de reintegração de posse aquele que recebe a posse indireta de imóvel (Recurso nº 2.0000.00.351364-4/000(1), Rel.<sup>a</sup> Maria Elza, p. em 06.04.2002).

O ato jurídico celebrado entre a empresa Codemig e a agravante é, portanto, instrumento que representa

relação obrigacional de direito material e serve para transferir a posse. Aliás, dos documentos anexados pela agravante, verifica-se que seria edificado no terreno o Distrito Industrial de Jatobá-Mancha B, cujo processo de desapropriação já ocorreu para fins de fomento industrial, tendo a empresa que antecedeu a agravante na posse do imóvel, realizado obras de terraplanagem, como se infere do anexo fotográfico de f. 52. Assim, inequívoco terem existido ali atos que induziam a posse da agravante e sua antecessora.

Em situação parecida, este Tribunal se posicionou no sentido de que, efetivamente, há a transferência da posse, quando existe um contrato de cessão de direitos sobre o imóvel, objeto da possessória, mormente quando se trata de cessão realizada por duas pessoas jurídicas, como é o caso.

O contrato de cessão de direito é instrumento que representa verdadeira relação obrigacional de direito material e serve para transferir a posse (Apelação Cível nº 2.0000.00.493666-5/000, TJMG, Rel. Des. Luciano Pinto).

Resta configurada, assim, a posse da agravante sobre o terreno em questão, o que a autoriza a pleitear a liminar de reintegração de posse.

A ação de reintegração de posse consubstancia instituto passível de ser aviado por aquele que foi desapossado da coisa, injustamente, com o fim de reavê-la e restaurar a posse perdida.

Nesse sentido, elucida o professor Sílvio Rodrigues:

A ação de reintegração de posse é concedida ao possuidor que foi esbulhado. Dá-se o esbulho quando o possuidor é injustamente privado de sua posse. São pressupostos necessários para o êxito da reintegração: que tenha havido esbulho e que o mesmo date de menos de ano e dia (Direito Civil, V/62, nº 36).

*In casu*, nota-se que a perda da posse da agravante se deu por ato de esbulho praticado pelos agravados e por outros componentes do mesmo movimento social.

Conforme narra o boletim de ocorrência juntado aos autos, à f. 49, segundo relato dos próprios agravados, o terreno em litígio foi invadido pelos componentes do movimento social, do qual fazem parte, com o intuito de desapropriação, ao argumento de que não está sendo cumprida a sua função social.

Registre-se que não constitui pressuposto para a proteção possessória a demonstração inicial da produtividade ou da função social que a propriedade, *in casu* o terreno em litígio, cumpre. Todas as comprovações relativas à função social deverão ser discutidas quando da desapropriação.

Nesse sentido, é o entendimento deste egrégio Tribunal:

Reintegração de posse. Atendimento aos requisitos do art. 927 do CPC. Comprovação do cumprimento da função social da

propriedade. Desnecessidade. - O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do art. 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe (Recurso nº 2.0000.00.477227-8/000(1), Rel. Pedro Bernardes, p. em 1º.08.2006).

Assim, tendo restado claro que a agravante tinha a posse indireta do terreno em litígio, adquirida através das relações de direito material, e que houve a sua perda por ato dos agravados, a reintegração liminar é medida que deve ser deferida, razão pela qual deve ser reformada a r. decisão proferida.

Diante do exposto, rejeito as preliminares argüidas pelas partes e dou provimento ao recurso para deferir a liminar de reintegração da autora na posse do imóvel.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - De acordo.

**Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO**

...

**Usucapião extraordinária - Domínio - Aquisição - Lapsos temporal - Posse mansa e pacífica superior a 20 anos - Acesso - Ônus da prova - Continuidade e pacificidade - Demonstração**

Ementa: Direito civil. Usucapião extraordinária. Aquisição de domínio. Lapsos temporal. Posse mansa e pacífica por mais de 20 anos. Acesso possessória. Ônus da prova. Continuidade e pacificidade demonstradas.

- A lei não exige título formal translativo da posse, com o que sua aquisição, no tocante à forma, é livre, exigindo-se, apenas, que ela não se ressinta dos vícios de violência, clandestinidade ou precariedade.

- Para a aquisição do domínio mediante a usucapião extraordinária, possuidor é aquele que detém a posse efetiva do imóvel, com ânimo de dono, continuamente e sem oposição de quem quer que seja, pelo lapso de tempo igual ou superior a 20 anos.

- É procedente o pedido de usucapião extraordinária quando, invocada a *accessio possessionis*, os recorridos

cuidaram de comprovar o efetivo exercício da posse pelos antecessores, o que é possível quando há continuidade e pacificidade das posses.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.03.002161-9/001 - Co-marca de Mateus Leme - Apelantes: Lúcio Alves Garcia e sua mulher - Apelado: Antônio Batista de Oliveira - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2008. - *Unias Silva* - Relator (assinatura do Presidente conforme art. 82, VII, do RITJ).

**Notas taquigráficas**

DES. UNIAS SILVA - Ao relatório de f. 131, que adoto na integralidade, apenas acrescento que o feito, em razão do que restou decidido no acórdão de f. 134/143, foi declarado nulo desde a citação, por restar reconhecida pela Turma Julgadora a ilegitimidade passiva de um dos réus. Por via de consequência, foi anulado o processo da ação reivindicatória desde a sentença (autos em apenso).

Voltado e processado o feito regularmente, o MM. Juiz de primeiro grau entendeu por bem julgar procedente o pedido usucapiendo para os fins de declarar o domínio do imóvel descrito na exordial em favor do requerente (f. 289/303).

Não se conformando, os suplicados Lúcio Alves Garcia e sua mulher interpuseram recurso de apelação. Através das razões recursais acostadas às f. 305/308, almejam seja reformado o *decisum* objurgado para fins de julgar improcedente o pleito inicial.

Aduzem que tanto o parecer do ilustre representante do Ministério Público assim como a decisão de primeiro grau foram contrários às provas produzidas nos autos, notadamente os documentos acostados pelas partes e as provas testemunhais.

Afirmam que os documentos citados pelo RMP não são demonstrativos de exercício de posse por José do Carmo; que o recibo de f. 14 se refere à parte do pagamento da venda do lote do autor e o outro se refere à transferência de José do Carmo e sua mulher da posse que documentalmentemente não adquiriram.

Argumentam que, além de terem informado que compraram a área em 1994 e também provado as assertivas constantes em sua petição inicial (f. 04), os próprios fatos permitem deduzir que primeiro ele comprou o lote 24 para depois adquirir a posse do lote vizinho.

Alegam que, não havendo mudanças de cercas, plantações, construções, não há sequer que se falar em junção de posses da mesma espécie.

Pugnam, em suma, pelo provimento do recurso.

Juntam, ao final, cópias das razões lançadas no recurso de apelação aviado contra a primeira sentença prolatada, bem como cópia de uma parte de tal decisão (f. 310/318).

Contra-razões não apresentadas - certidão de f. 322.

Preparo não efetuado, por estarem os recorrentes sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Sendo este o relatório necessário, passo a decidir.

Sem preliminares a expungir, no mérito, tenho que não socorre razão aos apelantes.

Cuida a espécie de ação de usucapião extraordinária movida por Antônio Batista de Oliveira em desfavor de Gerson Gomes da Silva, através da qual pretende o autor a declaração do domínio e, por conseguinte, a emissão de título hábil a registro do lote de nº 03 da quadra nº 08, situado no Bairro Suzana, Município de Mateus Leme.

Alega o suplicante ter adquirido a posse mansa e pacífica de referido imóvel da pessoa de José do Carmo Rodrigues, em 20.06.1994, tendo este último adquirido a área acima descrita diretamente das mãos de Jovelino Rabelo e esposa, em 30.03.1968, com ânimo de dono, sem interrupção ou qualquer oposição.

*Ab initio*, cumpre esclarecer que, com o advento na nova lei civil substantiva, o prazo prescricional relativo à usucapião extraordinária é de 15 anos (art. 1.238 do CC/02). Contudo, no caso em espeque, impõe-se a aplicação do disposto no art. 2.028 do citado diploma legal.

O art. 2.028 do CCB/02 é taxativo ao determinar que:

serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Assim, aplica-se ao presente caso o prazo de prescrição aquisitiva, que é de 20 (vinte) anos, sendo, portanto, aplicáveis à espécie as disposições dos arts. 550 e seguintes do CC/16.

Como é sabido, a usucapião é o modo originário de aquisição do domínio pelo exercício de posse continuada, mansa e pacífica durante determinado espaço de tempo definido na lei, sendo certo que, em se tratando de usucapião extraordinária, o prazo estipulado na legislação civil aplicável ao caso é de 20 anos, nos termos do art. 550 do Código Civil/16, *in verbis*:

Art. 550 - Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé, que, em tal

caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis.

Do dispositivo legal transcrito *in retro*, constata-se que é requisito essencial para a caracterização da usucapião extraordinária o exercício da posse por vinte anos *cum animo domini*, mansa, pacífica, contínua e pública.

A propósito, os tribunais do país têm decidido que:

A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição (Tito Fulgêncio, in *Da posse e das ações possessórias*, v. 2 - Jurisprudência, p. 450).

Nesse diapasão, o mestre civilista Orlando Gomes, ao analisar, especificamente, o requisito posse, ensina que:

A posse que conduz à usucapião deve ser exercida com *animus domini*, mansa e pacificamente, contínua e publicamente.

a) O *animus domini* precisa ser frisado para, de logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse...

b) A posse deve ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. O possuidor tem de se comportar como dono da coisa, possuindo-a tranquilamente. A vontade de conduzir-se como proprietário do bem carece ser traduzida por atos inequívocos. Posse mansa e pacífica é, numa palavra, a que não está viciada de equívoco. Na aparência, oferece a certeza de que o possuidor é proprietário.

c) Além de pacífica, a posse precisa ser contínua (in *Direitos reais*, nº 116, p. 155).

Outro não é o entendimento do professor Caio Mário da Silva Pereira:

No primeiro plano está, pois, a posse. Não é qualquer posse, repetimos; não basta o comportamento exterior do agente em face da coisa, em atitude análoga à do proprietário; não é suficiente a gerar aquisição, que se patenteie a visibilidade do domínio. A posse *ad usucapionem*, assim nas fontes como no direito moderno, há de ser rodeada de elementos, que, nem por serem acidentais, deixam de ter a mais profunda significação, pois a lei a requer contínua, pacífica ou incontestada, por todo o tempo estipulado, e com intenção de dono. [...] Requer-se, ainda, a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida sobre a *conditio* do possuidor, ou ninguém possa pô-la em dúvida, mas para assentar que a contestação a que se alude é a de quem tenha legítimo interesse, ou seja da parte do proprietário contra quem se visa a usucapir.

A posse *ad usucapionem* é aquela que se exerce com intenção de dono - *cum animo domini*. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade (in *Instituições de direito civil*, v. IV, nº 305, p. 105).

*In casu*, ao contrário das assertivas lançadas nas razões do apelo, tenho que o autor demonstrou os requisitos necessários ao deferimento do pedido de usucapião, quais sejam: a posse, mansa e pacífica por mais de 20 anos ininterruptos, sem qualquer oposição ou turbacção de terceiros, que, segundo a afirmação legal, traduzem-se em continuidade e tranqüilidade da posse, e, por último, o ânimo de possuir como seu o imóvel.

Ora, o que se lê dos testemunhos colhidos durante a instrução da causa, confirma que a área descrita na exordial já estava há mais de 20 (vinte) anos na posse do apelado, que a sempre exerceu, praticando atos reveladores do *animus domini* sobre o imóvel.

A prova produzida, notadamente testemunhal, é firme no sentido de comprovar a sucessão da posse do lote pelo autor, haja vista que o Sr. José do Carmo adquiriu o referido lote em março de 1968 - conforme comprovado pelo documento de f. 13 - contrato de compromisso de compra e venda, cedendo-o posteriormente ao apelado - conforme demonstrado pelo documento de f. 14.

Verifico que, no caso *sub judice*, insurgem-se os apelantes tão-somente no que se refere à posse exercida pelo Sr. José do Carmo Rodrigues - antigo possuidor do referido imóvel, porquanto aduzem que o Sr. José do Carmo jamais exerceu a posse física sobre o imóvel usucapiendo em período anterior à venda do imóvel ao apelado, ocorrida em 1994.

Contudo, a posse exercida pelo Sr. José do Carmo encontra-se sobejamente comprovada nos autos, não só pelo fato de ter o mesmo adquirido a propriedade do Sr. Jovelino Rabello como também pelas declarações prestadas por Maria de Fátima Lima e Francisco Chagas Alves - f. 75 e 76 dos autos.

Junte-se a isso o fato de que, de acordo com os documentos acostados pelo recorrente, verifica-se que, apesar de ter adquirido por escritura pública de compra e venda o lote descrito na exordial em 30.09.86, somente procedeu ao registro da mesma em 10.04.2001, ou seja, dois meses após o ajuizamento da demanda de usucapião.

Frise-se: as provas testemunhais e documentais produzidas nos autos, pelos recorrentes, ao contrário do que tentam fazer crer, autorizam a procedência do pedido, tendo o Magistrado de primeiro grau laborado com o costumeiro acerto ao proferir a sentença objurgada, valendo aqui transcrição de trechos da fundamentação por ele externada:

Uma leitura atenta dos depoimentos permite concluir que, mesmo antes da venda ocorrida em 1994, o imóvel foi cedido ao autor, o qual, em nome próprio ou de José do Carmo, pouco importa, passou a realizar atos efetivos de posse, capinando e plantando na área. Assim sendo, *data venia*, em que pesem os jurídicos argumentos apresentados pelos contestantes, mesmo não tendo José do Carmo realizado pessoalmente atos que exteriorizem publicamente a manifestação da posse, conforme

admite ao 'vender' ou 'ceder' o imóvel para Antônio Batista de Oliveira em 1976 e tendo este exercido indiscutivelmente atos possessórios - em nome próprio ou de José do Carmo - desde esta época, inegável preencher os requisitos para a usucapião.

Não se exige que, pelo tempo necessário, a coisa seja possuída pela mesma pessoa, facultando a lei que o prescribente faça juntar à sua posse a do antecessor - *accessio possessionis* -, observando-se que: I) na sucessão a título universal, dá-se sempre *accessio*; II) na que se realiza a título singular, o usucapiendo pode fazer junção, contanto que sejam ambas aptas a gerar usucapião.

Em que pese merecerem as testemunhas ouvidas em juízo ser alvo de desconfiança, sendo pequenas contradições lugar comum em se tratando de prova oral, bem como os documentos apresentados serem analisados com reserva, já que carecem de requisitos que lhes autenticem a data e a confecção, ainda forçoso se torna concluir que efetivamente houve, sem oposição, exercício da posse por José do Carmo Rodrigues e pelo autor por mais de vinte anos (f. 297/298).

Com efeito, o pedido restou procedente, exatamente porque o apelado comprovou o efetivo exercício da posse pelos antecessores em eloqüente atestado de que: somar posses é permitido, mas, delas, não deve haver qualquer dúvida.

Nesse sentido a jurisprudência:

Reivindicatória. Usucapião. Defesa. Posse. Soma. Antecessor. Possibilidade.

- Admite-se a soma da posse do ocupante anterior do imóvel à posse do atual ocupante para defesa em ação reivindicatória, se ambas têm todos os requisitos da posse *ad usucapionem*.

- Não têm direito à reivindicação do imóvel os proprietários se o possuidor comprova a posse vintenária, mansa e pacífica, com a soma da posse de seu antecessor, nos termos do art. 552 do Código Civil (Extinto TAMG, Apelação Cível 309.641-3, Relatora a eminente Des.<sup>a</sup> Vanessa Verdolim Andrade, j. em 22.08.00).

E mais:

Usucapião. Pedido amparado na *accessio possessionis*. Obrigatoriedade de os autores provarem o efetivo exercício da posse pelos seus antecessores pelo tempo necessário. Aplicação do art. 282, III e IV, do CPC (do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *RT*, v. 764, p. 212).

Quanto ao pleito reivindicatório - autos em apenso -, esclareço que, uma vez demonstrados pelo réu da ação reivindicatória sua posse ininterrupta, mansa e pacífica, o lapso temporal e o *animus domini*, há que ser julgado improcedente o pedido inicial.

E, no presente feito, conclui-se, sem medo de errar, que os requisitos para o reconhecimento da usucapião foram preenchidos pelo apelado, sendo certo que os argumentos por ele lançados no presente recurso de apelação não servem de empecilho à obtenção da declaração de domínio pleiteada na inicial.

Com tais razões de decidir, acolhendo o douto parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a bem-lançada sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, inclusive no que toca ao pleito reivindicatório.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES D. VIÇOSO RODRIGUES e ELPÍDIO DONIZETTI.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Indenização - Seguro - Perda total -  
Três orçamentos - Praxe não obrigatória -  
Cobrança de valores - Seguradora - Liquidação  
extrajudicial - Veículo - Remoção - Juros -  
Correção monetária - Honorários de  
advogado - Possibilidade**

Ementa: Civil. Indenização. Seguro. Perda total. Apresentação de três orçamentos. Desnecessidade. Cobrança de valores. Seguradora em liquidação extrajudicial. Remoção do veículo. Juros. Correção monetária. Honorários. Possibilidade.

- A apresentação de três orçamentos pelo autor não é obrigatória, tratando-se apenas de praxe judiciária, e sua inobservância não tem força para desconstituir o dever indenizatório da seguradora.

- A liquidação extrajudicial da empresa não acarreta a não-fluência de juros ou a impossibilidade da cobrança de correção monetária e de honorários advocatícios, visto que tais parcelas constituem direitos do autor.

- A satisfação do crédito será apurada de forma mais específica em fase de liquidação de sentença, analisando o patrimônio ativo da empresa.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.094093-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Interbrazil Seguradora S.A., em liquidação - Apelado: Guindastes Triângulo 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 AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - D. Viçoso Rodrigues - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. D. VIÇOSO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Interbrazil Seguradora S.A. contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da presente ação de cobrança ajuizada por Guindastes Triângulo Ltda., julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a ré a indenizar a autora no valor de R\$ 45.000,00 por danos materiais, bem como no pagamento das despesas suportadas por esta com traslado até a cidade, a qual deverá ser apurada em liquidação de sentença.

Irresignada, a ré interpôs o presente recurso de apelação defendendo a necessidade de reforma da sentença pelos fundamentos a seguir expostos.

Alega a ré, preliminarmente, a incompetência superveniente do juízo e, conseqüentemente, a nulidade da sentença, pelo fato de se encontrar em liquidação extrajudicial, sendo o foro competente para julgar a presente ação aquele em que se encontra o estabelecimento da empresa.

Ademais, protesta também pela suspensão do feito pelo mesmo motivo acima citado, a liquidação extrajudicial da empresa.

Em relação ao mérito, aduz que não deve prosperar a maneira conforme foi requerido o valor de perda total do veículo, pois deve a indenização recair sobre o valor do bem sinistrado no momento da ocorrência do acidente, bem como não deve ser aceita a condenação ao pagamento das despesas referentes à remoção do veículo, por se tratar de abuso da apelada, que requereu pedido de algo não vislumbrado no contrato de seguro e, ainda, não apresentou provas do fato.

Argúi ainda, em caráter de eventualidade de manutenção da sentença, a não-fluência de juros, pois, conforme o art. 49 da Lei Complementar 109/2001, não fluirão juros contra a empresa que sofrer liquidação extrajudicial, devendo, ainda, pelo mesmo motivo, não haver incidência de correção monetária de valor, e, se for feito o cálculo, este deverá ocorrer a partir do momento da condenação.

Assevera, ainda, que não deve ser condenada a pagar os honorários advocatícios por se encontrar em liquidação extrajudicial e por ter requerido, em fase recursal, a assistência judiciária gratuita.

Contra razões, às f. 344/356.

Esse é o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Preliminares argüidas pela apelante.

Preliminar de incompetência superveniente do juízo.

Em sede de preliminar, pretende a apelante o reconhecimento da incompetência do juízo, tendo em vista que a empresa se encontra em liquidação extrajudicial, sendo, nesse caso, competente o juízo no qual se encontra o seu estabelecimento. Todavia, razão não assiste à apelante.

Conforme disposto no art. 87 do Código de Processo Civil, a competência do juízo é determinada no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, exceto quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

O fato de a empresa apelante estar em liquidação extrajudicial em momento posterior à propositura da ação não implica o reconhecimento de incompetência do presente juízo julgador da ação, visto que não há qualquer alteração da competência em razão de matéria ou hierarquia, ou supressão de órgão judiciário.

Portanto, rejeito a preliminar de incompetência superveniente do juízo.

Preliminar da suspensão do feito.

Alega o autor que necessariamente deve ser suspenso o feito em decorrência do disposto no art. 18 da Lei nº 6.024/74, que impõe a “suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação”.

Tal alegação não deve prosperar, pelos seguintes fundamentos.

A suspensão de ações e execuções frente a uma empresa que sofre processo de liquidação judicial tem por objetivo preservar sua massa falida, a fim de satisfação de crédito, conforme quadro de credores; no entanto não parece razoável, nesse caso, suspender o presente feito, uma vez que tal ato obstará o reconhecimento de direito legítimo do autor.

Ademais, caberá a suspensão do pagamento na eventual fase de liquidação, na qual será efetivamente satisfeito o crédito do credor, sendo inadmissível paralisar a ação de cobrança, tendo em vista que feriria o direito do credor de receber o crédito devido decorrente de relação contratual.

Nesse sentido também é o entendimento do STJ, *verbis*:

Processo civil. Suspensão. Art. 18, *a*, da Lei 6.024/74. Liquidação extrajudicial. Instituição financeira. Entrega de cédula hipotecária. Ausência de repercussão na massa liquidanda. Prosseguimento da execução.

1. A literalidade da regra do art. 18, *a*, da Lei 6.024/74, que determina, em caso de liquidação extrajudicial de instituição financeira, a ‘suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda’, deve ser abrandada, quando se verificar que a continuidade do processo não redundará em qualquer redução do acervo patrimonial da massa objeto de liquidação.

2. Hipótese em que se determina o prosseguimento da execução no tocante ao pedido de entrega de cédula hipotecária devidamente quitada.

3. Recurso especial provido em parte (STJ - REsp 676489/PE - Relatora: Ministra Eliana Calmon - *j. em* 17.05.2005).

Portanto, rejeito a preliminar de suspensão do feito. Preliminares argüidas pela apelada.

Preliminares de irregularidade de representação e de falta de preparo.

Suscitou a apelada a preliminar de irregularidade de representação, visto que o recurso de apelação havia sido assinado por uma suposta estagiária de direito, que não possui capacidade de postular em juízo. E, ainda, suscitou a preliminar de falta de preparo, pois, como a apelante teve seu pedido de assistência judiciária gratuita indeferido, deveriam ter sido pagas as custas recursais.

Rejeito as preliminares argüidas pela apelada, uma vez que a parte apelante esclareceu, por meio de documentos de f. 370/371, o erro material na procuração apresentada e, ainda, tendo em vista o indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita no despacho de f. 362/364, efetuou preparo em prazo hábil, conforme f. 372.

Mérito.

A discussão pretendida versa sobre o dever ou não de indenizar a apelada por acidente de veículo segurado em contrato celebrado entre as partes.

*Data venia*, o recurso não merece prosperar.

Alega a apelante que não é seu dever indenizar o valor disposto na sentença condenatória, uma vez que a apelada, na 1ª instância, não apresentou 3 (três) orçamentos dos prejuízos ocorridos, a fim de que o pagamento seja feito sobre o menor valor. No entanto, foi apresentado orçamento de f. 52, que demonstra o valor do veículo à época do sinistro, e em nenhum momento tal avaliação foi impugnada pela apelante, devendo, portanto, esta prevalecer, sob pena de prejudicar direito do autor à indenização.

Nesse sentido, a jurisprudência do TJMG:

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Indenização. Acidente de trânsito. Reparação de danos. Apresentação de mais de um orçamento. Desnecessidade. Filho menor causador do acidente. Responsabilidade presumida dos pais. Culpa e nexos causal comprovados. Responsabilidade civil de indenizar. Valor do prêmio e da franquia. Decote. Não-cabimento.

- A apresentação de três orçamentos para o reparo de veículo acidentado trata apenas de praxe jurídica, não havendo qualquer obrigatoriedade nesse aspecto, mormente se o valor apresentado nos gastos para reparo do veículo tem coerência com as avarias sofridas no acidente.

- [...] O prêmio é o valor pago pelo segurado pela garantia que a seguradora oferece para cobrir determinado risco, e essa relação diz respeito apenas ao segurado e à seguradora [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.04.253379-4/001 - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - *j. em* 31.08.2006).

Dessa forma, julgo justa e coerente a condenação do apelante a pagar o valor apurado, f. 52, visto que este não foi impugnado. Ressalto a desnecessidade de apresentação de 3 (três) orçamentos, que, conforme exposto acima, é apenas de praxe, não vinculando objetivamente o direito do autor de receber indenização. Ademais, houve respeito às cláusulas 3ª e 4ª do contrato celebrado, uma vez que a indenização fixada pelo Juízo *a quo* está no limite do valor do bem sinistrado à época do sinistro.

No que versa sobre a condenação às despesas de remoção do veículo do local do acidente, verifico, nos autos, a ausência de provas em relação ao valor desse pedido, sendo difícil a apuração líquida e certa de tal serviço. Porém, é claro e razoável admitir que tal gasto efetivamente existe, apesar de não ser possível mensurá-lo nesta Instância, e a apelada é obrigada a indenizar por danos e gastos decorrentes do acidente do veículo. Dessarte, confirmo a condenação às despesas de remoção do veículo, para que seja apurado o valor na fase de liquidação da sentença.

Lado outro, busca a apelante a reforma da sentença na condenação dos valores de juros, correção monetária e honorários advocatícios sob o fundamento de que são indevidos quando cobrados de uma empresa em regime de liquidação extrajudicial. No entanto, tal justificativa não deve prosperar, pois trata-se apenas de análise de direito do apelado de receber o que lhe é devido, e o fato da seguradora se encontrar em liquidação extrajudicial não obsta a fluência de juros e de correção monetária, devendo ser, da mesma forma, pagos os honorários advocatícios, em face ainda do indeferimento da justiça gratuita, às f. 362/364.

Vejamos a posição do Superior Tribunal de Justiça:

*Ementa:* Agravo regimental. Responsabilidade civil. Acidente de trabalho. Indenização. Liquidação extrajudicial. Juros de mora. Não-suspensão. - A liquidação extrajudicial não interrompe a contagem dos juros moratórios (STJ - AgRg no Ag 587608/RS - Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros - j. em 27.03.2007).

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e FÁBIO MAIA VIANI.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ato jurídico - Nulidade - Ausência - Indenização - Danos materiais e morais - Inocorrência - Nota promissória - Declarações e emissão - Vício de consentimento - Inexistência - Dívida confessada - Transferência de parte do imóvel - Nua propriedade e usufruto vitalício - Legalidade - Escritura pública válida - Locação do restante do imóvel - Pagamento - Ausência de prova - Lastreamento em título de crédito - Compensação do débito - Função social do contrato - Emissão na posse do imóvel - Liminar**

*Ementa:* Apelação. Nulidade de atos jurídicos com indenização por danos materiais e morais. Declarações e emissão de nota promissória. Vícios de consentimento não demonstrados. Validade. Dívida confessada. Transferência de parte de imóvel. Nua propriedade e usufruto vitalício. Legalidade. Art. 717 do Código Civil de 1916. Escritura pública válida. Locação do restante do imóvel. Pagamentos não comprovados. Lastreamento em título de crédito. Compensação do débito. Função social do contrato. Liminar de imissão na posse do imóvel. Danos materiais e morais não evidenciados.

- A invalidação de atos jurídicos impõe a demonstração de alguma nulidade ou existência de vícios de consentimento a macular a vontade e autonomia da parte que o praticou.

- Inexistente o dolo, caracterizado pelo induzimento malicioso à prática de um ato prejudicial a si próprio, e proveitoso a quem induz ou a terceiro; ou o erro, que se verifica na ignorância ou falsa percepção da realidade; ou ainda a coação, que se refere ao emprego da violência psicológica a macular a vontade, não há que se falar em vícios em declaração voluntariamente efetuada, confessando a prática de um ato ilícito.

- A prática local de empréstimos de sacas de café não induz por si só à reprovável prática de agiotagem.

- A função social caracterizada como um substrato do princípio constitucional da solidariedade, disposto no art. 3º, I, da Constituição da República, deve se constituir na base estrutural de todas as relações civis instituídas.

- Não há que se falar em danos materiais ou morais, quando o alegado ato danoso praticado decorre de uma decisão judicial.

- Verificando-se que a nua propriedade foi alienada pelo nu proprietário originário, nada impede que, em ato simultâneo, o usufruto também o seja ao mesmo desti-



natário, pelos usufrutuários, porquanto atende ao objetivo de consolidação da propriedade em mãos da mesma pessoa, pretendido pelo legislador ordinário, no art. 717 do Código Civil de 1916.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.03.029499-1/001 - Comarca de Araguari - Apelantes: 1º) Romes Nader, 2ºs) Mauro Pereira Andrade e outros, Cafezal Armazéns Gerais e Representações Ltda., 3º) Elza Farani Nader - Apelados: Elza Farani Nader, Romes Nader, Mauro Pereira Andrade e outros, Cafezal Armazéns Gerais e Representações Ltda., Cleide Fátima Chagas Pereira Andrade - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de maio de 2008. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

### Notas taquigráficas

Sessão do dia 03.10.2007.

Produziu sustentação oral pelo 2º apelante o Dr. Tarso Duarte de Tassis e pela 3ª apelante o Dr. Waldir Dias.

DES. MARCELO RODRIGUES - Agradeço a participação de ambos os advogados, Dr. Tarso Duarte de Tassis e o Dr. Waldir Dias, que com o brilho de sua cultura contribuíram de maneira decisiva para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em caso em que realmente as circunstâncias de fato e de direito apontam se tratar de matéria extremamente complexa. Diante, inclusive, da eloquência dessas sustentações orais, na condição de Relator do feito, estou pedindo vista dos autos.

Sessão do dia 07.11.2007.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito veio adiado na sessão do dia 03.11.07, a pedido do Des. Relator.

DES. MARCELO RODRIGUES - Trata-se de recursos interpostos por Romes Nader (primeiro), Mauro Pereira Andrade, Cleide Fátima Chagas Pereira Andrade, Pedro Chagas Pereira, Bruno Chagas Pereira e Cafezal Comércio e Representações Ltda. (segundos) e Elza Farani Nader (terceira), contra a r. sentença de f.

1.008/1.022, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de falsidade ideológica lançada nas declarações lavradas e assinadas por Mauro Pereira Andrade; o pedido de anulação da nota promissória emitida em 10.10.2001, no valor de R\$ 439.500,00; o pedido de anulação do contrato de locação; e os pedidos de indenização por danos materiais e morais; bem como julgou parcialmente procedente o pedido de anulação da escritura pública lavrada à f. 182, do Livro 73, do Tabelionato da cidade de Cascalho Rico/MG, no dia 15.10.2001, declarando a invalidade da transferência de 50% (cinquenta por cento) do direito de usufruto que Mauro Pereira Andrade e Cleide Fátima Chagas Pereira Andrade têm sobre o imóvel registrado no serviço de registro de imóveis local, sob o nº 32.493, mantendo a validade da venda de 50% da nua propriedade, então pertencente ao ator Bruno Chagas Pereira, e, em razão da sucumbência mínima dos requeridos, condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC.

Tendo em vista a preliminar apontada no memorial apresentado pelos apelantes, tenho por bem a sua análise precípua antes de adentrar no mérito da demanda.

Preliminar.

Revelia da apelada Elza Farani Nader.

Os apelantes afirmam em sede de memorial que ambos os apelados constituíram os mesmos procuradores e, apenas a um dia do prazo final para a apresentação da contestação, considerando-se o prazo comum de 15 dias, até então vigente, houve renúncia e constituição de novo procurador pela apelada, com explícito intuito de forçar o benefício do art. 191 do CPC.

Certamente que, quando se fala em prazo processual, não se pode perder de vista o caráter que envolve a melhor e mais efetiva prestação jurisdicional, cabendo por oportuno colacionar os ensinamentos de Soares Sampaio, para quem:

O processo oscila entre dois ideais: o de perfectibilidade e o de celeridade processual. O primeiro exige que os atos processuais sejam realizados sem pressa, de modo a permitir uma minuciosa investigação, para que o juiz encontre a verdade necessária à perfeita prestação jurisdicional. De outra parte, sabe-se que a solução do litígio - objetivo primordial do processo - não pode aguardar o resultado perfeito, pois é necessário restabelecer o equilíbrio quebrado com o litígio o mais rapidamente possível. Assim, o desafio de toda a legislação moderna é o de conciliar esses dois ideais, de tal forma que a prestação jurisdicional seja a melhor possível em tempo mínimo (SAMPAIO, José Soares. *Os prazos no Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 17).

Assim, considerando as questões da celeridade e da perfectibilidade, tem-se o chamado prazo processual, ou seja, o lapso de tempo que medeia entre dois termos: um inicial (*dies a quo*) e um final (*dies ad quem*).

E, dada a sua classificação no mundo jurídico, verificam-se algumas hipóteses em que, apesar de legal e peremptório, o prazo para contestar ou responder aos termos da demanda sofre algumas variações previstas pelo legislador em benefício das partes demandadas.

É o caso, por exemplo, do disposto no art. 191 do CPC, que possibilita aos litisconsortes que tiverem diferentes procuradores a contagem em dobro do prazo para contestar, recorrer e falar nos autos.

Ora, ainda que se possa reconhecer que os apelados interuseram certo obstáculo ao elemento ideal da celeridade processual, com a constituição de um advogado distinto para a apelada no último dia de prazo para a apresentação da contestação, é fato que se utilizaram de uma faculdade legal, disponibilizada pelo ordenamento jurídico.

Antônio Dall'Agnol, comentando o art. 191, admite expressamente que o prazo em dobro se justifica em face do princípio da utilidade que norteia os prazos processuais, pois o procurador deve ter tempo suficiente para analisar os autos (DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento arts. 102 a 242*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 396).

Ademais, nada impede que a apelada tenha um advogado distinto para a defesa de seus interesses, independentemente da relação que tenha com o primeiro apelado.

Portanto, ainda que se pudesse falar em revelia da apelada na utilização do prazo em dobro, a defesa exercida pelo apelado Romes Nader aproveita a ela, conforme estabelecido no art. 320, I, do CPC.

E, discorrendo acerca do dispositivo legal mencionado, esclarece Nelson e Rosa Maria Nery:

Caso um dos litisconsortes passivos conteste a ação, não ocorrem os efeitos da revelia quanto ao outro litisconsorte, revel. Essa não-ocorrência, entretanto, depende de os interesses do contestante serem comuns aos do revel (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: RT, p. 681).

Diante do exposto, rejeito esta preliminar.

DES. DUARTE DE PAULA - Peço vista.

Sessão do dia 23.01.2008.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.11.07, a pedido do Desembargador Revisor, quando, então, o Desembargador Relator rejeitava preliminar.

DES. DUARTE DE PAULA - No que toca à preliminar de revelia, estou a acompanhar o ilustre Relator.

Trata-se de ação anulatória e indenizatória movida por Mauro Pereira Andrade e sua esposa, Cleide Fátima

Chagas Pereira Andrade, os filhos do casal, Pedro Chagas Pereira e Bruno Chagas Pereira, e a empresa em que é sócio o autor varão Cafezal Comércio e Representações Ltda. contra os réus Romes Nader e sua esposa, Elza Farani Nader, pretendendo a nulidade da declaração feita pelo primeiro autor, de que vendeu 4.395 sacas de café do réu sem autorização, bem como a nulidade da nota promissória que representa o valor de tais sacas, e ainda a nulidade da escritura de compra e venda de imóvel de propriedade dos filhos e de usufruto do casal, que teria sido, em verdade, dado em pagamento ao réu, e a nulidade do contrato de locação da metade deste imóvel não alienada, afirmando, em suma, serem tais documentos fruto de agiotagem praticada pelo réu varão. Afiançam terem sido as declarações emitidas com vício de consentimento, não podendo ser o usufruto alienado, nem sendo possível a contratação de locação por período tão longo de duzentos e quarenta meses e com pagamento de todo o aluguel, em razão de vedação da lei, buscando em razão dos fatos indenização por danos materiais e morais.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de anulação das declarações lavradas pelo autor e da nota promissória, parcialmente procedente o pedido de anulação da escritura, considerando inválida a transferência do usufruto e improcedente o pedido de anulação do contrato de locação e de indenização, tendo recorrido o réu, os autores e a esposa do réu.

No que tange à preliminar de revelia da ré Elza Farani Nader, ponho-me de acordo com o ilustre Relator quanto à sua inexistência, pois a constituição de procuradores diversos, mesmo em se tratando de casal, é faculdade assegurada pela lei.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente, recebi, ontem, já à noite, parte do material para este julgamento e não tive tempo de compulsar os autos, razão pela qual estou a pedir vista.

Sessão do dia 21.05.2008.

Assistiu ao julgamento pelo apelante o Dr. Tiago de Souza Rezende.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.01.08, a pedido do Des. Vogal, quando, então, os Desembargadores Relator e Revisor rejeitavam preliminar de revelia.

DES. AFRÂNIO VILELA - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

No que tange à preliminar de revelia da terceira apelante, acompanho o eminente Relator, Desembargador Marcelo Rodrigues, rejeitando-a, porquanto, apesar de haver a recorrente constituído

procurador no último dia do prazo, o disposto no art. 191 do CPC em nada limita o direito das partes de constituírem advogados distintos no mesmo processo.

Demais disso, nos termos do inciso I do art. 320 do CPC, a revelia não surte seus efeitos quando há pluralidade de réus e um deles contesta a ação.

Rejeito, pois, a preliminar.

DES. MARCELO RODRIGUES - Considerando que a matéria do segundo recurso é mais abrangente e se configura em possível prejudicialidade na análise dos demais recursos de apelação aviados, procedo inicialmente à sua análise.

Do mérito do segundo recurso.

Conheço do recurso porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os apelantes pugnam pela reforma da sentença monocrática, alegando em síntese que o caso em tela é norteado pela prática de agiotagem por parte do apelado Romes Nader, restando demonstrada pela perícia contábil realizada em juízo a inexistência do alegado depósito das 4.395 (quatro mil trezentas e noventa e cinco) sacas de café, de sua propriedade, junto à pessoa jurídica Cafezal Comércio e Representações Ltda., bem como alegam que não ficou comprovado qualquer registro de pagamento do valor anunciado na escritura pública de compra e venda, e contrato de locação, firmados entre as partes, considerando-se ainda a própria contradição existente nas declarações do apelado e sua mulher, em suas peças de defesa, e sem falar na coação e dolo exercidos para se efetivar a transferência do imóvel, com base na falsa declaração assinada pelo apelante Mauro Pereira Andrade, de desvio das referidas sacas de café, e correspondente nota promissória por ele emitida.

Por derradeiro alegam os apelantes que o fato declarado nos documentos particulares está fulcrado em falsa causa, visto que o motivo determinante da assinatura das declarações não restou comprovado pelos apelados, os quais se desincumbiram do seu ônus probatório de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo dos direitos dos apelantes.

Todavia, penso que a matéria é mais complexa do que pensam os apelantes, cuja análise passo a desenvolver da maneira mais detalhada possível, a fim de se alcançar a melhor e mais justa conclusão.

Ao contrário do que pensam os apelantes, não há como simplesmente declarar-se a invalidade das declarações firmadas pelo apelante Mauro Pereira Andrade, porquanto as alegações produzidas nesse sentido não encontram suporte em quaisquer elementos materiais suficientes e capazes de ensejá-la.

Notadamente, tenho que a pretendida invalidação dos atos jurídicos praticados somente alcançaria êxito, mediante a inequívoca demonstração de vícios de consentimento a macular a vontade e autonomia do apelante

Mauro Pereira Andrade, quando da assinatura da declaração de depósito e conseqüente desvio em benefício próprio das 4.395 (quatro mil trezentas e noventa e cinco) sacas de café de propriedade do apelado Romes Nader, bem como da correspondente nota promissória no valor equivalente.

Tais fatos, a meu ver, correspondem à base estrutural de todos os demais atos praticados, os quais seriam carreados em cascata para a invalidade, como decorrência do vício que tornou imprestáveis os primeiros.

E, assim sendo, verifico que os apelantes procederam em vários momentos nos autos tentando sustentar a alegação da prática de agiotagem por parte do apelado Romes Nader, sem, contudo, apresentar uma prova sequer nesse sentido.

As várias notas promissórias apresentadas às f. 80/158, bem como as planilhas de f. 161/168, não denotam a desejada força probatória para o fim pretendido pelos apelantes, mormente evidenciarem a emissão pelo apelante Mauro Pereira Andrade, em favor do apelado Romes.

Ou seja, a única assinatura constante nos referidos documentos é do apelante Mauro, comprovando tão-somente um ato unilateral de vontade por parte deste, em favor do apelado Romes Nader, cujo nome apenas se faz mencionar como beneficiário.

De igual forma, as declarações de terceiros sobre os empréstimos de sacas de café, realizados junto ao apelado (f. 245/249), bem como as mencionadas execuções judiciais por parte deste, para a cobrança de créditos em razão dos aludidos empréstimos, não se prestam a comprovar a prática de agiotagem, porquanto, pelo depoimento da testemunha Antonio Reinaldo Caetano, à f. 963, demonstra-se uma praxe no meio cafeicultor, sem qualquer equivalência com a prática ilícita apontada pelos apelantes:

[...] que é muito comum na região o produtor rural emprestar sacas de café para o outro, em grandes ou pequenas escalas, faz parte do comércio do café.

Ressalte-se, por oportuno que, na hipótese de se considerar a alegada prática de agiotagem pelo apelado Romes Nader, a teor das alegações das próprias partes nos presentes autos, tem-se que os apelantes seriam igualmente beneficiários dos lucros oriundos dessas transações tidas por ilícitas, visto que era responsável pelo transporte, beneficiamento, armazenamento e venda do café de propriedade do apelado e de terceiros na região (f. 41/61 e 63/77), conforme inclusive declarou de próprio punho à f. 378 o apelante Mauro.

Portanto, ainda que se pudesse acolher como verdadeiras as alegações, é princípio geral de direito a proibição de alguém beneficiar-se da própria torpeza.

Ou seja, restando inteiramente frágeis os argumentos tendentes a demonstrar a submissão dos

apelantes ao apelado Romes Nader, como decorrência da prática de agiotagem, tenho por bem afastá-los por absoluta insuficiência de provas, nesse sentido.

E, dadas essas considerações, não tem qualquer aplicabilidade a MP nº 2.172-32, porquanto não restou demonstrada pelo apelante Mauro, ou mesmo pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança das alegações.

Ademais, no que concerne à suposta inversão do ônus da prova prevista na referida medida provisória, não significa polarização deste ônus em face do credor, ora apelado, porquanto, além da observância legal do que dispõe o art. 333, I, do CPC pelos apelantes, o complexo probatório juntado aos autos conduz à existência dos negócios efetivados entre as partes.

De lado outro, alegam os apelantes a ocorrência de vícios de consentimento, nas modalidades de dolo, erro, coação, simulação ou lesão, observando-se que esta última nem sequer encontrava amparo legal na vigência do Código Civil de 1916.

Vale dizer, uma vez afastada a relação de submissão do apelante Mauro Pereira Andrade, pelo apelado Romes Nader, cumpre aferir a possibilidade de existência dos alegados vícios de consentimento capazes de gerar a invalidade dos atos jurídicos praticados posteriormente à confissão de desvio das sacas de café, fundamentalmente no que concerne à transferência de um imóvel rural para os apelados.

E, nesse tocante, verifico que, pela espécie de negócios transacionados e geridos pelos apelantes, inclusive em nível de exportação, não se apresentam como partes indefesas e simplórias em relação aos apelados, ou seja, demonstram ter plena capacidade de entender todos os efeitos e conseqüências dos atos praticados.

Notadamente, não se enquadra, na espécie, a desejada alegação de dolo, uma vez que este se refere ao induzimento malicioso à prática de um ato prejudicial a si próprio, e proveitoso a quem induz ou a terceiro.

Portanto, definitivamente, pode-se falar em induzimento do apelado sobre os apelantes, mormente verificar-se que a declaração confessando o desvio das sacas de café foi redigida de próprio punho e assinada pelo apelante, culminando na posterior transferência do imóvel rural, de maneira voluntária, mediante escritura pública e na presença de testemunhas.

E esse mesmo raciocínio se aplica à alegação de erro substancial, já que não se pode admitir que o apelante Mauro Pereira Andrade tenha agido por ignorância e imbuído de falsa idéia da realidade.

Vale dizer, não se trata de um negócio jurídico entre as partes, mas de um ato unilateral do apelante Mauro Pereira Andrade, o qual apresenta plena capacidade mental para entender o que estava declarando, frise-se, confessando, na presença de testemunhas.

Não há que se falar, neste caso específico, em erro de qualquer natureza, visto que não havia como o ape-

lante se enganar acerca da auto-responsabilização pela prática do ato indevido de desvio das sacas de café de propriedade dos apelados.

Igualmente, não há que se falar em coação.

Ora, segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves:

O que caracteriza a coação é o emprego da violência psicológica, para viciar a vontade. Coação é toda ameaça ou pressão exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato (*Direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000, p.106).

Também não se evidencia a simulação, porquanto não há provas nos autos de que as partes contratantes tenham agido para prejudicar terceiro ou simplesmente com o intuito de violar a lei.

Frise-se, além das alegações deflagradas, inexistem nos autos qualquer demonstração de que a transferência do imóvel tenha decorrido dos mencionados vícios de consentimento, o que impõe sejam incontinentemente afastados.

No mais, o complexo probatório acostado aos autos orienta no sentido de que, de fato, houve desvio das mencionadas 4.395 (quatro mil trezentas e noventa e cinco) sacas de café.

Vale dizer, eventuais irregularidades fiscais devem ser solucionadas junto ao órgão competente, para onde deverão ser encaminhadas, ao final deste julgamento, cópias das respectivas peças processuais, a fim de que sejam apuradas, o que fica por mim já determinado.

O que significa que a discussão nestes autos deve ser permeada, conforme a verdade processual apresentada.

Nesse sentido, tenho que a situação fática debatida se amolda inteiramente aos documentos apresentados, tanto para afastar a alegação de vícios de consentimento capazes de macular os atos praticados pelos apelantes quanto para admitir a existência das sacas de café, cujo desvio, voluntariamente confessado, gerou a obrigação assumida pelo apelante Mauro Pereira Andrade junto aos apelados (f. 379/380):

Declaro a bem da verdade que, tendo em depósito em minha empresa Cafezal Armazéns Gerais e Rep. Ltda. vários lotes de café, comercializei à revelia do proprietário Romes Nader, 4.395 (quatro mil, trezentas e noventa e cinco sacas) em benefício próprio, restando como estoque 1.592 (mil quinhentas e noventa e duas sacas). É portanto, de minha total responsabilidade os desdobramentos legais (estoque, notas fiscais, e equivalentes, etc), decorrentes do meu procedimento. Sendo meu desejo fazer esta declaração, firmo a presente. (sic)

Vale dizer, além das declarações confeccionadas pelo apelante Mauro Pereira Andrade, de próprio punho e na presença de testemunhas, tenho que, apesar de o Sr. Perito Oficial noticiar a ausência de registro das referidas 4.395 sacas de café, tanto no que se refere à sua

entrada quanto no que se refere à sua saída, não significa que não existam ou tenham existido.

Ou seja, conforme se extrai do laudo pericial à f. 488, em resposta aos quesitos formulados pelos apelantes, concluiu o Sr. Perito Oficial:

O Perito pode afirmar que não houve nenhuma prova da transação comercial de 4.395 sacas de café que esteja documentada na contabilidade da empresa Cafezal.

E tal informação apenas evidencia ausência de regularidade na transação das sacas de café confessadamente desviadas, cuja análise transcende os lindes desta demanda, e, como dito anteriormente, deverá ser submetida à apreciação do órgão competente, acerca de eventual prática de sonegação fiscal por ambas as partes litigantes.

Corroborando ainda a existência das sacas de café desviadas o procedimento criminal instaurado em face do apelante, para apuração dessa prática delitativa, na região, nada obstante o mesmo ter culminado na suspensão condicional do processo.

Vale dizer, no âmbito da esfera criminal, a aceitação por parte do acusado, da suspensão condicional do processo, efetivamente não lhe traz nenhum dos efeitos da condenação para fins de considerá-lo minimamente culpado pelo ilícito ao qual respondia.

Todavia, na esfera civil e especificamente no caso em tela, verifico que a instauração do inquérito e conseqüente recebimento da denúncia por parte do órgão do Ministério Público, contribui sobremaneira como mais um elemento para se acolher a veracidade da declaração efetuada pelo apelante à f. 379, reforçando assim, a existência das malfadadas 4.395 sacas de café.

Portanto, ao contrário do que alegam os apelantes, não houve desincumbência por parte dos apelados, quanto ao seu ônus de provar a existência das sacas de café, mas sim, desincumbência própria, quanto à demonstração da inexistência das mesmas, e conseqüentemente da nulidade de todos os atos praticados em sua decorrência.

Assim, sem prejuízo das penalidades cabíveis, civis e criminais, a todos que se postam de maneira irregular junto ao Fisco, não merecem acolhimento as alegações dos apelantes, restando frágeis e insubsistentes em sua essência.

Por outro lado, penso que observou bem o apelante, quando mencionou a inexistência de compensação dos valores dados a título de venda dos 50% (cinquenta por cento) do imóvel rural, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e locação dos restantes 50% (cinquenta por cento), ou seja R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), mormente as declarações efetuadas pelo apelado Romes Nader, em sua contestação, bem como a ausência de comprovação que qualquer pagamento referente aos aludidos contratos.

Ora, compulsando os autos, verifica-se de maneira inequívoca que a dívida confessada pelo apelante Mauro Pereira Andrade, e garantida pela nota promissória (cópia anexada à f. 384), foi parcialmente quitada.

Notadamente, ainda que se evidencie certa contradição nas declarações dos apelados, pode-se perceber nitidamente que as transações efetivadas em relação ao referido imóvel rural, tiveram por lastro a sacas de café desviadas, e conseqüente quitação parcial da dívida representada pela nota promissória emitida.

O próprio apelado reconhece tal fato à f. 365:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) Mauro Pereira de Andrade e sua empresa deixariam o imóvel da Rodovia Araguari/Indianópolis, passando a funcionar apenas no imóvel da Rua Pe. Anchieta, alugado de Romes Nader;
- e) Mauro Pereira de Andrade transferiria para Romes Nader o imóvel da Rodovia Araguari/Indianópolis.

Mais adiante, às f. 368/369, declara o apelado Romes Nader:

Sobre a escritura acrescenta-se que foi ela assinada em um clima de entendimento e dentro e como uma das condições, feito dias antes, quando o autor Mauro Pereira de Andrade, e sua esposa, repetiam sempre que pagariam ao réu Romes Nader, tudo o que lhe deviam pela venda desautorizada do café, levando o réu a neles mais uma vez acreditar. Tanto que, antes mesmo de ser assinada a escritura, foi aventada a possibilidade de vender o imóvel, seu objeto, para terceiro, a fim de se apurar dinheiro que seria para acerto entre as partes. Para isso, conforme o acordo feito, o autor e a empresa da qual é sócio com sua esposa deveriam desocupar o imóvel, pois estava instalada também no imóvel que era alugado do réu.

Além das declarações firmadas pelo autor Mauro Pereira de Andrade em 10.10.2001, da escritura assinada em 15.10.2001, e para completar esta parte do acordo, Mauro Pereira de Andrade e sua esposa assinaram, em 18.10.2001, o contrato de locação de f. 277/278, tendo como objeto a outra metade (50%) do usufruto que sobre o imóvel possuem, tudo e igualmente por livre decisão e vontade deles, dentro de proposta deles, como forma de iniciarem o pagamento do café vendido sem autorização do réu.

Portanto, se por um lado não há como falar em invalidade dos atos praticados livremente pelos apelantes, por outro, não há como negar o lastreamento dos atos subseqüentes de transmissão do imóvel, como forma de parcial quitação da dívida.

Negar a relação jurídica entre as partes, com suas respectivas peculiaridades, significaria violação principiológica, notadamente quanto à função social do contrato por eles formalizado.

A função social do contrato tem sua origem na Constituição da República, implicando reconhecer que

tanto a conclusão quanto o próprio exercício contratual não interessam somente às partes diretamente envolvidas, mas a toda a coletividade.

Vale dizer, a função social caracteriza-se como um substrato do princípio constitucional da solidariedade, disposto no art. 3º, I, da Carta Magna, portanto, ainda que não se apliquem as regras civilistas atuais ao presente caso, onde referido substrato vem autonomamente expresso, é certo que se deve buscar a sua origem constitucional, para oxigenar a relação civil que se instala.

Com isso, impõe-se reconhecer a inexorável necessidade de compensar os valores referentes ao imóvel, tanto no que se refere à transmissão dos 50% (cinquenta por cento) da propriedade rural, quanto à locação dos seus restantes 50% (cinquenta por cento), inibindo-se, assim, qualquer possibilidade de enriquecimento ilícito por parte do apelado, em detrimento dos apelantes.

Esta idéia de função social já vem sendo defendida por Norberto Bobbio, desde 1974, quando, em sua obra *Da estrutura à função*, procurou demonstrar que efetivamente não é o Direito em si que importa, mas a finalidade do direito, para o que serve (função).

Certo é que a função social se estabeleceu como um imperativo categórico a inibir práticas abusivas entre as partes contratantes, e, conforme orientação do Mestre Miguel Reale,

... por sua própria finalidade exerce uma função social inerente ao poder negocial, que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária (*Função social do contrato*, disponível em <<http://www.miguel-reale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>, 20.XI.2003).

Dessarte, tenho que, sobre o valor inserido na nota promissória, equivalente a R\$ 439.500,00 (quatrocentos e trinta e nove mil e quinhentos reais), devem ser subtraídos R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) referentes à transmissão do imóvel rural registrado sob o nº R-2.-32.493, junto ao Serviço de Registro de Imóveis, da Comarca de Araguari (cópia às f. 272/272-v.), bem como os R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), referentes à locação dos restantes 50% do referido imóvel (cópia do contrato às f. 277/278).

Observe-se que, estando diante de um contrato de locação, independentemente de haver um pagamento antecipado das verbas locatícias, nada impede uma revisão no seu valor e sua conseqüente adequação à realidade de mercado, visto que inexistem cláusulas impeditivas nesse sentido.

Visa-se, pois, manter o máximo de equilíbrio possível entre as partes, garantindo-se a ambas as partes os respectivos direitos, nos exatos limites que lhe competem.

Assim, no que concerne à mencionada execução extrajudicial (f. 382/383) do título de crédito emitido, efetivada no seu montante integral, sem qualquer referência por parte do apelado/exequente, quanto à reconhecida

quitação parcial, tenho que basta ao apelante/executado proceder à demonstração do que se evidenciou nos presentes autos, em sua defesa.

De lado outro, os apelantes pugnam pelo reconhecimento de efetivos danos materiais e morais à sua esfera subjetiva, como decorrência de atos ilícitos praticados pelos apelados.

Entretanto, melhor sorte não assiste aos apelantes nesse tocante.

Penso que agiu corretamente o Julgador monocrático em afastar tais pedidos formulados pelos apelantes, porquanto, ainda que em segunda instância se haja decidido pela extinção da ação de imissão na posse do imóvel, sem resolução do mérito, não significou em momento algum a inexistência do direito dos apelados, mas tão-somente se concluiu pela improvidade da via eleita pelos mesmos para pleitear a sua posse na totalidade do imóvel, ou mesmo da parte da qual detinham a propriedade.

Vale dizer, conforme restou consignado no judicioso voto de relatoria do eminente Relator, o então Juiz Domingos Coelho (f. 1.055):

Verifica-se, da prova documental produzida, que os autores, aqui apelantes, adquiriram 50% de uma propriedade e locaram sua porção remanescente.

Invocando ambos os títulos, pois, de proprietários e locatários, buscam os apelantes, valendo-se de ação de imissão de posse, a entrega do bem.

O domínio que lhes toca, conforme demonstra o documento de f. 09, alcança apenas metade do imóvel. A metade remanescente pertence a proprietário outro, conclusão a que se chega por exame do mesmo documento epigrafado. E, registre-se, o usufruto invocado pelos apelantes em nada altera o desfecho da questão.

[...]

Partindo desta premissa, tem-se que apenas quanto à porção do imóvel alienado em seu benefício poderiam os autores buscar defesa da posse através da ação posta a exame. A locação não constitui título de domínio [...].

É certo, entretanto, que ainda assim não subsiste a ação manuseada pelos autores. É que, embora detentores de domínio de parte do bem cuja posse pretendem, os apelantes não lograram individuá-lo nestes autos.

[...]

Presente o condomínio, a pretensão posta a exame na inicial afigura-se juridicamente impossível, haja vista o que dispõe o art. 623 do CC de 1916, vigente à época (Apelação Cível nº 445.577-6, 4ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada deste Estado, Rel. o então Juiz, Des. Domingos Coelho, j. em 23.02.05).

Assim, tenho que, nada obstante a revogação da liminar de imissão na posse do referido imóvel, pelo Julgador monocrático, e conseqüente confirmação em segunda instância, é certo que todo o período em que os apelados estiveram na posse do bem se deu em razão de uma decisão judicial, mostrando-se incompatível a alegação dos apelantes da prática de ato ilícito passível de indenização, tanto no campo material, quanto no moral.

As regras civilistas são inequívocas ao estabelecer que somente haverá responsabilidade subjetiva, com a ocorrência simultânea da culpa, dano e nexo de causalidade.

Ora, imperioso reconhecer que os apelados agiram respaldados em um título judicial, que lhes conferia plenos poderes de posse sobre o imóvel.

Dessa feita, ainda que se possa admitir o equívoco dos apelados no manejo da ação proposta, que culminou na concessão liminar do seu pedido de imissão no imóvel objeto da presente ação, não há falar em sua responsabilização por qualquer evento danoso, material ou moral, visto que ausente a correlação lógica entre a conduta praticada e o dano produzido.

Vale dizer, no que concerne aos gastos efetivados pelos apelantes com locação de outro imóvel, trata-se de uma consequência natural do cumprimento da avença, e, portanto, reconhecida a legitimidade desta, não pode ser enquadrado no conceito de dano material, conforme pretendido.

De igual forma, não se pode falar em dano moral, porquanto os deflagrados aborrecimentos sofridos pelos apelantes decorrem única e exclusivamente dos próprios atos praticados e que, diante da insatisfação pessoal com o resultado alcançado, tentam reverter a situação, transferindo toda a responsabilidade para a esfera dos apelados.

Dessarte, o caso em tela tão-somente evidencia um processo que o ilustre escritor contemporâneo búlgaro, Tzvetan Todorov, denominou de “vitimização social”, em análise ao longo declínio que viu ocorrer, ao longo dos últimos anos, na ideologia americana:

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama (...) Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas nos dois casos sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta (*O homem desenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 225).

Diante do exposto, com base nos arts. 93, IX, da Constituição da República e 131 do Código de Processo, nego provimento ao segundo recurso, mantendo a r. sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos e determinando a extração de cópias das respectivas peças processuais e encaminhamento ao órgão do Ministério Público para eventual apuração de crime fiscal, em tese.

Custas, pelos apelantes.

Verificando-se que a identidade das matérias devolvidas no primeiro e terceiro recursos, passo à análise conjunta dos mesmos.

Do mérito do primeiro e do terceiro recursos.

Tanto o primeiro quanto a terceira apelante alegam, em síntese, que a sentença monocrática deve ser reformada no tocante à nulidade da venda do usufruto feita por escritura pública, sobre os 50% do imóvel rural, registrado no serviço de registro de imóveis da Comarca de Araguari-MG, sob o nº R-2-32.493, uma vez que o ato de alienação se enquadra perfeitamente ao que dispõe o art. 717 do Código Civil de 1916, pleiteando esta última, ainda, a reificação do valor fixado a título de verba honorária, que não condiz com o grau de dificuldade do processo, muito menos com o vulto financeiro da causa, devendo ser fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

E, após toda a análise efetivada no caso em tela, considerando que os fatos devem ser analisados à luz das regras estabelecidas no Código Civil de 1916, verifico que maior razão assiste aos apelantes, no que concerne ao tratamento dado pelo Julgador primevo, ao usufruto que grava os 50% do imóvel alienado.

E, nesse sentido, subsume-se a regra disposta no art. 717 do Código Civil de 1916, diante da qual o direito de usufruto somente pode ser alienado ao nu proprietário, possibilitando, assim, a consolidação da propriedade na esfera de uma única pessoa.

Ora, pela lógica sistematizada no ordenamento jurídico acerca do instituto, não se mostra razoável a interpretação aplicada pelo Julgador primevo para afastar a validade da alienação do usufruto gravado no imóvel rural transferido aos apelantes.

Vale dizer, se os 50% da nua propriedade foram alienados pelo nu proprietário originário aos apelantes, nada impede que, em ato simultâneo, o usufruto também o seja aos mesmos, pelos usufrutuários, porquanto atenderia ao objetivo de consolidação da propriedade, pretendido pelo legislador ordinário.

Ou seja, o que é vedado pela lei é a alienação do usufruto a terceiro, distinto do nu proprietário.

Assim, verificando-se que o ato de alienação da nua propriedade e do usufruto, referentes ao imóvel rural, objeto da presente demanda, teve por destino crescer o patrimônio da mesma pessoa, os apelados, não há que se falar em invalidação do ato praticado, pelo que deve ser reformado o *decisum* monocrático nesse tocante.

Lado outro, considerando que o nosso ordenamento jurídico acolheu a bipartição da posse distinguindo e estabelecendo regras a serem observadas tanto pelo usufrutuário quanto pelo nu proprietário, vale tecer algumas considerações acerca do instituto.

O usufruto é modalidade de direito real de fruição que consiste na possibilidade de disposição da posse, uso, administração, utilidades e frutos de uma coisa enquanto destacado da propriedade. Ocorre que, quando

incidente sobre a coisa imóvel, no todo ou em parte, e desde que não resulte de usucapião, somente se institui o direito real de usufruto após o registro no serviço de registro imobiliário da situação do imóvel (art. 715 do Código Civil de 1916).

Então, para que ocorra a instituição deste direito real com todos os atributos que lhe são inerentes e sobretudo o destaque da propriedade que passará de plena a limitada, indispensável o registro de sua instituição na matrícula do fôlio real respectivo, mais precisamente no Livro nº 2.

Antes, haverá apenas negócio jurídico em forma solene e especial disciplinado no campo do direito obrigacional, ou seja, direito pessoal, portanto não sendo razoável falar-se em alienação de algo - direito real - que no plano jurídico sequer ainda existe.

De lado outro, refuta a apelante Elza Farani Nader o valor arbitrado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, cujos argumentos tenho por bem afastar, porquanto agiu corretamente o Juiz de primeira instância ao proceder a uma fixação eqüitativa.

Vale dizer, para a aferição do *quantum* na condenação da parte vencida em honorários de sucumbência, deve-se observar única e exclusivamente o preceptivo disposto no § 4º do art. 20 do CPC, no que não se descurou o Julgador monocrático.

Assim, verificando-se que foi levado em conta o justo, conforme aferição subjetiva do Julgador, considerando-se, dentre outros aspectos objetivos, a dedicação do advogado na condução do processo, a natureza e importância da causa, tenho por razoável o valor fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ora, não se pode acolher como sinônimo de eqüidade um arbitramento em valor exorbitante e, uma vez estabelecidos nos exatos limites impostos pela legislação processual civil vigente, não há falar em quaisquer reparos.

Diante do exposto, com base nos arts. 93, IX, da Constituição da República e 131 do Código de Processo Civil, dou provimento ao primeiro recurso e dou provimento parcial ao terceiro recurso, reformando a sentença de primeira instância para afastar a invalidade da transferência dos 50% (cinquenta por cento) do direito de usufruto que Mauro Pereira Andrade e Cleide Fátima Chagas Pereira Andrade têm sobre o imóvel matriculado no Serviço de Registro de Imóveis de Araguari-MG, sob o número 32.493, julgando-se improcedente o pedido de anulação da escritura pública nesse sentido.

Custas recursais, pelos apelados.

DES. DUARTE DE PAULA - No que tange ao mérito do 2º recurso, interposto pelos autores e prejudicial aos recursos dos réus, igualmente me alinho ao entendimento do ilustre Desembargador Relator, no sentido de que a prova da prática de agiotagem pelo réu se mostra

inconsistente, havendo apenas comprovação da realização de negócios entre as partes envolvendo quantias significativas, não havendo indícios da prática ilegal apontada, vendo inclusive trato negocial com exportação de café, fato que demonstra a experiência em negócios de vulto dos principais envolvidos nas transações.

Nem mesmo a perícia realizada (f. 464/492) foi conclusiva, pois, apesar de não constatar o perito a existência de todas as 4.395 sacas de café depositadas em nome do réu, relacionou a movimentação de café em seu nome entre os anos de 1997 e 2001 em estoque significativo, bem próximo de tal número de sacas (f. 475), ressaltando, entretanto, ter sido prejudicado o seu levantamento em virtude da falta de entrega de documentos por ambas as partes, inclusive documentos contábeis não disponibilizados. Inexiste, assim, prova da regularidade contábil da empresa Cafezal de modo a confirmar que todas as vendas por ela feitas eram corretas e que não existiu depósito de café pelo réu que pudesse ser indevidamente apropriado, não evidenciando a agiotagem, portanto.

Ocorre, entretanto, que, com a devida vênia do entendimento manifestado pelo ilustre Desembargador Relator, não é possível, a meu ver, determinar a compensação de valores relativos à venda descrita na escritura e ao contrato de locação, reconhecendo a existência de quitação parcial, com a verdadeira natureza de dação em pagamento do imóvel ao invés da compra e venda noticiada na escritura pública, pois apenas foi mencionado tal fato pelos recorrentes, que em nenhum momento dos autos fizeram pedido nesse sentido, já que apenas insistiam na anulação das declarações objeto da ação.

Assim, não há como deferir tal medida com base apenas em menção do fato pelos autores agora no recurso de apelação, aplicando-se de ofício a teoria da função social do contrato ao compulsar as provas dos autos, mostrando-se neste aspecto *extra petita* o entendimento, que merece, portanto, ser reduzido ao pedido, até porque deverão os próprios autores requerer até mesmo na execução da nota promissória que já lhes é movida pelo réu a quitação parcial da dívida, desistindo com tal postura da nulidade de tal escritura e reconhecendo a entrega do imóvel ao réu para pagamento da dívida, que estarão também com isso confirmando existir.

Por fim, em relação ao mérito desse 2º recurso, igualmente acompanho o ilustre Desembargador Relator no tocante à inexistência de direito dos autores a qualquer tipo de indenização.

Em relação aos 1º e 3º recursos de apelação interpostos pelo réu e sua esposa, igualmente acompanho o entendimento manifestado pelo nobre Relator, visto que, tendo sido efetuada a alienação do usufruto quando ainda vigente o Código Civil de 1916, perfeitamente possível sua concretização, tendo em vista a alienação feita de parte da nua propriedade, consolidando nas



mãos do réu Romes Nader metade da propriedade plena do imóvel, sem, nessa parte, o gravame do usufruto.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de revelia da ré Elza Farani Nader, dou provimento ao 1º recurso de apelação para afastar a nulidade da alienação do usufruto determinada pela r. sentença, nego provimento ao 2º recurso de apelação, afastando as nulidades invocadas e os pedidos de indenização, e dou provimento parcial ao 3º recurso também para afastar a nulidade da alienação do usufruto, deixando de reduzir os honorários advocatícios como pretendido pela recorrente.

Custas do 1º e do 2º recursos pelos autores, arcando, ainda, com 50% das custas do 3º recurso, ficando os 50% restantes a cargo da ré recorrente.

DES. AFRÂNIO VILELA - No mérito, registro que recebi o memorial dos segundos apelantes e sobre seu arrazoado, em conjunto com as provas dos autos, cheguei a algumas conclusões.

Cuida-se de ação declaratória de nulidade de ato jurídico c/c pedido de indenização aviada por Mauro Pereira Andrade e outros, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente para decretar a nulidade de alienação de usufruto referente à titularidade do apelante Bruno Chagas Pereira.

Os apelantes, Mauro e Cleide, asseveram que trabalham no ramo de café, na especialidade de armazenamento e corretagem de café, em Araguari, desde 1983. Afirmam que alugaram imóvel comercial do réu, Romes Nader, cuja parceria se tornou deficitária ao longo do tempo.

Aduzem que o réu é notório agiota na região e utiliza os serviços dos apelantes em armazenamento, rebeneficiamento e corretagem de café, enquanto estes dependiam do apelado no que se refere ao aluguel do imóvel e, mais tarde, dos serviços de agiotagem, viabilizando capital de giro no início do negócio.

Assim, asseveram que houve coação moral a que os apelantes assinassem nota promissória no valor de R\$ 439.500,00 e transferissem metade do patrimônio - imóvel recebido por herança - assinando falsas declarações como substrato fático a camuflar a ilícita operação financeira.

Ainda, que a alegação de Romes Nader para a existência da nota promissória e transferência do imóvel é de que, enquanto este estava doente, os apelantes venderam sem sua autorização 4.395 sacas de café que para ele armazenavam. Alegam que o apelado coagiu ainda os apelantes a assinarem documento de próprio punho obrigando-o a confessar fato falso, definido como crime, para lastrear faticamente os títulos frutos do ilícito (agiotagem).

Pugnem em memorial pela aplicação do art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, de 2001, que trata da inversão do ônus da prova.

A aplicação da norma inserta no art. 3º da Medida Provisória nº 2.172-32/2001 importa na inversão do ônus da prova, de modo que caberia ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica da obrigação.

Entretanto, de rigor observar que a inversão do ônus da prova, com base na norma acima mencionada, somente é possível quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do devedor, até a fase postulatória, de modo a permitir a ampla defesa à parte que passasse a ter o ônus de desconstituir a presunção decorrente da inversão.

Tenho posicionamento firmado de que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento e não de julgamento, dependendo de uma decisão judicial a respeito no curso da lide, sob pena de flagrante violação ao princípio do contraditório, eis que aquele que passará a ter o ônus probatório não pode ser surpreendido com a inversão efetivada.

Com isso, pretendeu o legislador possibilitar ao credor a demonstração da licitude de seu crédito, criando uma regra de instrumentalização procedimental, a ser aplicada na fase processual adequada, de forma a propiciar ao requerido o conhecimento de seu ônus probatório.

Ademais, para que isso ocorresse, necessário seria que a inversão se desse antes da instrução probatória, de modo que o requerido não se surpreendesse com o julgamento do recurso de apelação, em que os julgadores, invertido o ônus *probandi*, acabariam por acarretar-lhe prejuízos processuais, ante o afastamento da regra do art. 333 do CPC.

É de se ressaltar, ainda, que os apelantes não pugnaram pela inversão do ônus da prova na fase instrutória, sequer pediram aplicação da MP 2.172-32/2001 em qualquer momento processual na primeira instância ou no recurso de apelo, razão por que o Magistrado sentenciante sequer se manifestou acerca de sua pertinência, bem como a parte adversa não é sabedora das pretensões dos requeridos.

Referido instituto guarda semelhança incontestada com a inversão do ônus da prova disciplinada no Codex Consumerista, cujos requisitos para inversão, inclusive, são os mesmos. Assim sendo, com referência à prática de "agiotagem", servem-nos os ensinamentos do nobre jurista José Carlos Barbosa Moreira (in *Revista de Processo* 86 - Apelação Cível 357.801-6, abr./jun.1997, p. 295-309) quanto à sua aplicação:

A inversão de que trata o art. 6º, VIII, do CDC, resulta, necessariamente, de ato judicial praticado no processo entre consumidor e fornecedor: não pode ser diversa a exegese da cláusula a 'critério do juiz' presente no dispositivo. Não se cuida, portanto, de inversão que decorra diretamente da lei, como se passa nas hipóteses nas quais o próprio Código, dispensando o consumidor do ônus da prova do defeito - inequivocadamente, fato constitutivo de seu direito à reparação - transfere ao fornecedor os encargos de demonstrar que o 'defeito inexistente' (art. 12, § 3º, nº II, e 14, § 3º, nº I).

A opinião em sentido contrário, segundo a qual a inversão mencionada no art. 6º, VIII, seria produzida pela própria lei, não parece correta: se soa precisa a observação de que o papel do magistrado é meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo CDC, disso não se pode extrair que a norma, por si só, já acarreta a inversão, a qual dependerá, em qualquer caso, do pronunciamento do juiz. Se não houver decisão judicial ordenando a inversão e acrescente: enquanto semelhante decisão não for proferida, vigorarão, no tocante ao ônus da prova, as regras gerais do Código de Processo Civil. Só seria lícito identificar inversão legal desse ônus se a lei houvesse estabelecido, indistintamente, como regra para os litígios envolvendo consumidores, sem dar ao magistrado qualquer margem na apreciação dos pressupostos que autoriza.

Configura-se, portanto, regra de procedimento, cuja finalidade é a de possibilitar que as partes saibam se conduzir no processo, especialmente para que conheçam a qual delas toca o respectivo ônus.

Mesmo se utilizando do instituto da inversão do ônus *probandi* como regra de julgamento, melhor sorte não socorre os segundos apelantes.

*In casu*, compulsei os autos detidamente e não verifiquei a verossimilhança das alegações, a fundamentar a aplicação da regra da MP 2.172-32/2001, ainda que na fase de análise das provas pelo Magistrado para prolação da sentença.

Verossimilhança significa aquilo que parece ser verdadeiro, provável. No caso em tela, a alegação de agiotagem trazida pelos recorrentes não pode ser tida como verossímil, uma vez que não existe qualquer dado concreto dentro dos autos que revele a probabilidade de que o título executivo foi emitido para o pagamento de juros ilegais. Existem informações vagas e descompasadas dentro dos autos, sendo certo que nenhum elemento probatório convincente foi produzido.

Dessarte, não restaram comprovadas as alegações dos segundos apelantes acerca da prática de agiotagem, do dolo ou coação, sendo certo que os vários documentos juntados com a inicial em nada esclarecem os mais de 12 (doze) anos de parceria comercial como sendo de exploração econômico-financeira, como alegam os apelantes.

Nenhuma das 4 (quatro) testemunhas ouvidas em juízo dá notícia da prática da atividade de agiotagem por Romes Nader e, ao contrário, afirmam que o apelante Mauro Pereira Andrade “confessou” haver se apropriado das sacas de café de propriedade do réu, vendendo-as.

A testemunha Walter Moreira Peixoto, que declarou ter sido o próprio autor, Mauro, quem pediu para que assinasse a declaração acerca da apropriação das sacas de café, assim se manifestou:

[...] que o autor disse para o depoente que havia vendido várias sacas de café do primeiro réu sem autorização deste, mas afirmou que iria ressarcir o primeiro réu, seja através

das sacas de café ou de dinheiro; que o autor disse que já havia entregue as declarações para o primeiro réu quando disse aquilo; que, sendo amigo do autor e do primeiro réu, o autor assinou as declarações como testemunha; [...] que ouviu através das partes que o autor emitiria uma nota promissória por tal motivo; que a nota promissória seria emitida segundo ouviu dizer para garantir a venda das sacas de café efetuada pelo autor sem autorização do primeiro réu; [...] que o autor pediu tranquilamente para o depoente assinar essas declarações como testemunha, não demonstrava constrangimento; que o autor demonstrava estar satisfeito com o acerto feito com o primeiro réu; [...] que o primeiro réu já emprestou dinheiro para o depoente em algumas oportunidades a curto prazo e a juros irrisórios, com taxas pouco acima da poupança; [...] (f. 964/965).

A testemunha Altair Alcarria pouco esclarece acerca do assunto, afirmando:

[...] que não sabe informar se o primeiro réu depositava sacas de café no armazém do autor ou emprestava dinheiro para este; que não sabe informar a respeito da venda de imóvel pertencente aos autores; [...] (f. 966).

A tabeliã, titular do Cartório de Registro de Pessoas Naturais e Notas de Cascalho Rico, ao ser inquirida, respondeu:

[...] que mais ou menos no ano de 2000/2001, a dep. lavrou uma escritura pública de compra e venda de um imóvel localizado no Município de Araguari, tendo como vendedores os autores Mauro Pereira, Cleide e um filho deles e, como compradores os requeridos Romes Nader e Rosa Farani Nader; [...] que dentro do Cartório a dep. não percebeu qualquer coação, pressão e nada de anormal, pois se assim fosse jamais teria lavrado o ato; que também não percebeu o intuito das partes em simulação e nem percebeu que poderia haver relação com agiotagem; [...] (f. 916).

Assim, não houve comprovação acerca do alegado erro, dolo ou coação, muito menos da prática da agiotagem do réu Romes Nader.

Chamou-me atenção, ademais, o fato de que, após o ajuizamento desta ação, houve oferecimento de denúncia contra o primeiro autor, pela prática de crime capitulado no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal (apropriação indébita qualificada), tendo este aceitado a proposta de suspensão condicional do processo (f. 580/581), pois, a meu ver, referida atitude não se coaduna com as alegações sustentadas neste feito com tanto afinco, de inexistência da apropriação das sacas de café e de prática de agiotagem. Entendo que o acusado não negocia sobre pena quando alega ser inocente.

Cumpr-me ressaltar que o julgador não pode presumir fatos; esses devem ser provados. Mas também não é menos verdade que o julgador haverá de perquirir todos os elementos de convicção para o fim de efetivar a justiça, e assim mais valem pequenas indagações fáticas do que grandes elucubrações jurídicas, segundo Roberto Lyra.

Por isso, cabe ressaltar que o magistrado, ao proferir a sentença, deve ater-se aos elementos constantes nos autos no momento da prolação, em busca da verdade real.

As afirmações de que o laudo pericial indicou que no período referente ao “sumiço” das sacas de café não havia no estoque a quantidade indicada na declaração não comprovam a veracidade das alegações, porquanto o próprio *expert* afirmou que os livros não eram escriturados de forma escoreita, ou seja, não se pode inferir da perícia que o registro de entrada e saída das sacas de café era feito com apuro.

Por fim, relativamente às dezenas de notas promissórias acostadas aos autos (f. 79/161), não há falar em ausência de impugnação, porquanto esta ocorreu em ambas as contestações apresentadas pelos réus, importando ressaltar que várias delas nem sequer estão preenchidas ou assinadas.

Outrossim, a juntada de referidas cópias não prova a prática de juro onzenários, porquanto ausente a comprovação de quitação do primeiro réu. Ora, se houve resgate, já que estão em poder do segundo apelante, é porque houve quitação e devolução, sendo certo que qualquer pessoa poderia preencher referidas NPs, na forma unilateral em que se apresentam.

Demais disso, em virtude da relação comercial mantida entre os litigantes durante mais de doze anos, é perfeitamente crível que tenha havido a emissão de várias notas promissórias, para garantir o empréstimo de sacas de café, o que é prática costumeira no ramo do comércio de café.

Dessarte, não há analisar a questão dos vícios de consentimento alegados afastando-se a alegada fragilidade dos autores/apelantes, Mauro e Cleide, pessoas maiores e capazes, com discernimento acerca do negócio no qual, consoante suas próprias palavras, já trabalham há muitos anos, não sendo crível a relação de submissão apontada, bem como as transações engendradas como fruto tão-somente da prática de agiotagem.

Restou demonstrado nos autos que autor, Mauro Pereira, e réu, Romes Nader, possuíam negócios em comum, havendo indícios até mesmo de uma sociedade de fato. Entretanto, não há como, nestes autos, proceder a qualquer acerto de contas, o que deve ser feito por meio de ação própria.

Outrossim, a perícia judicial demonstrou, inclusive, que a escrituração contábil da empresa Cafezal é feita de forma irregular, razão por que não encontrou o lastro que resultou no total das sacas de café que alegou o requerido possuir depositadas. Trata-se, pois, de matéria fiscal, razão por que sugiro ao Relator da apelação que remeta cópia dos documentos necessários à Fazenda Estadual, para fins de aferição junto ao Fisco acerca das irregularidades perpetradas.

Quanto à questão da compensação dos valores já quitados com a venda do imóvel rural, R\$ 60.000,00

(sessenta mil reais), e locação, R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), verifico não se tratar de decisão *ultra petita*, uma vez que o nobre Desembargador Relator somente mencionou, à guisa de esclarecimento, que referidas importâncias devem ser abatidas do valor da nota promissória, cuja notícia que se tem nestes autos é de que está sendo objeto de ação de execução, não havendo, pois, caráter decisório para fins deste julgamento na decisão do eminente Relator.

Assim sendo, acompanho o eminente Desembargador Marcelo Rodrigues, no sentido de que não há como declarar a invalidade das declarações firmadas, porquanto não há suporte fático probatório suficiente a ensejar o pretendido.

Isso posto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento ao primeiro recurso, nego provimento ao segundo e dou parcial provimento ao terceiro apelo, nos termos do judicioso voto do nobre Desembargador Marcelo Rodrigues.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO TERCEIRO RECURSO.

...

**Indenização - Dano moral - Título protestado - Apontamento no cartório - Pagamento anterior - Empresa - Quitação do título - Ausência de comunicação ao banco - Ilegitimidade passiva - Sucumbência devida ao excluído da lide - Empresa co-ré - Responsabilidade**

Ementa: Apelação cível. Indenização por dano moral. Título protestado. Pagamento efetuado antes do apontamento no cartório. Culpa da empresa que não comunicou ao banco a quitação do título. Ilegitimidade passiva do banco. Custas processuais e honorários devidos ao excluído. Omissão. Supressão. Honorários devidos ao excluído da lide pela empresa co-ré, responsável pelo protesto indevido.

- O pagamento do título, antes de seu apontamento a protesto, diretamente ao credor, impõe a este a obrigação de comunicar ao banco endossatário-mandatário a liquidação da dívida.

- Responde a empresa por danos morais causados por sua desídia, ao deixar ser protestado título pago.

- O banco, endossatário do título, não responde pelos danos, solidariamente, visto que cabia à empresa comunicar-lhe o pagamento do título tão logo fosse efetuado, havendo ilegitimidade passiva do banco.

- A sucumbência devida ao excluído da lide, no caso, não deve ser suportada pelo autor, mas sim pelo co-réu, que foi quem permitiu que o título quitado fosse levado a protesto.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.07.064879-5/001 - Co-marca de Muriaé - Apelante: Ana Cláudia de Souza Gonzaga - Apelado: HSBC Bank Múltiplo S.A. - Litisconsorte: Sol Pleno Brasil Comércio e Estética Ltda. - Relator: DES. LUCIANO PINTO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - Luciano Pinto - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c com indenização por danos morais e pedido de nulidade de protesto, pelo rito sumário, que Ana Cláudia de Souza Gonzaga ajuizou contra Sol Pleno Brasil Comércio e Estética Ltda. e HSBC Bank Múltiplo S.A.

Disse ter adquirido produtos da ré, conforme nota fiscal que juntava, não tendo, contudo, recebido o boleto para o seu pagamento.

Assim, narrou ter entrado em contato com a empresa, que a teria orientado no sentido de efetuar o pagamento por via de depósito em conta, com os devidos acréscimos pelo atraso no pagamento.

Mesmo inconformada em arcar com os ônus da inadimplência a que não dera causa, ao que disse, assinalou a autora ter efetivado o referido depósito no dia 16.11.2006, conforme documento que também juntava.

Contudo, disse que o segundo réu levou a cartório uma duplicata sem aceite referente ao mesmo débito, tendo seu protesto ocorrido no dia 24.11.2006, isto é, após o pagamento da dívida.

Assim, entendendo que as rés agiram com ilicitude, requereu a procedência do seu pedido e a condenação de ambas no pagamento de indenização por danos morais, além da retirada do título do protesto e cancelamento da inscrição de seu nome na Serasa.

O banco apresentou sua defesa em audiência, às f. 37/47, levantando preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista o contrato de endosso-mandato firmado com a primeira ré.

Discorreu sobre o tema e pediu a extinção do feito quanto a si.

No mérito, negou qualquer ilicitude de seu ato, assinalando que o pagamento feito diretamente à ré o isentaria de qualquer culpa.

Pediu a improcedência da ação.

A autora e a primeira ré compuseram acordo, trazendo aos autos seus termos às f. 83/86.

Sobreveio sentença às f. 95/98, que acolheu a ilegitimidade passiva do banco, em razão de o contrato firmado com a primeira ré ter sido de endosso-mandato, e homologou o acordo firmado entre a autora e a primeira ré.

Daí o recurso da autora, pelo qual insiste na legitimidade passiva do banco e em sua culpa concorrente quanto ao protesto indevido.

Pediu a reforma da sentença.

Contra-razões do banco às f. 116/121, pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A irresignação da apelante se dá em razão da extinção do feito em relação ao banco, por ilegitimidade passiva, e pede que a sentença seja reformada e que o mérito seja julgado nos termos do § 3º do art. 515 do CPC.

A meu ver, não tem razão a apelante em relação a tal pedido.

Verifico, no documento de f. 20, que o banco recebeu o título por endosso-mandato, de modo que sua responsabilidade era restrita.

Com isso, o banco agiu dentro da legalidade ao apontar o título a protesto, já que não consta dos autos qualquer prova de que a empresa (primeira ré) lhe tivesse comunicado o pagamento do débito mediante depósito direto em sua conta.

Sem tal informação, não havia, mesmo, como o banco suspender a primeira ordem que recebeu, que era a de levar o título a protesto por falta de pagamento.

Assim, adoto o entendimento predominante do STJ, a saber:

REsp 38879/MG.

Comercial e processual civil. Duplicata. Ação de anulação. Endosso-mandato. Ilegitimidade passiva do endossatário. Litisconsórcio inexistente.

I. Como o endosso-mandato de duplicata não transfere a propriedade da cambial ao banco endossatário, indevida sua inclusão na lide como litisconsorte passivo do endossante, em demanda em que se postula exclusivamente a anulação de título sem aceite e sem causa jurídica.

II. Precedentes.

Adiante, verifico que a sentença, relativamente às custas processuais e aos honorários advocatícios, cingiu-se a fixá-los nos termos do acordo firmado entre a autora e a primeira ré.

Contudo, tal acordo não tratou de custas nem dos honorários relativos ao segundo réu (banco), até porque este não participou do pacto.

Bem de ver que a sentença, além de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do banco e excluí-lo da lide, também homologou o acordo firmado entre a autora e

a ré Sol Pleno Brasil Comércio e Estética Ltda., de modo que, até o trânsito em julgado dela, os co-réus ainda estão vinculados à lide.

Tal observação se faz necessária porque, em verdade, impõe-se a fixação de custas processuais e de honorários advocatícios devidos ao banco, excluído da lide.

O acordo firmado pela empresa Sol Pleno Brasil Comércio e Estética Ltda. configurou o seu reconhecimento em relação aos danos causados à autora, assim, a meu ver, tanto as custas processuais quanto os honorários devidos ao banco cabem a ela.

Isso porque, ao influxo do princípio da causalidade, foi ela quem provocou a lide, como acima salientado.

Embora a ilegitimidade passiva, em princípio, imponha ônus sucumbenciais ao autor, adoto o entendimento do STJ no sentido de eles serem devidos pela co-ré, responsável pelo protesto indevido.

Veja-se a propósito:

REsp 255634/SP.

Ações cautelar e de inexistência de obrigação. Endosso-mandato. Honorários. Precedentes da Corte.

1. Já assentou a Corte que o 'endossatário, tratando-se de endosso-mandato, age em nome do endossante. Não deve figurar, em nome próprio, em ação de sustação de protesto ou de anulação do título'.

2. A sucumbência não deve, no caso, ser suportada pelo autor, mas sim pelo co-réu, que remeteu o título para cobrança simples.

Das razões expostas no aresto supra, extrai-se o seguinte entendimento:

Os ônus da sucumbência, porém, não podem recair sobre o autor da ação. No caso, o acórdão recorrido demonstra que o co-réu Banestes 'desatendeu a determinação da sacadora, deixando de dar baixa no título'. E, ainda, o que está nos autos é que o título chegou ao banco recorrente, para cobrança simples, daquele outro réu, com o que deve ser a verba de sucumbência pelo mesmo suportada.

Com tais razões, deve a primeira ré arcar com as custas processuais e com os honorários devidos aos patronos do banco, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso para excluir da autora o encargo de pagar as custas do processo e os honorários aos advogados do banco, impondo tal obrigação à ré Sol Pleno Brasil Comércio Estética Ltda., pelos motivos acima expostos.

Os honorários aos advogados do banco serão devidos no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

## Conta salário - Ausência de movimentação - Cobrança de encargos - Cadastro de inadimplentes - Inclusão - Indenização - Valor - Majoração - Notificação prévia existente - Dano moral - Inexistência

Ementa: Abertura de conta salário. Ausência de movimentação. Cobrança de encargos. Inclusão nos cadastros de inadimplentes. Dever de indenizar. Majoração do valor. Existência de notificação prévia. Inexistência de danos morais.

- Comprovado o envio de notificação acerca da inclusão do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, o órgão de cadastro se desincumbe do ônus previsto no art. 43, § 2º, do CDC. Dessa forma, não pode ser responsabilizado pelo pagamento de danos morais.

- Age de forma ilícita a instituição financeira que procede à negativação do nome do consumidor em virtude de encargos incidentes em conta salário que nunca fora movimentada.

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

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.118823-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Associação Comercial São Paulo, 2ª) Ivonete Aparecida da Silva - Apelado: Banco do Brasil S.A. - 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 DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 11 de junho de 2008. - Nicolau Masselli - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela 2ª apelante, o Dr. Mário Penido Campos.

DES. NICOLAU MASSELLI - Conheço dos recursos porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais, proposta por Ivonete Aparecida da Silva contra Banco do Brasil S.A. e Associação Comercial de São Paulo, na qual busca a exclusão de seu nome dos cadastros de restrição de crédito, declaração de inexistência dos débitos cobrados indevidamente pelo primeiro réu, bem como indenização pelos danos morais causados.

Emerge do presente feito que, ao tentar efetuar uma compra, a autora tomou conhecimento da inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes por indicação do primeiro réu, referente à conta nº 22.309-3.

Segundo a autora, tal conta lhe foi disponibilizada no ano de 2004 com a finalidade de recebimento de salário. Entretanto, por mudança de planos de seu empregador, nunca chegou a ser utilizada.

Não obstante, apesar de nunca ter enviado uma correspondência sequer sobre a referida conta, levando-a a crer que o procedimento de abertura não havia sido concretizado, o primeiro réu veio a imputar à autora um débito no valor de R\$ 141,05 (cento e quarenta e um reais e cinco centavos), gerado pela incidência de encargos, que motivou a negativação de seu nome.

Afirma, ainda, que o segundo réu não lhe comunicou a referida inclusão de seu nome nos cadastros de restrição de crédito, violando obrigação expressa em lei, o que lhe causou danos morais.

Contestação da segunda ré às f. 47/53, na qual suscita sua ilegitimidade passiva, por ser apenas arquivista de informações passadas por seus associados. No mérito, alega, em síntese, que enviou a comunicação da abertura do registro à autora.

Contestação do primeiro réu às f. 64/71, na qual refuta todas as alegações da autora, afirmando que caberia a esta comparecer à agência para retirar o seu cartão magnético e cadastrar a senha. Alega que os descontos das tarifas pactuadas com os clientes são realizados automaticamente pelo sistema do banco e que não há que se falar na declaração de sua inexistência. Por fim, alega que a inclusão se procedeu de forma lícita, motivo pelo qual não há que se falar em indenização por danos morais.

Sentença de f. 159/169, na qual o ilustre Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando inexistente o débito da autora perante o Banco do Brasil S.A. em relação à conta 22.309-3, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Por fim, condenou também a segunda ré ao pagamento de indenização, no mesmo valor, pela ausência de notificação.

Inconformada, a Associação Comercial de São Paulo apresentou recurso às f. 170/188, visando à reforma da decisão. A autora, Ivonete Aparecida da Silva, também recorreu pleiteando a majoração do valor da indenização.

Contra-razões de apelação, às f. 223/227.

Passo a análise das razões recursais.

Através da análise dos autos, verifico que apenas a segunda ré apresentou recurso contra a decisão proferida em primeiro grau. Dessa forma, cinge-se a controvérsia apenas à condenação desta ao pagamento de indenização em face da ausência de notificação e, ainda, acerca do seu *quantum*, na medida em que a autora também apresentou recurso, visando a sua majoração.

No que tange ao primeiro recurso, certo é que os órgãos de restrição de crédito, ao atuarem como depositários de informações, possuem, de acordo com o art. 43, § 2º, do CDC, a obrigação de comunicar ao consumidor a inscrição de seu nome nos arquivos de inadimplentes, evitando eventual restrição indevida.

Assim, o lançamento do nome do consumidor no cadastro de órgão que impõe restrição creditícia sem prévia comunicação pode ensejar direito à indenização por dano moral, desde que comprovados os seus requisitos autorizadores, que devem ser analisados com parcimônia diante do caso concreto, a fim de que o Judiciário não patrocine abusos por parte daqueles que se presumem mais fracos nas relações protegidas pelo CDC.

No presente caso, entendo que restou suficientemente demonstrado, por meio dos documentos trazidos aos autos, que a primeira apelante enviou à autora notificação da futura inclusão de seu nome nos cadastros restritivos de crédito, desincumbindo-se de seu ônus.

Cabe ainda salientar que o Código de Defesa do Consumidor não exige que a comunicação de lançamento de débito seja feita por via de AR ou pessoalmente, sendo tão-somente necessário o aviso por escrito, o que, comprovadamente, foi feito.

Assim, para que se configure o dever de indenizar, é necessária a presença de três elementos fundamentais: a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente deve autorizar a reparação; o dano, com lesão provocada ao patrimônio da vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente.

No presente caso, não restou demonstrado qualquer ato ilícito cometido pela primeira apelante capaz de ensejar indenização pelos danos morais pleiteados.

Quanto ao segundo recurso, interposto pela própria autora, visando à majoração dos valores fixados a título de indenização, entendo que, outrossim, merece parcial provimento, no que tange ao valor da indenização a ser paga pelo primeiro réu, Banco do Brasil S.A.

Conforme se infere dos autos, o Juiz *a quo* fixou indenização por danos morais no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais) a ser paga pelo apelado, Banco do Brasil S.A., valor esse que merece ser majorado.

Pois bem, a fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral é tarefa que incumbe ao juiz, devendo o seu arbitramento operar-se com razoabilidade, pro-

porcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, ao porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso.

Dessarte, levando em consideração os parâmetros supracitados, tenho que, no caso dos autos, o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mostra-se hábil a reparar de forma equitativa os danos sofridos pela autora, ora segunda apelante.

Ante o exposto, estou dando provimento ao primeiro recurso, para julgar improcedente o pedido em relação à segunda ré, Associação Comercial de São Paulo, invertendo-se o ônus da sucumbência fixada em primeiro grau, que fica suspensa em relação à apelante, em virtude dos benefícios da justiça gratuita.

Estou, ainda, dando parcial provimento ao segundo recurso, a fim de majorar para R\$ 3.000,00 (três mil reais) o valor da indenização por danos morais a ser pago pelo apelado, Banco do Brasil S.A., à autora.

Custas recursais, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e JOSÉ AMANCIO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

### **Despejo - Locação não residencial - Denúncia vazia - Pressupostos autorizadores - Benfeitorias - Indenização - Não-cabimento - Justiça gratuita - Recolhimento do preparo - Pedido prejudicado**

Ementa: Civil e processual civil. Ação de despejo. Imóvel não residencial. Denúncia vazia. Pressupostos autorizadores presentes. Contrato de locação avençado conforme a legislação vigente. Indenização pelas benfeitorias. Não-cabimento. Justiça gratuita. Recolhimento do preparo. Pedido prejudicado.

- Não há cerceamento de defesa quando o juiz oportuniza à parte a produção de provas e esta peticiona informando que não pretende produzi-las.

- O locatário não faz jus as benfeitorias por ele realizadas no imóvel se o contrato celebrado entre as partes dispuser taxativamente que as benfeitorias, mesmo as de edificação autorizada pela dita locadora, não serão indenizáveis, faculdade concedida pelo art. 35 da Lei 8.245/91.

- Encontrando-se presentes os pressupostos autorizadores da denúncia vazia da locação não residencial, quais sejam locação por tempo indeterminado, não-

interesse do locador para continuar na relação locatícia, notificação prévia ao locatário, prazo de 30 dias para a entrega das chaves do imóvel, agiu o apelado em exercício regular do direito a ele conferido pelo art. 57 da Lei 8.245/91, não havendo que se falar em ilícito ou indenização.

- Se a apelante realizou o preparo recursal é porque não faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.06.205619-4/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Cléia Modas Ltda. - Apelado: Henrique Abreu Magalhães - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2008. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do recurso, porque regular e tempestivamente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

O caso é o seguinte: insurge-se a ré Cléia Modas Ltda. contra a r. sentença, que, nos autos da ação de despejo proposta por Henrique Abreu Magalhães, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, decretando o despejo compulsório da apelante, sem qualquer direito à indenização por eventual benfeitoria.

Em suas razões de recurso de f. 64/69, pediu a apelante, inicialmente, as benesses da justiça gratuita. No mérito, protesta pelo deferimento de seu direito de retenção por benfeitorias, alegando ser abusiva e de má-fé a cláusula que menciona a inexistência de indenização por benfeitoria, uma vez que em momento algum o apelado a alertou sobre a referida cláusula. Sustenta, ainda, que, quando da assinatura do contrato de locação, não podia imaginar que existiam cláusulas que futuramente poderiam lhe trazer prejuízos. Afirmo não ser justo o despejo. Por fim, ao fundamento de que não lhe foi oportunizada a produção de provas das alegadas benfeitorias, pede a anulação da r. sentença, para que outra seja proferida pelo Juízo a quo.

Pois bem. Inicialmente, verifico que sem razão a apelante no tocante ao pedido de assistência judiciária.

Certo é que o pedido de justiça gratuita, formulado na apelação pela ré da ação, deve ser acolhido, uma

vez que este é o primeiro momento em que a parte necessitou de tal benefício - preparo do recurso.

No entanto, tal pedido restou prejudicado, visto que, no presente caso, a apelante interpôs recurso de apelação recolhendo as respectivas custas recursais - f. 65 -, demonstrando que não subsiste a tibiéz econômica que lhe ensejaria a concessão do benefício.

Assim, se a apelante realizou o preparo recursal, é porque não faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Preliminar - Cerceamento de defesa.

Insurge ainda a apelante, sustentado que não lhe foi oportunizada a produção de provas periciais e testemunhais, indispensáveis para igualar as partes na relação processual. No entanto, tenho que sem razão, se não, vejamos.

Na decisão de f. 52 proferida pelo MM. Juiz, antes da sentença, determinou-se que as partes se manifestassem no prazo de cinco dias sobre o interesse de produzir outras provas, "para que não seja alegado cerceamento de defesa ao exercício do contraditório".

Posteriormente, peticionou a ora apelante informando, à f. 54, que, "em atendimento ao respeitável despacho de fls., vem dizer que não pretende produzir outras provas".

Ora, como se vê do acima transcrito, a irresignação da apelante sobre o alegado cerceamento de defesa mostra-se totalmente inaceitável, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

Mérito.

Em relação ao direito de retenção por benfeitorias, o contrato celebrado entre as partes é taxativo ao dispor que as benfeitorias, mesmo as de edificação autorizada pela dita locadora, não serão indenizáveis, faculdade concedida pelo art. 35 da Lei 8.245/91, conforme se lê na sua cláusula XII:

Indenização e direito de retenção: Toda e qualquer benfeitoria autorizada pelo LOCADOR, ainda que útil ou necessária, ficará automaticamente incorporado ao imóvel, sem prejuízo do disposto na letra 'e', da cláusula oitava deste instrumento, não podendo o LOCATÁRIO pretender qualquer indenização ou ressarcimento, bem como arguir direito de retenção sobre as mesmas (f. 06v.).

Saliente-se que também não prospera o argumento da defesa da apelante de que não tinha conhecimento da referida cláusula, visto que não pode se escusar a apelante de cumprir uma obrigação ao argumento de que não a conhecia, ainda mais sendo a mesma comerciante, habituada a lidar com contratos e a realizar negociações.

Ademais, a cláusula contratual que se refere às benfeitorias está claramente disposta no contrato de locação de f. 06, inclusive com letras garrafais, contrato este devidamente assinado pela apelante.

Não assiste razão à apelante, nem sequer quanto ao direito de indenização pelo fundo de comércio. É a

razão é simples: a apelante somente teria direito à indenização pelo fundo de comércio se tivesse direito à renovatória ou se o contrato vigorasse por prazo determinado - inteligência dos art. 52, § 3º, da Lei 8.245/91 e 389 do Código Civil. O caso dos autos não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses.

Dessa forma, tem-se que o pacto foi voluntariamente aceito pelas partes, não existindo demonstração de vício de consentimento ou coação capazes de macular a avença.

Não mais se interessando em prosseguir com o contrato, o apelado notificou a apelante para desocupar o imóvel no prazo de 30 dias (f. 07).

Assim, encontrando-se presentes os pressupostos autorizadores da denúncia vazia da locação não residencial, quais sejam: locação por tempo indeterminado, não-interesse do locador para continuar na relação locatícia, notificação prévia ao locatário e prazo de 30 dias para a entrega das chaves do imóvel, agiu o apelado em exercício regular do direito a ele conferido pelo art. 57 da Lei 8.245/91, não havendo que se falar em ilícito ou indenização.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença nos seus próprios e jurídicos fundamentos e mais o que ora acrescento.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e JOSÉ AMANCIO.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Indenização - Veículo - Vício oculto -  
Decadência - Constatação do defeito -  
Vendedor - Responsabilidade -  
Notas fiscais de serviço - Prova suficiente**

Ementa: Ação de indenização. Vício oculto. Decadência. Constatação do defeito. Dano. Notas fiscais de serviço. Prova suficiente.

- Em se tratando de vício oculto no produto comercializado, o prazo decadencial só começa a fluir a partir da revelação do defeito.

- O vendedor de veículo usado tem obrigação de garantir o seu bom funcionamento, exceto no que se refira ao seu desgaste com o uso, o que deve estar devidamente comprovado.



- Em caso de defeito oculto, deve o vendedor responder pelos prejuízos causados ao comprador.

- As notas fiscais de serviço constituem prova necessária e suficiente a provar o prejuízo ocorrido, desde que não haja prova em contrário e não sejam invalidadas pela outra parte.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.627023-4/003 - Co-marca de Belo Horizonte - Apelante: Fast Car Veículos Ltda. - Apelado: Huet Pimentel Campos - Relator: DES. LUCAS PEREIRA**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de abril de 2008. - *Lucas Pereira* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de ação indenizatória c/c declaratória ajuizada por Huet Pimentel Campos, incapaz, representado por seu curador, Roger Afonso Pimentel, em face de Fast Car Veículos Ltda.

Relatou o autor que, em virtude de necessitar de veículo adaptado para se locomover, devido a seu estado de saúde, adquiriu da empresa ré, em 26.10.2004, o automóvel Mercedes Benz Sprinter M, Modelo 312 D, ano 2000, cor branca, placa CZC 7215, pelo preço de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Afirmou que, no ato da compra, o veículo aparentava estar em boas condições, o que, entretanto, não se confirmou, uma vez que, ao utilizá-lo, o mesmo passou a apresentar diversos problemas de ordem mecânica, não tendo a requerida, mesmo instada a fazê-lo, cuidado de solucioná-los.

Acrescentou que, em face da necessidade de utilizar o veículo, arcou com o reparo dos vícios mecânicos apresentados, tendo despendido para tanto a quantia de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), montante pelo qual pretende ser ressarcido.

Aduziu que a ré fez inserir no contrato de compra e venda disposição (cláusula terceira) que a isentaria de responsabilidade por eventuais defeitos apresentados no veículo, sendo tal estipulação, entretanto, nula de pleno direito, nos termos do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, postulou a condenação da requerida no pagamento daquela importância (R\$ 1.400,00), devidamente atualizada, bem como a declaração de nulidade da cláusula terceira do contrato de compra e venda firmado entre as partes, por afrontar o disposto no art. 51, I, do CDC.

Devidamente citada, a ré apresentou defesa (f. 30/34), arguindo preliminares de carência de ação por falta de interesse de agir e ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. No mérito, asseverou não haver sido procurada para sanar qualquer defeito no veículo. Aduziu que os documentos juntados aos autos unilateralmente pelo autor não têm o condão de comprovar a existência dos supostos vícios no veículo, não podendo a mesma ser responsabilizada. Destacou ser legítima a disposição constante da cláusula terceira do contrato firmado e, por derradeiro, pugnou pela improcedência do pedido.

À f. 42, o MM. Juiz rejeitou as preliminares suscitadas. Alegações finais, pelo autor, à f. 48, e pela ré, às f. 82/88, tendo a mesma argüido prejudicial de decadência, nos termos do art. 26, II, do CDC. Às f. 57/61, o ilustre Juiz monocrático proferiu sentença, rejeitando a prejudicial de decadência. No mérito, julgou procedente o pedido, para declarar nula a cláusula terceira do contrato de compra e venda firmado entre as partes e condenar a ré a pagar ao autor a importância de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pela tabela da eg. Corregedoria de Justiça, tudo a partir da citação. Condenou a requerida, ainda, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Interpostos embargos de declaração pela ré (f. 96/97), foram os mesmos rejeitados, à f. 98. Aviados novos embargos (f. 99/102), foram igualmente refutados (f. 99).

Inconformada, a requerida interpôs apelação (f. 102/112), reiterando a prejudicial de decadência, ao argumento de que os supostos vícios foram constatados na mesma data da celebração do negócio (26.10.2004), razão pela qual se esgotou o prazo previsto no art. 26, II, do CDC, em 24.01.2005, sendo que, apenas em 26.02.2005, o autor ingressou em juízo. No mérito, insurgiu-se contra a condenação, ao fundamento de que os documentos juntados aos autos pelo autor não comprovam a natureza dos vícios alegados, o que somente poderia se dar por perícia técnica. Destacou não lhe ter sido dada a oportunidade de reparar os eventuais danos nos termos do art. 18 do CDC. Discorreu sobre o instituto da inversão do ônus da prova, asseverando ser o mesmo inaplicável à hipótese dos autos. Afirmou que o autor não fez prova dos fatos constitutivos do seu direito e sustentou a regularidade da cláusula terceira do contrato de compra e venda firmado entre as partes. Postulou, ao final, o provimento do apelo.

Às f. 115/118, o autor apresentou contra-razões, pautando-se pelo desprovemento do apelo.

Conheço do recurso, uma vez que próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

I - Prejudicial: decadência.

A apreciação da prejudicial suscitada pela recorrente, em virtude da divergência dos termos iniciais de incidência do prazo decadencial legalmente previsto, demanda a aferição da natureza dos vícios apresentados pelo automóvel.

Sabido que o vício aparente é aquele de fácil constatação, perceptível sem maior dificuldade, assimilável pela percepção exterior do produto ou serviço e que o consumidor não encontra obstáculos em reconhecer. Já o vício oculto é aquele que não se visualiza prontamente, isto é, de difícil constatação.

Nesse contexto, tenho que os defeitos mecânicos apresentados pelo automóvel adquirido pelo autor apelado, quais sejam problemas na bomba d'água, bomba de combustível, tubo de respiro e em outras partes do motor não são fatos de fácil constatação pelo apelado.

Com efeito, não se pode exigir do consumidor leigo e que não entende de mecânica de automóveis que tenha conhecimento sobre um defeito existente no motor de seu veículo e que caracteriza um vício oculto.

Dessa forma, sendo vícios ocultos os defeitos mecânicos apresentados pelo veículo adquirido pelo ora recorrido, resta fixar o prazo e o marco inicial para a contagem da decadência.

No caso dos autos, o automóvel em questão é um produto durável que apresentou um vício oculto. Portanto, o prazo decadencial aplicável é o de 90 (noventa) dias, contados a partir do momento em que se constatou o defeito mecânico. É o que dispõe o art. 26, inc. II e § 3º, do CDC:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: [...]

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis; [...]

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Segundo alega a apelante, o apelado afirmou haver constatado os alegados defeitos no veículo na própria data de sua aquisição (26.10.2004), razão pela qual teria se operado a decadência, já que o prazo teria findado em 24.01.2005, enquanto o autor apenas ingressou em juízo 26.01.2005.

Razão não lhe assiste, uma vez que, pela leitura atenta da peça exordial, em momento algum se constata a afirmação de que os defeitos mecânicos apresentados pelo veículo foram detectados na mesma data de sua aquisição. Ao contrário, sustenta o ora apelado que, quando da aquisição, o veículo aparentava estar

em boas condições, tendo percebido a ocorrência dos defeitos mecânicos somente "ao utilizar o veículo no seu dia-a-dia" (f. 03).

Destaco, ainda, da exordial:

Referidos vícios mecânicos já se encontravam no veículo quando o mesmo fora adquirido, não havendo como o autor detectar, sem a devida assistência técnica, que o veículo apresentava aqueles problemas mecânicos.

O curador do autor teve tal constatação ao levar o veículo a uma assistência técnica especializada, onde lhe foram repassadas tais informações (f. 04).

Como visto, os vícios ocultos apresentados pelo veículo só se tornaram aparentes, ou seja, somente foram detectados quando da inspeção realizada por oficina mecânica autorizada, conforme bem explicitou o MM. Juiz de primeiro grau.

Ocorre que, diferentemente do que consignou S. Exa. à f. 94, referida inspeção não se deu em 22.12.2004. Com efeito, os documentos de f. 16/22 são exatamente a ordem de serviço e a nota fiscal relativas ao reparo do veículo, emitidas naquela data (22.12.04) pela empresa Minasmáquinas S.A., que efetuou os serviços de cujo preço o autor busca ser ressarcido. Entretanto, consta nas f. 23/24 um outro orçamento para conserto do veículo, este emitido por Concessionária Mercedes Benz (Cardiesel Ltda.) na data de 22.11.2004. Conclui-se, portanto, que, embora o veículo consertado no dia 22.12.2004 pela empresa Minasmáquinas S.A., o autor-apelado já tinha ciência dos defeitos apresentados desde 22.11.2004, data em que o automóvel foi analisado pela concessionária.

Assim, o prazo prescricional teve início em 22.11.2004, de forma que, tendo a ação sido ajuizada em 26.01.2005 (f. 26), não se operou a decadência, o que apenas se daria no dia 20.02.2005.

Pelo exposto, rejeito a prejudicial de decadência.

II - Mérito.

Em sede meritória, ressalto, de início, ser inconteste a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, haja vista a evidência de relação de consumo estabelecida entre as partes, plenamente enquadradas nas definições de consumidor e fornecedor, expressos nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, devendo o feito ser analisado sob a ótica consumerista.

Busca a apelante afastar sua responsabilidade pelos vícios havidos no veículo, argumentando, inicialmente, a ausência de comprovação dos mesmos.

No que se refere ao encargo probatório, reputo indubitosa e incontroversa a existência dos vícios de ordem mecânica apresentados pelo veículo, pelo teor do orçamento de f. 23/24, emitido menos de trinta dias após a aquisição do automóvel, e da ordem de serviço e nota fiscal de f. 16/22. Certamente, se o motor não apresentasse os defeitos apontados na inicial e retratados nos aludidos documentos, não teria o ora recorrido

desembolsado a importância de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) para repará-lo.

Portanto, considero que o autor demonstrou devidamente os fatos constitutivos de seu direito, conforme lhe impunha o art. 333, I, do CPC.

Conforme já explicitado quando da apreciação da questão prejudicial, é clara a existência de vício oculto no automóvel adquirido pelo apelante. Isso porque, sendo o consumidor pessoa leiga em mecânica automobilística, não se revela razoável lhe exigir conhecimento acerca de um defeito existente no motor do veículo. Defeitos de ordem mecânica, tais como os apresentados pelo veículo do autor, não são de fácil percepção para o consumidor. Tanto é assim que o apelado precisou procurar uma oficina mecânica especializada para apurar o que estava acontecendo com o automóvel.

Não se pode olvidar que o vendedor de veículo usado tem obrigação de garantir o seu bom funcionamento, a não ser no caso de desgaste natural com o uso, o que deve estar devidamente comprovado, o que não se deu na hipótese dos autos.

Está-se se diante, no caso em análise, de manifestação de defeito oculto, e, como tal, deve a apelante responder pelos prejuízos causados ao comprador, independentemente de ter consentido ou não com a efetuação dos reparos, sendo interessante destacar, ainda, que os vícios no veículo foram constatados menos de trinta dias após a data da venda.

No que se refere à cláusula terceira do instrumento contratual firmado, também não prospera a irresignação da apelante. Com efeito, a garantia legal de adequação, qualidade e segurança dos produtos e serviços independe de termo expresso, nos termos do art. 24 do Código de Defesa do Consumidor, sendo proibida a cláusula que exonere o fornecedor de prestá-la.

Nas oportunas lições de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (em *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006):

O sistema do CDC introduz no ordenamento brasileiro uma garantia legal, imperativa, de adequação do produto. Tal garantia impede que se estipulem cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou mesmo atenuem as obrigações pelos vícios de inadequação, dispostos nos arts. 18 a 23. A garantia de adequação do produto é um verdadeiro *onus natural* para toda a cadeia de produtores que nasce com a atividade de produzir, de fabricar, de criar, de distribuir, de vender o produto. No sistema do CDC, ela é mais do que a garantia de vícios redibitórios, é garantia que atingirá tanto o fornecedor direto como os outros fornecedores da cadeia de produção.

Igualmente, compartilho do entendimento do Julgador singular ao declarar a nulidade das cláusulas constantes no contrato de compra e venda firmado entre as

partes, porquanto maculadas pela abusividade amplamente rechaçada pelo CDC.

Ora, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, disciplina de forma clara e objetiva a questão das cláusulas abusivas, *in verbis*:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. [...]

Com tais razões de decidir, rejeito a prejudicial de decadência e nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e LUCIANO PINTO.

*Súmula* - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

### **Recurso especial e extraordinário - Processo - Suspensão - Não-ocorrência - Art. 542, § 2º, do CPC - Efeito devolutivo - Embargos de declaração - Cassação da decisão - Ausência de nova decisão - Cerceamento de defesa**

Ementa: Processual civil. Recurso especial e extraordinário. Suspensão do processo. Não-ocorrência. Art. 542, § 2º, do CPC. Efeito somente devolutivo. Cassação de decisão acerca dos embargos declaratórios. Determinação pelo acórdão de que nova decisão deverá ser proferida. Inobservância do comando pelo juízo de primeiro grau. Cerceamento de defesa.

- Na forma do § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil, inadmissível a suspensão do processo para aguardar o andamento do recurso especial.

- Considerando que os embargos de declaração, desde que tempestivos, têm força interruptiva do prazo recursal, tem-se que a falta de nova decisão acerca desse recurso, quando, após a cassação pelo Tribunal da anterior, simplesmente é aberta vista para a apresentação de contra-razões à apelação já manejada por uma das partes, cerceia o direito de ampla defesa da outra, ao obstar-lhe o acesso ao duplo grau de jurisdição.

**AGRAVO Nº 1.0512.02.002443-0/003 - Comarca de Pirapora - Agravante: Expresso União Ltda. - Agravado: Anésio Paulino - Relator: DES. ELIAS CAMILO**

## Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de abril de 2008. - *Elias Camilo* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento aviado contra a decisão de f. 88/verso-TJ, que, julgando inviável a reapreciação dos embargos declaratórios, afastada pelo acórdão, recebeu o recurso de apelação então interposto pelo ora agravado, abrindo vista à ora agravante para contra-razões.

Irresignada, rebelou-se a agravante, sob o argumento de que a decisão vergastada foi proferida quando o andamento do processo de origem estava suspenso, por força de efeito suspensivo atribuído ao agravo de instrumento então aviado contra a decisão em que o juízo *a quo*, por sua vez, ao julgar os embargos declaratórios manejados pela agravante, havia reconhecido o cerceamento de defesa, cassando a sentença então prolatada, determinando abertura de vista às partes para especificação de provas.

Argumenta que, não obstante a notícia do julgamento de procedência do agravo de instrumento pela Turma Julgadora, o Magistrado *a quo* deu prosseguimento ao feito, sem que houvesse uma comunicação da Instância Superior permitindo o prosseguimento, tendo em vista que o acórdão confirmou a liminar, e que, contra ele, foram interpostos recursos especial e extraordinário, ainda pendentes de julgamento.

Acrescenta a agravante que, mesmo que tivesse transitado em julgado o acórdão do agravo de instrumento anterior, o juízo originário, com a baixa dos autos, deveria primeiro proferir nova decisão acerca de seus embargos de declaração interpostos à sentença, para somente depois receber o recurso de apelação, sem prejuízo da interposição de apelação também de sua parte.

Arremata requerendo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, a fim de que seja desde já determinada a suspensão do curso do processo principal, pugnando, ao final, pelo provimento do agravo.

Instrui o pedido com os documentos de f. 18/112-TJ.

Às f. 123/125-TJ, admitido o processamento do recurso sob a forma de instrumento e deferida a tutela cautelar recursal pela decisão de f. 123/125-TJ, requisitados informes, foram eles prestados pelo ilustre Juiz da causa, que se manifestou às f. 131/132-TJ, mantendo a decisão hostilizada.

O agravado apresentou as contra-razões de f. 135/138-TJ, requerendo, inicialmente, a devolução do prazo para manifestar-se sobre o recurso, em face da alegada indisponibilidade dos autos de origem, sustentando a preliminar de não-conhecimento do agravo por falta de interesse e perda de objeto em face da apresentação das contra-razões e apelação nos mencionados autos de origem, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do agravo, porque próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Inicialmente, no que tange ao pedido de devolução do prazo para apresentação de contraminuta formulado pelo agravado, sob o fundamento de inacessibilidade aos autos de primeira instância, entendo que não pode prevalecer.

A possibilidade de suspensão do prazo recursal, que poderia também se aplicar no caso da apresentação da resposta pelo recorrido, é prevista no art. 507 do CPC:

Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.

*In casu*, sem adentrar o mérito da relevância do motivo alegado pela inobservância do prazo facultado à apresentação da contraminuta, que é questionável, tendo em vista que o agravado poderia ter requerido apenas a apresentação posterior da documentação que pretendia juntar, acrescento, todavia, que venho manifestando o entendimento da necessidade de se alegar o justo impedimento ainda no curso do lapso temporal facultado para a prática do ato, na esteira do que já manifestou o extinto Tribunal de Alçada:

É necessário, para que a parte tenha possibilidade de praticar ato processual em prazo diverso do que determina o CPC, haver o pedido expresso de devolução do prazo, dirigido ao juiz da causa e realizado antes do seu transcurso temporal, com a devida justificativa do impedimento (3ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 343.823-3 - Rel. Juiz Duarte de Paula - j. em 10.8.01).

Dessa forma, deve ser indeferido o pedido de devolução do prazo, não se conhecendo, por conseguinte, dos argumentos suscitados em contraminuta, dada a sua intempestividade.

Apenas por amor ao debate, e por se tratar de matéria que poderia ser conhecida inclusive de ofício, registro que o só fato de terem sido apresentadas as contra-razões e apelação nos autos, na pendência de julgamento do presente agravo, não induz a perda de objeto e a superveniente falta de interesse recursal, mesmo porque praticados *ad cautelam*, não tendo havido ainda sequer o exame definitivo dos requisitos de admissibilidade de cada manifestação processual.

Pois bem. Partindo para o exame do agravo, de início, registro que não haveria óbice à prolação da decisão ora vergastada em face do efeito suspensivo atribuído ao agravo de instrumento anteriormente interposto, em razão da decisão acerca dos embargos de declaração, porquanto, àquela data (30.10.2007), já havia o Juízo *a quo* tomado ciência do julgamento definitivo do agravo de instrumento.

Esclareça-se ser insubsistente a alegação da agravante de necessidade de espera pelo trânsito em julgado daquele acórdão, porque seria de todo indevida a suspensão do processo até o julgamento dos recursos especial e extraordinário que diz ter sido por ela aviados.

É que, conforme dispõe o art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, na sistemática dos recursos extraordinário e especial, admite-se somente a atribuição de efeito devolutivo, ou seja, não mais admite o sistema processual pátrio a suspensão do processo por força de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Dessa forma, descabida é a pretensão de se aguardar a decisão dos recursos pelos Tribunais Superiores para o prosseguimento do feito, uma vez que equivaleria, em verdade, à atribuição de efeito suspensivo, inadmissível nesses casos.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal:

EMENTA: Execução de sentença. Provisoriamente. Recurso especial pendente de julgamento. Remição de bens. Levantamento de dinheiro. Necessidade da prestação de caução. Garantia processual.

- O recurso especial ainda em trâmite no colendo Superior Tribunal de Justiça não obsta o andamento da execução de sentença (art. 497, CPC) nos embargos de terceiro e, por consequência, a execução de título extrajudicial na fase final de satisfação do débito, tendo em vista que só tem o efeito devolutivo (art. 542, § 2º, CPC), não suspendendo a tramitação dos processos.

[...] (Agravo de Instrumento nº 1.0693.01.004202-8/001 - Rel. Des. Duarte de Paula - j. em 14.03.2007).

Recurso especial. Efeito devolutivo. Execução provisória. Levantamento de numerário. Caução. Recurso improvido.

- O recurso extraordinário e o recurso especial são recebidos em seu efeito devolutivo e, por não apresentarem eficácia suspensiva, não impedem a execução do acórdão recorrido.

- A decisão do douto juiz *a quo* não merece reforma, porquanto a existência de recurso *sub judice*, ao qual não se atribui efeito suspensivo, no caso, o recurso especial, não impede a execução provisória do acórdão recorrido, sendo possível a expedição do alvará para levantamento do valor remanescente da arrematação, para pagamento do crédito hipotecário [...] (Agravo de Instrumento nº 500.710-1 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - j. em 19.05.2005).

EMENTA: Agravo. Recurso especial. Suspensão do processo. Art. 542, § 2º, do CPC. Efeito somente devolutivo. Hipótese contemplada, também, na norma do § 3º do mesmo art. 542 do CPC.

- Na forma do § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil, inadmissível a suspensão do processo para aguardar o andamento do recurso especial.

- Hipótese em que, ademais, o recurso especial foi interposto contra decisão interlocutória, e, por isso, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões (Agravo de Instrumento nº 326. 471-5 - Rel. Des. Edilson Fernandes - j. em 14.02.2001).

No mesmo entendimento, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao § 2º do art. 542 do CPC, ensinam que:

§ 2º: 5. Efeito meramente devolutivo. Os RE e REsp são recebidos apenas no efeito devolutivo. Não possuem efeito suspensivo. Assim, as decisões por eles impugnadas podem produzir efeitos desde logo, ensejando execução provisória (CPC 587) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 799).

Todavia, assiste razão à agravante no que tange à alegação de que, após o julgamento do agravo de instrumento, deveria ter sido primeiramente proferida nova decisão acerca dos embargos de declaração, nos limites do art. 535 do CPC, conforme consta da parte dispositiva do acórdão.

Com efeito, conforme se extrai do comando de Segundo Grau, foi dado provimento ao agravo para "cassar a decisão proferida pelo Juízo *a quo* em sede de embargos de declaração, para que outra seja proferida, nos estreitos termos do art. 535 do CPC" (*sic*, f. 120-TJ).

Em sendo assim, tenho que o acórdão não suplantou a necessidade de novo julgamento dos declaratórios, ao contrário, expressamente consignou-a, apenas definindo, quando da motivação do *decisum*, a inviabilidade de que os embargos, cuja função é meramente integrativa, tivessem sido acolhidos pelo juízo - como feito - sob o fundamento de que avaliou mal ou superficialmente os fatos, as provas ou o direito ao julgar antecipadamente a lide, com a determinação de reabertura da fase instrutória.

Dessa forma, a decisão ora vergastada, que, julgando de forma equivocada ser inviável a reapreciação dos embargos, limitou-se a receber a apelação anteriormente manejada pelo agravado, abrindo vista à ora agravante para apresentação de contra-razões, cerceia o direito de defesa dessa última, à apresentação de sua apelação, na medida em que, como cediço, os embargos de declaração, desde que tempestivos, têm força interruptiva do prazo recursal.

Além do mais, por força dos princípios da inafastabilidade e indelegabilidade da jurisdição, e considerando-se que houve "cassação" do decisório anterior, inadmissível que o Juízo *a quo* não profira outra decisão acerca dos embargos declaratórios, agora observando a limitação - já imposta pelo acórdão - de que a avaliação de sua pertinência seja realizada sob a ótica da existência de omissão, contradição e obscuridade, exclusivamente.

À luz do exposto, dou provimento ao agravo, reformando a decisão recorrida, determinando que o Juízo a quo profira nova decisão acerca dos embargos declaratórios, na forma do que restou definido no acórdão, para apenas depois, em caso de rejeição, proferir decisão acerca do recebimento dos recursos de apelação já aviados contra a sentença.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

### **Assistência judiciária - Parte requerente - Insuficiência de recursos - Ausência de prova - Indeferimento - Voto vencido**

**Ementa:** Assistência judiciária. Parte requerente que possui condições de arcar com despesas processuais. Indeferimento.

- Superado o clássico positivismo jurídico, os juízes não mais devem aplicar mecanicamente a lei. É preciso aplicá-la de modo a encontrar o justo no caso concreto. O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição da República.

- Com o fenômeno da “constitucionalização do direito infraconstitucional”, o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.

- As regras sobre assistência judiciária (Lei nº 1.060/50) devem ser examinadas de modo sistêmico, com atenção à natureza tributária de taxa atribuída às custas judiciais (STF, ADIn nº 3.694-AP, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06.11.2006).

- O art. 11, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001) impõe aos agentes públicos responsabilidade na gestão fiscal, a qual terá como requisitos essenciais à instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência

constitucional do ente da Federação. A Lei Complementar nº 101/2001 também se aplica no âmbito do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso I, alínea a, LC 101/2001). Com efeito, possui natureza administrativa, em sentido amplo, a atividade arrecadadora das custas judiciais, ainda que sujeita ao crivo dos magistrados.

- Onde há função, não há autonomia da vontade. A vontade é submetida aos fins previstos na Constituição e nas leis. Há o dever de curar o interesse público. Mais do que poder, o administrador tem dever de curar o interesse público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1996, p. 13-14).

- Haverá “desvio de finalidade” quando o agente administrativo praticar “o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular).

- Dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora das custas judiciais, exige-se reverência aos ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional. Das partes litigantes, em contrapartida, exige-se submissão aos preceitos da boa-fé, para que não declarem falsamente pobreza no intuito de obter os benefícios da assistência judiciária. Processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes. A gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, em detrimento desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de processo civil*, v. 2, 2001, p. 629-630). No Direito, salvo situações muito excepcionais previstas em lei, não lidamos com verdades absolutas. Por isso, recomenda-se ao hermeneuta jurídico a observância do “princípio da razoabilidade”. O Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 1992, p. 72).

- A Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos. A declaração de insuficiência de recursos, firmada pelo interessado, é, em princípio, bastante para a concessão da assistência judiciária, mas não deve ser aceita, quando

das circunstâncias do caso concreto, se se verificarem indícios de que possui condições para arcar com as despesas processuais.

- V.v. - A Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a igualdade entre todos sem qualquer distinção, que, em seu inciso LXXIV, assegura a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Lei 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária, embora anterior à Constituição Federal em vigor, estipula que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio e de sua família.

**AGRAVO Nº 1.0450.08.005844-6/001 - Comarca de Nova Ponte - Agravante: José Humberto de Aguiar Junior - Agravada: Corpo Coberto Boutique Ltda. - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA A PRIMEIRA VOGAL.

Belo Horizonte, 3 de julho de 2008. - Rogério Medeiros - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto por José Humberto de Aguiar Junior, contra decisão de f. 38/39-TJ, proferida nos autos da ação ordinária de cobrança contra Corpo Coberto Boutique Ltda., por via da qual o MM. Juízo de primeira instância indeferiu o pedido de gratuidade judiciária ao fundamento de o agravante ser comerciante/empresário, possuir grande volume de títulos executivos que indicam movimentação financeira considerável.

O recurso encontrou-se tempestivo. O agravante requereu os benefícios da gratuidade judiciária.

A seu turno, o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que a dispensa do pagamento de custas e honorários advocatícios, vértice da assistência judiciária integral e gratuita a ser prestada pelo Estado, não está isenta da comprovação da insuficiência de recursos.

No presente caso, verifiquei que a decisão agrava a fundamentação de maneira consistente as razões do indeferimento do pedido de assistência judiciária.

Foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso (f. 38-TJ).

Sem contraminuta.

O MM. Juiz da causa não prestou as informações à f. 38-TJ.

É o relatório.

É verdade que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988 incluiu a assistência judiciária entre as garantias individuais e coletivas, com a ressalva de ser conferida aos necessitados: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A Lei nº 1.060/50 considera

necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 2º, parágrafo único).

E o art. 4º, *caput*, do mesmo texto legal dispõe:

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Todavia, a interpretação de tão vetustos preceitos do Direito Positivo deve ser guiada pelas diretrizes hermenêuticas contemporâneas. Superado o clássico positivismo jurídico, os juízes não mais devem aplicar mecanicamente a lei. É preciso aplicá-la de modo a encontrar o justo no caso concreto. É marcante sua atuação, no que concerne à segurança, à igualdade e liberdade individuais; ao sentido e alcance da pessoa jurídica; à definição do Estado e à sua submissão ao direito; às transformações da ordem individualista, contribuindo à socialização dos direitos subjetivos; ao princípio da boa-fé nas relações jurídicas; ao princípio da equidade; às grandes transformações ocorridas na responsabilidade civil, onde, em boa parte, a evolução resultou de seu trabalho; em suma, à proteção dos direitos do indivíduo, fazendo deste o verdadeiro fim do direito. A jurisprudência realiza concretamente o Estado de Direito (*apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Editora RT, 1996, p. 153-154).

Avulta o papel dos princípios. O grande civilista Caio Mário da Silva Pereira, ao receber, em 1999, o título de doutor *honoris causa*, na Universidade de Coimbra, proferiu magnífico discurso, proclamando (jornal *Estado de Minas*, Belo Horizonte, edição de 19 de agosto de 1999, p. 10):

Posso dizer, com a autoridade de quem enfrenta essa luta há mais de sessenta anos, que é necessário acreditar que se pode construir o futuro sobre os alicerces jurídicos. [...] Visualizando o Direito, sem me ater a particularismos que interessem a tal ou qual categoria social, ou a algum sentimento personalíssimo, penso que ele é 'todo inteiro', na expressão de Del Vecchio, 'um complexo sistema de valores',

e, mais especialmente, 'uma conciliação dos valores da ordem e os valores da liberdade'.

Carlos Maximiliano definiu (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 295):

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Nessa linha conceitual, são os princípios idéias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do Direito. Cada área do Direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob o seu alcance (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23).

Consoante Fábio Konder Comparato, a axiologia transformou a ética contemporânea. Há uma revolução axiológica abalando o gélido positivismo vigorante na maior parte do século XX (*Temas de direitos humanos*, Max Limonad, 1998, p. 11-14 - Prefácio de Flávia Piovesan).

O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 49).

Surge nova materialidade constitucional e alcança o patamar supremo da Constituição. Ao mesmo passo, insere-se na órbita principal, com superioridade normativa, no que toca aos demais preceitos da Constituição. Em caso de conflito constitucional, o princípio é superior à regra. O princípio se aplica, a regra não. Os juristas do positivismo sempre foram contundentes no menosprezo e aversão aos princípios. As correntes antipositivistas deste fim de século, fundaram uma Nova Hermenêutica. Retiraram os princípios - dantes designados simplesmente princípios gerais de Direito - da esfera menor dos Códigos, onde jaziam como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema, para a região mais elevada e aberta das Constituições, cujo espaço oxigenado entraram a ocupar até se fixarem com aquela densidade normativa que os converteu em senhores supremos da jurisdição constitucional. De tal sorte que os princípios governam a Constituição e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe (BONA-

VIDES, Paulo. *Reflexões - política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 22-29).

Segundo J. J. Gomes Canotilho, hoje a subordinação à lei e ao Direito, por parte dos juízes, reclama de forma incontornável a "princípioalização" da jurisprudência. O Direito do Estado de Direito, do século XIX e da primeira metade do século XX, é o Direito das regras dos códigos. O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do Direito e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes (CANOTILHO, J. J. Gomes. A "princípioalização" da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 98, p. 83-84, abril-junho 2000).

Prossegue o constitucionalista luso afirmando que a existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um "constitucionalismo adequado" (Alexy), de estrutura sistêmica. Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um "sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como constitucional, que é necessariamente aberto (*Direito constitucional*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 168-9).

O jurista tem o dever de interpretar o direito conforme a norma superior (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57): "O aplicador do direito, ao determinar o sentido e a extensão de uma norma, tem o dever de rejeitar alternativas hermenêuticas incompatíveis com o sistema jurídico".

Nesse compasso, a doutrina jurídica contemporânea se reporta à constitucionalização do direito infraconstitucional. Iniciada na Alemanha e Itália, a doutrina irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, *Revista de direito administrativo*, v. 240, p. 1-42, abril-junho 2005).

O jurista italiano Pietro Perlingieri registra (*Perfis do direito civil - introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed., Renovar, 2002, p. 6):

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos



microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Passemos, pois, à análise sistêmica das regras sobre assistência judiciária (Lei nº 1.060/50). Para tanto, é preciso estabelecer a natureza jurídica das custas judiciais.

O Código Tributário Nacional define tributo em seu art. 3º:

É toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Aliomar Baleeiro comentava (*Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63): "O tributo constitui obrigação *ex lege*. Não há tributo sem lei que o decreta, definindo-lhe o fato gerador da obrigação".

O Código Tributário Nacional ainda conceitua:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria [...].

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte [...].

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. [...].

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado [...].

No concernente à taxa, Baleeiro discorria (ob. cit., p. 328):

É sempre uma técnica fiscal de repartição da despesa com um serviço público especial e mensurável pelo grupo restrito das pessoas que se aproveitam de tal serviço, ou o provocaram ou o têm ao seu dispor. [...] A taxa tem, pois, como 'causa' jurídica e fato gerador a prestação efetiva ou potencial dum serviço específico ao contribuinte, ou a compensação deste à Fazenda Pública por lhe ter provocado, por ato ou fato seu, despesa também especial e mensurável.

Estribada nos conceitos elaborados pelo legislador e doutrinadores, a jurisprudência fixou a natureza tributária das custas judiciais:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei 959, do Estado do Amapá, publicada no DOE de 30.12.2006, que dispõe sobre custas judiciais e emolumentos de serviços notariais e de registros públicos, cujo art. 47 - impugnado - determina que a 'lei entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 2006': procedência, em parte, para dar interpretação, conforme a Constituição, aos dispositivos questionados e declarar que, apesar de estar em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006, a eficácia dessa norma, em relação aos dispositivos que aumentam ou instituem novas custas e emolumentos, se iniciará somente após 90 dias da sua publicação. II. Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica. É da jurisprudência do Tribunal que as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais têm caráter tributário de taxa. III. Lei tributária: prazo nonagesimal. Uma vez que o caso trata de taxas, devem observar-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre essas, a prevista no art. 150, III, c, com a redação dada pela EC 42/03 - prazo nonagesimal para que a lei tributária se torne eficaz (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.694-AP, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06.11.2006).

Recurso especial. Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Preferência creditícia. Custas e despesas em sentido estrito. Crédito tributário. Recurso desprovido. 1. A controvérsia cinge-se à análise da preferência do crédito tributário em relação a outros créditos, tendo em vista o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que 'no crédito tributário não têm preferência as custas e as despesas processuais devidas ao Poder Judiciário e a seus auxiliares no processo de execução. Interpretação sistemática dos arts. 186 e 188 do CTN (f. 55).

2. Na hipótese dos autos, os fatos ocorreram sob a égide das redações originais dos arts. 186 e 188 do Código Tributário Nacional. Assim, nos termos destes dispositivos legais, o crédito tributário possui preferência em relação aos demais créditos, exceto quanto a aqueles decorrentes da legislação do trabalho, bem como dos encargos da massa falida - incluindo-se aí os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência -, os quais deveriam ser pagos com preferência em relação a quaisquer outros créditos e às dívidas da massa. Precedentes.

3. Da análise da natureza jurídica das despesas em sentido estrito e das custas, pode-se concluir que tais verbas não se enquadram no conceito de créditos trabalhistas. Todavia, enquadram-se nos encargos devidos pela massa falida, porquanto: (a) as despesas em sentido estrito devidas pela empresa fazem parte das obrigações assumidas pela massa falida no curso do processo; (b) as custas judiciais já possuem, por sua própria natureza tributária, o privilégio previsto na Seção II do Capítulo VI do Código Tributário Nacional. No entanto, no caso específico dos autos, o crédito relativo

às custas judiciais está entre os encargos tributários da massa falida, de modo que tem uma preferência ainda maior em seu pagamento, conforme previsto no art. 188 do CTN. Dessa maneira, interpretando-se sistematicamente as redações anteriores dos arts. 186 e 188 do CTN, verifica-se que as referidas custas e despesas possuem preferência em relação aos créditos tributários em geral, por se enquadrarem entre os encargos devidos pela massa falida.

4. As custas e emolumentos, quando devidas pela Fazenda Pública, gozam do privilégio estatal de não precisarem ser antecipadas, devendo ser pagas, ao final da demanda, pelo vencido, nos termos dos arts. 39 da Lei 6.830/80 e 27 do CPC. Por outro lado, as despesas em sentido estrito não gozam desse mesmo privilégio, sendo certo que, mesmo quando devidas pela Fazenda Pública, devem ser pagas no momento do requerimento da diligência ou de qualquer outro ato processual, na medida em que, neste caso, os atos são praticados por terceiros que não se podem sujeitar ao ônus de arcar com as despesas de sua prática em favor do ente estatal. Precedentes.

5. Recurso especial desprovido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 898.214-RS, Min.ª Denise Arruda, DJU de 24.09.2007).

Pela sua natureza tributária, as custas judiciais constituem receita. Logo, são sujeitas aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Odete Medauar comenta (*Direito administrativo moderno*, 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 352-353):

A Lei Complementar 101, de 04.05.2001, estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal. Visa alcançar o equilíbrio das contas públicas da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus respectivos poderes e entes. Referida lei complementar determina a ação planejada e transparente em matéria de finanças públicas, de modo que se previnam riscos e se corrijam desvios, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e sejam obedecidos limites e condições quanto à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, com seguridade social, com operações de crédito etc.

O art. 11, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001) impõe aos agentes públicos responsabilidade na gestão fiscal: "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação".

Referida lei complementar aplica-se também no âmbito do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso I, alínea a, LC 101/2001). Com efeito, possui natureza administrativa, em sentido amplo, a atividade arrecadadora das custas judiciais, ainda que sujeita ao crivo dos magistrados.

Explica-se. Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez (*Curso de Derecho Administrativo*. Madri: Civitas-Revista de Occidente, tomo I, 1974, p. 27), não há uma só Administração Pública, senão uma pluralidade de Administrações Públicas, titulares, todas elas, de relações jurídico-administrativas (ex.: administrações locais, provinciais, municipais etc.).

A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administra-

tiva e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante.

Miguel Seabra Fagundes, entre os autores nacionais, abordava o tema com maestria (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3-13):

Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase-totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Executivo e Judiciário respectivamente.

Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva. O seu exercício constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal.

Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução. Assim, faz-se necessário estabelecer o feito peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos, distinguindo-se entre si como espécies do gênero funções de execução. Isso é o que tentamos fazer [...] examinando a finalidade e o conteúdo de cada uma delas.

Lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, por meio do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade do seu enunciado. Esses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa. Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais.

Quando qualquer um, na coletividade, se opõe ao cumprimento da regra jurídica, obstinando-se em lhe recusar obediência, cria, com isso, um embaraço ao regular funcionamento do organismo estatal. O Estado vence essa anormalidade restaurando a ordem legal por meio de coação, que exerce sobre a vontade insubmissa, impondo-lhe ao cãnone legislativo, cuja inteligência fixa definitivamente. Tais situações podem originar-se, seja de atitude do indivíduo recusando a obedecer à lei, impugnando-a por injusta, por irregular, ou por se entender não abrangido nas disposições, seja de procedimento dos próprios órgãos estatais (Legislativo e Executivo), violando os limites prefixados no Direito Positivo à sua atividade. Num caso como

noutro se resolvem pelo exercício da função jurisdicional, que restaura a legalidade, clima normal na vida do Estado. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo em torno da realização do direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.

O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional, mas o momento em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o modo e a finalidade, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista o conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.

São, assim, três os seus elementos específicos: 1) como momento do seu exercício - uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito; 2) como modo de alcançar sua finalidade - a interpretação definitiva do direito controvertido; como finalidade do seu exercício - o trancamento da situação contenciosa, conseqüência necessária da interpretação fixada.

Em outras palavras, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 57):

É sabido que não há uma separação absoluta de poderes; a Constituição, no art. 2º, diz que 'são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário'. Mas, quando define as respectivas atribuições, confere predominantemente a cada um dos Poderes uma das três funções básicas, prevendo algumas interferências, de modo a assegurar um sistema de freios e contrapesos.

Assim é que os Poderes Legislativo e Judiciário, além de suas funções próprias de legislar e julgar, exercem também algumas funções administrativas, como, por exemplo, as decorrentes dos poderes hierárquico e disciplinar sobre os respectivos servidores.

Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela Assembléia, quando adota medidas provisórias, com força de lei, previstas no art. 62 da Constituição, ou elabora leis delegadas, com base no art. 68. O Legislativo também exerce algumas funções judicantes, como no caso em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incisos I e II, da Constituição).

Aliás, a própria prestação jurisdicional constitui serviço público em sentido amplo, consoante a festejada Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 95):

No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo (de serviço público) é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público 'toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins'. Nesse conceito ele inclui a atividade judiciária e a administrativa.

A autora cita o doutrinador francês Jean Rivero: como o serviço público visa a atender necessidades públicas, pode funcionar com prejuízo, diversamente do que ocorre na iniciativa privada (ob. cit., p. 101):

A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo.

No entanto, no que toca às custas judiciais, discorreu o celebrado Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 629-630):

O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. A realidade é a necessidade de despendere recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para a defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares ou defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamento e material consumível, indispensáveis ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo.

Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta. Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade, mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas.

Como alguma das partes há de arcar com todo o custo do processo, a ordem jurídica contém preceitos mais ou menos precisos sobre sua atribuição aos sujeitos do processo segundo critérios de conveniência financeira e de ética escolhidos pelo Estado-legislador. O valor dos serviços prestados pelo Estado-Juiz é determinado em regimentos de custas e a lei do processo estabelece regras sobre os adiantamentos a serem feitos pelos sujeitos processuais e sobre a responsabilidade final pelo custo geral do processo.

O Poder Judiciário depende de receita para prestar a jurisdição aos cidadãos. A eminente Ministra Ellen Gracie Northfleet, digna Presidente do Supremo Tribunal Federal, enviou mensagem ao Congresso Nacional e declarou (Fonte: Agência Câmara, <http://www2.camar.gov.br>, captado em 06.02.2008):

A participação do sistema judiciário federal no total do Orçamento Geral da União é de apenas 1,72%. (...) Do total que nos é atribuído, a parcela mais importante corresponde à folha de pagamentos e encargos sociais. É a nossa atividade específica, vale dizer, a prestação de serviços de justiça que conforma nossos gastos. A rubrica de investimentos resume-se, portanto, em boa parte, a necessárias inversões em infra-estrutura de tecnologia - que nos permitirão prestar melhores serviços -, e a raras e pontuais melhorias de instalações físicas.

Considero importante destacar que o Poder Judiciário federal é, sem dúvida, a melhor relação custo-benefício no serviço público brasileiro, pois apenas uma pequena parcela da atividade da máquina judiciária faz retornar aos cofres públicos a totalidade de seus gastos operacionais. Falo da atividade de cobrança de execuções fiscais e do recolhimento automático de valores correspondentes a contribuições sociais e imposto de renda na fonte.

Esses resultados, monitorados nos últimos três anos, demonstram um excedente a favor do tesouro nacional. Não conheço outros serviços - excetuados os que tenham função específica de recolhimento - que façam retornar integralmente seu custo como o faz o Judiciário federal. É possível intuir que o mesmo ocorra relativamente aos Judiciários estaduais.

Sendo atividade materialmente administrativa e possuindo natureza tributária, a arrecadação de custas judiciais deve-se pautar pela idéia nuclear de interesse público.

O argentino Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p. 238) sustenta que o interesse passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou poucas pessoas, mas quando nele participam ou coincidem um número tal de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que se pode chegar a identificá-lo como de todo o grupo. Segundo o mestre argentino (ob. cit., p. 235-236), a noção conceitual de Administração Pública aparece influenciada de maneira decisiva pela idéia de interesse público. A Administração Pública é concebida como uma das funções do Estado, que se leva a termo sob certas características e condições. Tal atividade tem como fim inescusável alcançar e satisfazer necessidades e exigências de interesse público. Este objetivo justifica a atividade administrativa, tornando-a procedente e legítima, segundo o ordenamento jurídico.

As pedras de toque do regime jurídico-administrativo, segundo o festejado Celso Antônio Bandeira de Mello são delineadas em função de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. São inapropriáveis: o órgão gestor não tem disponibilidade sobre eles e lhe incumbe apenas o dever de curá-los, nos termos da finalidade a que estão adstritos. Segundo Caio Tácito, a função administrativa se realiza "dentro de normas criadas pela função legislativa ou normativa". Em suma, a atividade administrativa

é subordinada à lei (*Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 43 e segs.).

Em outra notável obra (*Discrecionariade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13-14), Bandeira de Mello sustenta: "onde há função, não há autonomia da vontade. A vontade é submetida aos fins previstos na Constituição e nas leis. Há o dever de curar o interesse público. Mais do que poder, o administrador tem dever de curar o interesse público".

Haverá desvio de finalidade quando o agente administrativo praticar "o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular).

Dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora das custas judiciais, exige-se reverência aos ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Das partes litigantes, em contrapartida, exige-se submissão aos preceitos da boa-fé. A ética impregnou o Direito Civil contemporâneo. Quanto ao princípio da boa-fé, já era definido pelo saudoso Orlando Gomes (in *Contratos*, 10. ed., Forense, 1984, p. 43):

Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da boa-fé objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26-27):

Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa [...].

Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé.

Na acepção de Georges Ripert (*A regra moral nas obrigações civis*, 2. ed., Bookseller, Tradução de Osório de Oliveira, 2002, p. 24):

É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé,

castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento [...]

O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa.

A regra do art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/50 facultava a singela declaração de pobreza para a parte gozar dos benefícios da assistência judiciária. Não acoberta, contudo, a má-fé. Em outras palavras, a parte não poderá declarar falsamente sua hipossuficiência para deixar de pagar indevidamente o tributo - custas judiciais - ao Estado. Tanto que se presume "pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais" (4º, § 1º, Lei nº 1.060/50). A presunção de que se cogita, pois, é *juris tantum*.

No âmbito filosófico, o absoluto

É o que existe ou se concebe por si mesmo; o que, para existir ou ser, não depende de uma causa ou condição; [...] denominam-se idéias ou princípios absolutos os que se têm por dados imediatos da razão, também chamados *a priori*, por não dependerem da sensação e observação do mundo exterior.

Ao conceito de absoluto, opõe-se o de relativo, predominante nos sistemas de filosofia como o criticismo de Kant, o positivismo de Comte e o evolucionismo de Spencer (*apud* PIMENTA, Joaquim. *Enciclopédia de cultura*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, v. 1, p.10):

Circunscrevem o campo de investigação e de generalização, nos domínios do conhecimento, ao que se baseia na experiência dos fenômenos ou ressalta das suas relações de coexistência (no espaço) e de sucessão (no tempo) critério este que passou a prevalecer como fundamental em todas as ciências da Natureza, do Homem e da Sociedade.

Na seara jurídica, trabalha-se com a presunção. Segundo Pedro Nunes (*Dicionário de tecnologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1952, p. 655-656),

[...] é a conjectura conseqüência ou conclusão que a lei ou o juiz tira de fatos conhecidos, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar.

É meio de prova indireta. A presunção diz-se: a) comum (*de hominis*), a que, embora não estabelecida pela lei, pode ser deduzida livremente dum determinado fato da mesma natureza de outros que ordinariamente acontecem, de modo a poder formar a convicção do juiz; b) legal, absoluta (*juris et de jure*), quando a lei reputa verdadeira, em face do fato ou ato ocorrido, e não admite prova em contrário, embora existente: a coisa julgada, o princípio segundo o qual a ninguém é lícito ignorar a lei, etc.; c) legal condicional, simples ou relativa (*juris tantum*), a que, tida como verdade pela lei, pode ser destruída pelas provas que se lhe oponham: a legitimidade do filho nascido na constância do casamento;

as arras em dinheiro, consideradas princípio de pagamento, etc. (note-se que a obra foi escrita quando vigorava o Código Civil de 1916).

No Direito, salvo situações muito excepcionais previstas em lei, não lidamos com verdades absolutas. Por isso, recomenda-se ao hermenêuta jurídico a observância do princípio da razoabilidade, conforme definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 72):

À luz da razoabilidade, os atos administrativos, bem como os jurisdicionais, ganham plena justificação teleológica, concretizam o Direito e dão-lhe vida, ao realizarem, efetivamente, a proteção e a promoção dos interesses por ele destacados e garantidos em tese.

[...] O Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas: a aplicação da vontade da lei se faz por atos humanos, interessados e aptos a impor os valores por ela estabelecidos em abstrato.

Igualmente, a lição de Marçal Justen Filho (*ob. cit.*, p. 57-58):

O princípio da razoabilidade preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal. Interpretar equivale a valer-se do raciocínio, o que abrange não apenas soluções rigorosamente lógicas, mas especialmente as que se configuram como razoáveis.

O princípio da razoabilidade não equivale à adoção da conveniência como critério hermenêutico. O que se busca é afastar soluções que, embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o sistema.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade foram acolhidos pela Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispondo sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

A jurisprudência prestigia o princípio sob comento, na apreciação dos pedidos de concessão dos benefícios da assistência judiciária:

Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Indeferimento. - Cabe ao juiz examinar a razoabilidade da concessão da gratuidade da justiça, considerando os elementos que evidenciem a condição de necessidade do requerente, se este se faz representar por advogado particular e não pela

Defensoria Pública. Inexistindo comprovação dos rendimentos do agravante, tampouco de dificuldade financeira é de ser indeferido o benefício. Seguimento negado. Decisão liminar (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70022556815, Des. Orlando Heemann Júnior, j. em 13.12.2007).

Vêm à baila outros julgados sobre a matéria:

Como já decidi esta Corte, a Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 160.703-SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 02.03.1998).

Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Pessoa física. Declaração de pobreza. Circunstâncias do caso concreto. Capacidade econômica. - A Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos. A declaração de insuficiência de recursos, firmada pelo interessado, é, em princípio, bastante para a concessão da assistência judiciária, mas não deve ser aceita, quando, das circunstâncias do caso concreto, se verificarem indícios de que possui condições para arcar com as custas processuais (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.151093-9/001(1), Des. Irmair Ferreira Campos, julg. em 19.10.2006).

Embargos do devedor. Rejeição. Pedido de assistência judiciária. Indeferimento do pedido em segundo grau. Ausência de preparo recursal. Apelação deserta. - A assistência judiciária só deve ser concedida a quem dela fizer jus, não bastando a simples afirmação, de acordo com a norma constitucional. Não tendo sido requerido o pedido de assistência judiciária em primeiro grau, cabia ao apelante recolher as custas prévias ou, no mínimo, apresentar as provas de sua condição de hipossuficiente econômico. Considera-se deserto o recurso quando a parte deixar de recolher o preparo prévio recursal, por faltar-lhe pressuposto extrínseco objetivo (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0518.04.058384 2/001(1), des. Antônio de Pádua, j. em 29.08.2006).

*In casu*, ao minucioso exame dos autos, verifiquei que agiu corretamente o culto e operoso Magistrado de primeiro grau. O agravante entabulou negociações com a empresa agravada, está representado por ilustre e combativo procurador constituído e não faz prova de ser hipossuficiente.

Nessas condições, cai por terra a presunção da veracidade da declaração de pobreza para fins de obtenção dos benefícios da Lei nº 1.060/50.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Peça vênua ao ilustre Des. Relator para discordar do seu douto voto.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a igualdade entre todos sem qualquer distinção, que, em seu inciso LXXIV, assegura a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A Lei 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária, embora anterior à Constituição Federal em vigor, estipula que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio e de sua família.

O art. 4º, § 1º, da mesma lei estipula que se presume pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição de miserabilidade.

Logo, a concessão de assistência judiciária a pessoa física depende tão-somente de declaração nos termos da lei, de que a parte não possui meios para arcar com as despesas do processo.

Incumbe, portanto, à parte contrária, que porventura impugnar a concessão da assistência judiciária, provar a suficiência de recursos do beneficiário, para vê-la revogada.

Assistência judiciária. Justiça gratuita. Benefício que deve ser concedido mediante simples afirmação da parte da impossibilidade de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, em prejuízo próprio ou de sua família. Inteligência do art. 4º da Lei 1.060/50.

Ementa da Redação: Os benefícios da assistência judiciária gratuita devem ser concedidos mediante simples afirmação da parte acerca de sua impossibilidade de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50 (2º TACivSP - AgIn 737.611-00/5 - 10ª Câmara, j. em 12.06.2002 - Rel.ª Juíza Cristina Zucchi - RT - v. 808 - p. 310).

Basta, portanto, a existência da declaração firmada pela parte para que se concedam os benefícios da justiça gratuita.

Para que a parte obtenha os benefícios da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (RSTJ 7/414; neste sentido: STF-RT 755/182, STF-Bol. AASP 2.071/697j, STJ-RF 329/236, STF-RF 344/322, RT 789/280, Lex-JTA 169/15, RJTJERGS 186/186, JTAERGS 91/194, Bol. AASP 1.622/19), o que dispensa, desde logo, de efetuar o preparo inicial (TRF-1ª Turma, AC 123.196-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 25.8.87, deram provimento, v.u., DJU de 17.9.87, p. 19.560) (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 34. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 1.143).

Verifica-se que o agravante preencheu os requisitos da Lei 1.060/50, para a concessão da assistência judiciária, declarando, na própria petição inicial, ser pobre no sentido legal, conforme se verifica à f. 15.

Observa-se que a procuração de f. 16 concede poderes ao procurador do agravante para declarar sua pobreza e requerer os benefícios da gratuidade.

Possível, pois, o deferimento da assistência judiciária ao agravante.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso apresentado por José Humberto Aguiar Júnior, para conceder ao agravante os benefícios da assistência judiciária.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Com o Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A PRIMEIRA VOGAL.

...

**Indenização - Danos morais e materiais -  
Cirurgia plástica - Médico cirurgião - Culpa -  
Prova - Clínica - Cessão das instalações -  
Responsabilidade solidária - Cerceamento de  
defesa - Não-ocorrência - Dano estético -  
Inovação recursal - Inadmissibilidade - Dano  
moral - Fixação - Juros de mora - Termo inicial**

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Cirurgia plástica. Complicações. Cicatrizes e patologia ocular. Clínica. Responsabilidade solidária. Nexos de causalidade entre o ato cirúrgico e as lesões. Dever de indenizar. Valor arbitrado na sentença adequado. Dano estético. Inovação recursal. Juros que devem fluir a partir da citação inicial em relação aos danos morais.

- Compete ao Magistrado decidir sobre a necessidade e a utilidade das provas requeridas para o deslinde da causa; e, no caso dos autos, as provas pericial, documental, bem como os depoimentos testemunhais verificados são suficientes para a boa apreciação da causa, não caracterizando cerceamento de defesa o indeferimento de outras pretensões. Agravo retido a que se nega provimento.

- É solidariamente responsável em ação de indenização por danos a clínica que cede suas instalações para a realização de cirurgia plástica, emprestando confiança de atendimento ao médico responsável pelo procedimento cirúrgico.

- Diante da prova pericial realizada nos autos, infere-se que houve negligência do médico cirurgião que procedeu à cirurgia plástica, na medida em que ele foi desidioso ao desassistir o paciente precocemente, pois seu quadro clínico estava evoluindo de forma atípica, merecendo uma vigilância médica direta e continuada, que permitiria o diagnóstico da complicação que se

instalava e o necessário atendimento. Além disso, com o trabalho técnico apresentado, conclui-se pela existência de nexos causal entre o procedimento cirúrgico e as cicatrizes e lesões oftalmológicas.

- O ressarcimento pelo dano moral é uma forma de compensar o mal causado, e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos, pelo que o valor fixado na sentença deve ser mantido.

- O dano estético ventilado no 2º apelo não foi abordado na petição inicial, tratando-se, pois, de inovação recursal, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico.

- Tratando-se de danos morais, os juros devem incidir desde a citação inicial.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.006990-6/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Sérgio Guimarães Lisboa e outra; 2º) Terezinha Morais Guisoli - Apelados: Terezinha Morais Guisoli, Sérgio Guimarães Lisboa e outro, Clínica Contorno Corporal Ltda. - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008. - Francisco Kupidowski - Relator.

#### Notas taquigráficas

Produziram sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Gustavo Graça Mercadante e, pela segunda apelante, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Registro ter ouvido com a devida e costumeira atenção as palavras dos doutos tribunos Dr. Gustavo Graça Mercadante, pelo 1º apelante, e do Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo, pelo 2º apelante. As questões suscitadas por V. Exas., da tribuna, estão analisadas em substancioso voto escrito que trago.

Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Contra uma sentença que, na Comarca de Belo Horizonte - 3ª Vara Cível -, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando solidariamente os réus ao pagamento da quantia de R\$ 491,82 (qua-

trocentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos), a título de danos materiais, R\$ 2.270,00 (dois mil duzentos e setenta reais) relativos ao pagamento da cirurgia plástica e, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, surgem dois recursos.

O primeiro apelo foi interposto por Sérgio Guimarães Lisboa e outra, alegando, preliminarmente, a análise do Agravo nº 1.0024.00.006990-6/001, que foi convertido para a modalidade retido. Quanto ao mérito, pleiteia isentar a recorrente - Clínica de Contorno Corporal Ltda. - de qualquer obrigação no caso, com o argumento de que a investigação pautada nos autos se relaciona especificamente à conduta do médico, além de discorrer sobre a responsabilidade dos profissionais liberais e contrapor-se à conclusão do laudo pericial, destacando que a moléstia oftalmológica não teria relação com a cirurgia plástica, finalizando que inexistem provas convincentes de que por culpa do médico ou da clínica ocorreria o evento danoso.

O segundo apelo foi interposto pela autora - Terezinha Morais Guisoli -, objetivando a majoração do *quantum* indenizatório em relação aos danos morais e a fixação de dano estético.

Primeira apelação.

Sobre o agravo retido (Processo em apenso nº 1.0024.00.006990-6/001) (cerceio de defesa).

Contra a decisão que indeferiu os pedidos dos agravantes realizados em audiência consistentes no indeferimento do depoimento pessoal da autora e da oitiva da testemunha Magali Marques Moreira Rocha, além do indeferimento do pedido de esclarecimentos do perito, foi interposto agravo de instrumento que, por decisão deste Relator, foi convertido em retido, tendo em vista a nova redação do art. 522 do CPC.

Inicialmente, é importante dizer que a prova é produzida exclusivamente para o Magistrado, a quem compete delimitar a questão controvertida e eleger os meios que entender pertinentes para o esclarecimento dos pontos duvidosos e a formação de seu convencimento.

Nesse passo, vejo que era dispensável a colheita do depoimento pessoal da autora diante do cunho técnico da matéria tratada nos autos, cuja elucidação dependia basicamente da produção de prova pericial.

Sobre o testemunho da enfermeira Magali Marques Moreira Rocha, não é demais lembrar que cabe às partes, e não ao Juízo, diligenciar no sentido de angariar o endereço das testemunhas cuja oitiva seja do seu interesse.

Assim, se a parte interessada deixa de fornecer o endereço de sua testemunha para ser intimada e ouvida em audiência de instrução e julgamento, não pode alegar cerceamento de defesa, por ter sido ela própria quem deu causa ao alegado e inexistente cerceamento de defesa.

Em relação ao ponto relativo à ausência do perito na audiência, também restou corretamente decidido, pois, não satisfeita com o laudo pericial apresentado, a

parte veio a requerer novos quesitos não suscitados anteriormente para serem respondidos pelo perito, diferentemente dos esclarecimentos contidos no art. 435 do CPC, restando preclusa a oportunidade.

Outrossim, o alegado prejuízo pela mencionada carência de conhecimentos técnicos do *expert*, a ponto de merecer sua substituição, como insistentemente intentado pelos recorrentes, é matéria superada, considerando o pretérito julgamento do Agravo de Instrumento nº 427.312-7 (f. 240/248), que atestou a capacitação do perito para a realização dos trabalhos.

Portanto, nenhuma é a razão dos recorrentes, pois a lide, para sua decisão, não requer a presença de outras provas, mostrando-se bastantes aquelas que já se encontravam nos autos, notadamente o laudo pericial de f. 271/281, pelo que cerceamento de defesa não acontece.

Nega-se provimento ao agravo retido.

DES.<sup>a</sup> CLÁUDIA MAIA - Também estou negando provimento ao agravo retido, apenas registrando que a questão relativa à qualificação técnica do perito já foi objeto de exame e julgamento anterior.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Trata-se de ação reparatória de dano material e indenizatória por danos morais, alegando a autora que se submeteu a uma cirurgia plástica estética de rejuvenescimento - *lifting* completo cervical/facial e aplicação; mas, além da frustração ocasionada pela assimetria verificada no fechamento dos olhos, apresentou um quadro infeccioso no pós-operatório em decorrência do deficiente serviço prestado pela clínica, cicatrizes na região do pescoço, além do surgimento de patologia denominada *ceratite puntata* na região ocular, tudo resultante do procedimento cirúrgico, e, em razão disso, busca a tutela jurisdicional do Estado.

Ressuma dos autos que a autora foi internada, em 25.06.1999, na Clínica de Contorno Corporal para a realização da cirurgia plástica facial realizada no mesmo dia. De acordo com a autora, o pós-operatório foi extremamente sofrível com infecções no pescoço e na parte detrás da orelha, dores horríveis, comprometimento da visão, sendo que o médico responsável pelo ato cirúrgico nem sequer apareceu, nem mesmo quando da alta hospitalar, razão pela qual estaria configurada a imperícia no procedimento realizado, além da negligência e descaso com a paciente em busca de recuperação.

Inicialmente, a tentativa de isentar a clínica apelante da responsabilidade sobre os acontecimentos do caso em comento, ao argumento de não estar demonstrada a culpa nem mesmo qualquer elemento de configuração da responsabilidade civil, merece ser rechaçada, pois, ao ceder suas instalações para a realiza-



ção da cirurgia, concedeu à apelada a confiança de atendimento em clínica respeitável, agindo com aparência de responsabilidade pelo tratamento ali ministrado.

É esse o entendimento dos Tribunais:

Civil. Responsabilidade civil. Prestação de serviços médicos. - Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp 138059/MG - 3º T. - Relator Ministro Ari Pargendler, j. em 13.03.2001 - unânime).

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

Pois bem, é cediço que a responsabilidade civil do médico e dos profissionais da área da saúde é de meio, mas, em relação à obrigação do cirurgião plástico, a matéria é controvertida.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira destaca:

[...] a cirurgia estética gera a obrigação de resultado e não de meios. Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e, se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção. Em consequência, recrudescer o 'dever de informação', bem como a obrigação de vigilância, cumprindo mesmo ao médico recusar seu serviço se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis [...] (*Responsabilidade civil*, Forense, 1989, p.168).

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (em artigo intitulado *Responsabilidade civil do médico*, publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 718, agosto/95) salienta:

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com a ciência e as regras consagradas pela prática médica. Aguiar Dias, nosso maior tratadista sobre a responsabilidade civil, decompõe as obrigações implícitas no contrato médico em deveres de: 1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de uso ou desvio de poder. O primeiro deles corresponde ao dever de informação. O médico deve esclarecer o seu paciente sobre sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado. Ao reverso do que ocorria anteriormente, a tendência hoje, seguindo a escola americana, é a de manter o paciente informado da realidade do seu estado. [...] Na cirurgia [...] muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva [...], tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta. Isto toca outro ponto de crucial importância na

atividade profissional: a necessidade de obter o consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica. Toda a vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido [...] é que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco que estará submetido, com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não aceitar a solução preconizada pelo Galeno. [...] A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião (p. 33-53).

Em contrapartida, segundo o mesmo José de Aguiar Dias, o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema da França (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, p. 299). Não o obriga a restituir a saúde ao paciente aos seus cuidados, mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: LGDJ, 1939, t. 1, p. 146).

Entretanto, o conflito dos autos ultrapassa as discussões acerca da responsabilidade como sendo de meio ou de resultado, devendo ser observado que aos profissionais da área médica não se aplica a teoria da responsabilidade objetiva, nem mesmo aos cirurgiões plásticos, ocorrendo quanto a estes, porém, presunção de culpa.

Assim, o ônus da prova recai sobre o médico, que deve demonstrar que não agiu com imperícia, imprudência ou negligência, caso a paciente alegue que a cirurgia resultou em uma frustrada tentativa de oportunizar-lhe um detalhe estético, criando, ao revés, cicatrizes e seqüelas indesejadas.

Nesse contexto, resta analisar a culpabilidade do profissional responsável pela cirurgia a que se submeteu a recorrida.

Extrai-se do laudo pericial a falta de cuidado dispensada à paciente após a realização da intervenção, ainda que ciente das insuportáveis dores que a mesma estava sofrendo, comprovando-se a deficiência na prestação do serviço no pós-operatório:

Quesito 8 - Esclareça o Sr. Perito se a região hipopigmentada na dobra do pescoço pode corresponder à masserção da pele causada pela utilização prolongada de faixa elástica demasiadamente apertada nos primeiros dias pós-operatórios?

Resposta - Sim. Esclarece que a utilização prolongada de faixa elástica demasiadamente apertada nos primeiros dias pós-operatórios demonstra a falta de orientação adequada e principalmente a falta de acompanhamento médico de primordial importância nesse tipo de cirurgia.

Esclarece ainda que, no documento de f. 12, o Dr. Sérgio prescreveu o medicamento Novaderm (clostebol e

sulfato de neomicina), portanto contendo antibiótico (processo infectado) para ser aplicado no pescoço, e determinou para deixar de usar a Rifocina (antibiótico).

Portanto, é possível afirmar que, além da “macerção”, ocorreu também infecção local (f. 276/277).

Outrossim, o trabalho técnico deixa claro que a enfermidade ocular da paciente - *ceratite puntata* - decorreu da realização da intervenção estética facial, valendo a transcrição:

Quesito 9 - Esclareça o Sr. Perito o que é *ceratite puntata*? A paciente examinada apresenta essa alteração?

Resposta - São lesões epiteliais corneanas pequenas e puntiformes (coram com a fluoresceína), causando dor, fotofobia, olho vermelho, sensação de corpo estranho e congestão conjuntival, de etiologia inespecífica, associada com diversas patologias dentre elas a Síndrome do Olho Seco (filme lacrimal insuficiente ou diminuição do tempo de ruptura), a Ceratopatia de exposição (fechamento palpebral insuficiente com exposição do olho) e a Blefarite. Sim (discreta). Na parte inferior do olho esquerdo.

Quesito 10 - Esclareça o Sr. Perito se a *ceratite puntata* é um quadro comum no indivíduo idoso devido às alterações involutivas da córnea, diminuição da sensibilidade corneana, instabilidade do filme lacrimal e diminuição da frequência do piscar?

Resposta - Sim. Porém, no presente caso, verifica-se, de acordo com o documento de f. 89, que o Dr. Wander Duarte Batista, CRM 16664, oftalmologista, afirmou que a autora consultou com ele em 21.07.98 e 30.03.99 e naquelas ocasiões (antes da cirurgia - 25.06.99) ela não apresentava alterações em ambos os olhos.

Quesito 11 - Esclareça o Sr. Perito se é comum um indivíduo idoso apresentar sintomas de ‘olho seco’?

Resposta - Pode ser encontrado, porém não é freqüente. Esclarece que tal situação no presente caso não tem relação com a idade da autora. Conforme documento de f. 89, segundo o Dr. Wander Duarte Batista, CRM 16664, oftalmologista, ela não apresentava alterações em ambos os olhos (f. 277).

A alegada ausência denexo causal entre o procedimento cirúrgico e as cicatrizes e lesões oftalmológicas são refutadas pela conclusão pericial, dizendo o experto que:

Desenvolveu no pós-operatório processo inflamatório na região anterior do pescoço que após tratamento conservador permaneceu com cicatriz irregular e hipopigmentação da região.

Segundo o réu, este fato ocorreu por uso da faixa elástica demasiadamente apertada nos primeiros dias de pós-operatório. Tal situação demonstra a falta de orientação adequada e principalmente a falta de acompanhamento médico de primordial importância nesse tipo de procedimento, principalmente nesta fase (pós-operatório imediato e recente).

Desenvolveu, ainda, alterações oftalmológicas, diagnosticadas pelos médicos especialistas que a atenderam como sendo *ceratite puntata*, devido à dificuldade para se fechar os olhos, principalmente o esquerdo. Após tratamento adequado e especializado houve melhora acentuada dos sintomas,

porém necessita constantemente de medicação específica (lágrima artificial) para evitar o agravamento do quadro.

A dificuldade para o fechamento do olho esquerdo ocorre em função do resultado da cirurgia (f. 280).

O nexo causal da responsabilidade do primeiro réu encontra-se patente, na medida em que ele foi desidioso e negligente ao desassistir o paciente precocemente, pois seu quadro clínico estava evoluindo de forma atípica, merecendo uma vigilância médica direta continuada, que permitiria o diagnóstico da complicação que se instalava e o necessário atendimento.

Além disso, restou evidenciado que as complicações oculares sobrevieram à cirurgia realizada, visto que, anteriormente ao ato, não se faziam presentes, sendo fruto de uma imperícia na condução da intervenção.

Desse modo, a clareza da prova pericial, aliada ao conjunto probatório dos autos, deixa evidente, na hipótese, a existência de culpa do réu, sob a forma de imperícia e negligência, derivada da inobservância das normas técnicas adequadas, dando causa ao aparecimento de infecções, cicatrizes deformantes e lesão ocular, pelo que o serviço médico prestado não se mostrou zeloso e adequado.

Quanto ao valor da indenização moral, tem-se que, dada a gravidade dos fatos, o sofrimento vivido e as cicatrizes que se fizeram presentes no corpo e na mente do autor, entendendo que a quantia arbitrada na sentença deve ser mantida até porque, em se tratando de indenizações morais de ordem comercial, este Tribunal tem estipulado o patamar de R\$ 10.000,00.

Anote-se que o numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

O ressarcimento pelo dano moral é uma forma de compensar o mal causado e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos.

O valor arbitrado pelo Juízo monocrático não se revela exagerado ou desproporcional às circunstâncias da espécie e à realidade.

Alguma razão tem o apelante quanto à incidência de juros em relação aos danos morais que a sentença fez retroagir à data da realização da cirurgia (evento danoso), enquanto corretamente seria o momento da citação inicial.

DES.<sup>a</sup> CLÁUDIA MAIA - Respondendo às questões suscitadas da tribuna, é de se registrar que a cirurgia plástica é, sim, uma obrigação de resultado, conforme jurisprudência dominante neste Tribunal.

Quanto à divergência entre o laudo do perito oficial e do assistente técnico, também a jurisprudência e a doutrina nos aconselham, nesses casos, a ser acolhido o laudo do perito oficial, que tem a incumbência de

cumprir o encargo para o qual foi nomeado e que é da confiança do juízo.

Quanto à correção monetária e aos juros, também acompanho o em. Des. Relator, porque, conforme jurisprudência desta Casa e dos tribunais superiores, em caso de danos morais, a correção monetária deve incidir a partir do arbitramento; e, em se tratando de obrigação resultante de descumprimento contratual, juros a partir da citação.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Também quero frisar, aqui, que cirurgia plástica, não sendo por razão de patologia, acidente, é um contrato de resultado, e não de meio. Estou acompanhando o Relator.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Segunda apelação.

Tal insurgência visa majorar a quantia arbitrada a título de danos morais, além da fixação de danos estéticos para compensar a assimetria dos olhos e a perda da função lacrimal do olho esquerdo.

Em relação ao primeiro ponto, como anteriormente mencionado no julgamento do primeiro apelo, o valor fixado em primeira instância atendeu às finalidades para a espécie dos autos, não merecendo alteração, sendo desnecessária qualquer repetição.

Sobre o dano estético, em que pese poder-se dizer que os danos morais não sejam a ele integrados, devendo existir a separação dos mesmos, até porque um pode existir sem o outro, tendo sedes e conseqüências diversificadas, a pretensão é incapaz de prosperar.

Isso porque a autora não pleiteou indenização por dano estético quando da propositura da ação, pelo que o assunto não foi abordado na petição inicial, tratando-se, pois, de inovação recursal, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico.

Com o exposto, dou parcial provimento à primeira apelação, somente para que os juros moratórios sobre a condenação relativa aos danos morais incidam a partir da citação inicial e correção monetária a partir do arbitramento, negando-se provimento ao segundo apelo.

Custas do primeiro recurso, pelos primeiros apelantes, visto que a apelada decaiu de parte mínima do pedido.

Custas do segundo recurso, pela segunda apelante.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Também nego, acompanhando os julgamentos desta Câmara em relação a valor de danos morais.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo.

**Súmula** - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

### **Imissão na posse - Inadmissibilidade do recurso - Preliminar - Rejeição - Compra e venda - Retrovenda - Cláusula resolutiva - Arrolamento de bens - Cautelar - Laudo pericial - Prova - Eficácia**

**Ementa:** Ação de imissão de posse. Preliminar de inadmissibilidade do recurso. Rejeição. Contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda. Advento da condição resolutiva. Imissão dos autores na posse. Cautelar de arrolamento de bens. Laudo pericial. Prova contundente e eficaz.

- Conquanto o Código de Processo Civil em vigor não mais preveja procedimento específico para a ação de imissão de posse, a existência de tal ação, conforme assinalam a doutrina e a jurisprudência, ainda persiste no ordenamento jurídico brasileiro, embora, obviamente, o procedimento previsto seja o comum.

- A cláusula de retrovenda consiste no direito conferido ao vendedor de bem imóvel de ter restituído o domínio da coisa alienada, desde que, dentro de determinado prazo decadencial - limitado ao máximo de três anos -, restitua o preço recebido e reembolse o comprador das despesas.

- Com o implemento da condição resolutiva pactuada pelas partes, fazem jus os autores à imissão na posse do bem que lhes fora alienado.

- A medida cautelar de arrolamento de bens está prevista no Código de Processo Civil nos arts. 855 e seguintes e visa proteger os interesses daquele que, apesar de possuir direito sobre determinados bens, sobre eles não detém posse, possuindo legítimo receio de dissipação do patrimônio em razão da demora no provimento final da ação principal.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.04.010945-0/003 (em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.04.010329-7/002) - Comarca de Abre-Campo - Apelantes: Manoel Pereira de Lima e sua mulher - Apelados: Carlos Honorato Ferreira e sua mulher - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2008. - *Elpidio Donizetti* - Relator.

## Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. Mário Penido Campos.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Trata-se de apelações interpostas às sentenças, que, nos autos das ações de imissão de posse e cautelar de arrolamento de bens ajuizadas por Carlos Honorato Ferreira e Hilda Mattos Ferreira em face de Manoel Pereira de Lima e Maria Aparecida Salgado Lima, julgaram procedentes os pedidos formulados nas iniciais.

Na sentença proferida na ação de imissão de posse (f. 205/210), o Juiz de primeiro grau asseverou que não se faz necessária a ação de demarcação de terras, porquanto não há controvérsia quanto à localização do imóvel.

Acrescentou que os autores celebraram com os réus um contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda para a aquisição da Fazenda Vargem Alegre e, após o vencimento do prazo de três anos, extinguiu o direito de retrato dos vendedores.

Assim, julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial, para consolidar “a posse e a propriedade do imóvel em mãos dos autores” (f. 210).

Inconformados, os réus interpuseram apelação (f. 212/218), aduzindo, em síntese, que os depoimentos das testemunhas confirmam que o imóvel objeto do litígio confunde-se com outras áreas dos apelantes, tanto que já propuseram ação reivindicatória de posse em face dos autores, razão pela qual se deve dar provimento à apelação para cassar a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais.

Os apelados, em contrapartida, apresentaram contra-razões (f. 231/240), alegando, inicialmente, que deverá ser negado seguimento ao recurso, nos termos do art. 557 do CPC.

Quanto ao mérito, aduzem que o negócio jurídico celebrado entre as partes é válido e eficaz, uma vez que a área de 157,30 hectares possui confrontações bem delimitadas.

Por fim, pugnam pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

Na sentença da ação cautelar de arrolamento de bens (f. 482/489 - Autos nº 1.0003.04.01945-0/003, em apenso), entendeu o Juiz de primeiro grau estarem presentes os requisitos dos arts. 855 e seguintes do CPC, porquanto subsiste o risco de dissipação da produção cafeeira e das benfeitorias da gleba rural objeto da ação principal.

Assim, julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial e reconheceu a existência dos bens relacionados no laudo pericial de f. 59/65 e no auto de arrolamento de f. 52/55, “excluindo a titularidade de terceiros sobre qualquer deles” (f. 489).

Também, dessa sentença, os réus interpuseram apelação (f. 491/500), alegando, em suma, que a lavoura continha apenas 270 mil pés de café; logo, a colheita seria de 675 sacas de café. Em seguida, afirmam que, se para a colheita das 675 sacas de café são depreendidos 40% da produção, são devidas aos apelados 405 sacas de café. Assim, pleiteiam a redução dos bens arrolados, de 803 sacas para 405 sacas de café (f. 500).

A seu turno, os apelados apresentaram contra-razões (f. 522/535), pugnando pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

A revisão.

Por questão de lógica e a fim de se evitarem decisões contraditórias, ambos os recursos serão analisados conjuntamente.

1 - Da Apelação Cível nº 1.0003.04.010329-7/002.

1.1 - Da alegação de inadmissibilidade do recurso.

Em preliminar, sustentam os apelados que o recurso é manifestamente improcedente, razão pela qual, nos termos do art. 557 do CPC, a ele deve-se negar seguimento.

O caso vertente versa sobre a imissão de posse da gleba rural objeto do contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda celebrado entre as partes. Ora, a análise de mérito dos pontos controvertidos depende das provas colacionadas aos autos, a fim de se verificar a procedência dos argumentos utilizados pelos apelantes. Assim, não há que se falar em aplicação do art. 557 do CPC, razão pela qual não há que se cogitar de negativa de seguimento.

Isso posto, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

1.2 - Da imissão de posse.

Na sentença da ação de imissão de posse (f. 205/210), o Juiz de primeiro grau asseverou que não se faz necessária a ação de demarcação de terras, porquanto não há controvérsia quanto à localização do imóvel.

Acrescentou que os autores celebraram com os réus um contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda para a aquisição da Fazenda Vargem Alegre e, após o vencimento do prazo de três anos, extinguiu-se o direito de retrato dos vendedores.

Inconformados, os réus interpuseram a apelação (f. 212/218), aduzindo, em síntese, que os depoimentos das testemunhas confirmam que o imóvel objeto do litígio se confunde com outras áreas dos apelantes, tanto que já propuseram ação reivindicatória de posse em face dos autores, razão pela qual se deve dar provimento à apelação para cassar a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais.

Inicialmente, cumpre destacar que a ação de imissão de posse não tem procedimento especial previsto no Código de Processo Civil de 1973, diferentemente do de 1939, cujas normas, a título elucidativo, são transcritas a seguir:

### CAPÍTULO III

#### DA IMISSÃO DE POSSE

Art. 381. Compete a ação de emissão de posse:

1 - aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva

posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham;  
II - aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada;  
III - aos mandatários, para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante.

Art. 382. Na inicial, instruída com o título de domínio, ou com os documentos da nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica, ou da constituição do novo mandatário, o autor pedirá que o réu seja citado para, no prazo de dez (10) dias, contados da data da citação, demitir de si a posse dos bens, ou apresentar contestação, sob pena de, à sua revelia, expedir-se mandado de imissão de posse, sem prejuízo das perdas e danos que em execução se liquidarem. Parágrafo único. Se a ação não for contestada, serão os autos conclusos ao juiz, que poderá, desde logo, ordenar a expedição do mandado de imissão de posse.

Art. 383. Oferecida a contestação, a causa tornará o curso ordinário.

Parágrafo único. Salvo quando intentado o processo contra terceiro, a contestação versará somente sobre nulidade manifesta do documento produzido.

Destaque-se que, conquanto o Código de Processo Civil em vigor não mais preveja um procedimento específico para a ação de imissão de posse, a existência de tal ação, conforme assinalam a doutrina e a jurisprudência, ainda persiste no ordenamento jurídico brasileiro, embora, obviamente, o procedimento previsto seja o comum.

Nelson Nery Junior, no “quadro prático das principais ações reais e dos interditos possessórios” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 573), traça o perfil da ação de imissão de posse, afirmando que se trata de ação real cuja causa de pedir é a propriedade, bem como o direito de seqüela que lhe é inerente, por meio da qual se pretende a posse, e que tem como requisitos o título de propriedade e o fato de o proprietário nunca haver tido a posse sobre o bem. Afirma, portanto, que é “ação de quem nunca possuiu a coisa” (*op. cit.*, p. 573), devendo ser observado o rito comum.

No caso sob julgamento, verifica-se que as partes celebraram contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda, que consiste no direito conferido ao vendedor de bem imóvel de ter restituído o domínio da coisa, desde que, dentro de determinado prazo decadencial - limitado ao máximo de três anos -, restitua o preço recebido e reembolse as despesas do comprador (arts. 505 e seg. do CC/2002, correspondentes aos arts. 1.140 e 1.141 do CC/1916).

A área alienada é denominada Fazenda Vargem Alegre e localiza-se no Município de Santa Margarida, medindo 157,30 hectares. Para o exercício do direito de retrato, os vendedores deveriam pagar aos compradores a quantia de R\$ 726.248,00, em três parcelas anuais de R\$ 242.082,66, com juros de 6% ao ano e correção monetária, vencendo-se nos dias 22.03.2003, 22.03.2004 e 22.03.2005.

Registre-se que, conforme pactuado pelas partes, após a celebração do contrato, os alienantes (réus/apelantes) continuariam na posse do imóvel, sendo que os compradores (autores/apelados) somente seriam imitados na posse no caso de não-pagamento das parcelas referentes à retrovenda, o que levaria também à perda da faculdade do exercício do direito de retrato (f. 14).

Pelo que se depreende dos autos, tais valores não foram pagos pelos réus, porquanto nenhum recibo de quitação ou qualquer outra prova em sentido contrário foi colacionada aos autos, o que torna indubitável o direito dos autores à imissão na posse.

No tocante às alegações da necessidade de demarcação das terras, não merece prosperar a pretensão dos apelantes. Isso porque, não obstante as testemunhas do réu afirmarem que a área alienada engloba outras áreas de propriedade do apelante (f. 170/172), verifica-se que o imóvel encontra-se delimitado e definido na escritura pública de compra e venda (f. 13/15), bem como no registro de imóveis (f. 16).

Por outro lado, curioso é o fato de que, no momento da celebração do contrato de compra e venda, não se fez necessária a delimitação da área da Fazenda Vargem Alegre, e somente agora, após a perda da faculdade do exercício do direito de retrato - o que implica, ainda, a imissão dos apelados na posse do imóvel -, os apelantes suscitarem tal questão.

Saliente-se, por fim, que os recorridos lograram êxito em provar o fato constitutivo de seu direito, qual seja a celebração de negócio jurídico e o direito à posse do imóvel, ao passo que os réus não se desincumbiram do ônus que lhes é atribuído pelo art. 333, II, do CPC, vale dizer, de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores.

Destarte, no que tange à imissão dos apelados na posse do imóvel litigioso, não há que se falar em reforma da sentença.

2 - Da Apelação Cível nº 1.0003.04.010945-0/003.

Na sentença da ação cautelar de arrolamento de bens (f. 482/489), entendeu o Juiz sentenciante estarem presentes os requisitos dos arts. 855 e seguintes do CPC, porquanto subsistiria o risco de dissipação da produção cafeeira e das benfeitorias da gleba rural objeto da ação principal.

Inicialmente, cumpre destacar que a medida cautelar de arrolamento de bens (art. 855 e seguintes do CPC) tem por objeto a proteção dos interesses daquele que, apesar de possuir direito sobre determinados bens, não detém a posse deles, tendo legítimo receio de dissipação do patrimônio em razão da demora no provimento final da ação principal, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

A medida tem o escopo de inventariar e apreender os bens, sendo que, após tal medida, a eventual alienação dos bens arrolados sem autorização judicial é ato ineficaz, tal como se passa com o arresto e o seqüestro (*Curso de direito processual civil*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 476).

Como toda ação de natureza cautelar, o arrolamento de bens visa garantir a efetividade de decisão a ser proferida em um processo principal, que, no caso, se refere ao da imissão de posse. A providência requerida tem o intuito de acautelar os direitos daquele que tem interesse na conservação de bens que se encontram na posse do réu, lançando-se ordem de arrolamento e, por conseguinte, preservando o interesse da parte requerente.

No caso vertente, quando da elaboração do auto de arrolamento e do laudo pericial, os réus encontravam-se na posse da Fazenda Vargem Alegre, razão pela qual inquestionável era a necessidade de arrolar os bens objeto da medida cautelar, diante do iminente perigo de dissipação da produção cafeeira e das benfeitorias da gleba rural objeto da ação principal.

Alegam os apelantes que a lavoura possuía apenas 270 mil pés de café; logo, a colheita seria de apenas 675 sacas. Em seguida, afirmam que, se para a colheita das 675 sacas de café são depreendidos 40% da produção, são devidas aos apelados 405 sacas de café.

Da análise dos autos, constata-se que não merece prosperar a pretensão dos recorrentes, porquanto, no auto de arrolamento (f. 52/55) e no laudo pericial (f. 59/65), delimitaram-se e definiram-se os bens móveis e a produção cafeeira da Fazenda Vargem Alegre, ao passo que os depoimentos das testemunhas não comprovam que se deve reduzir o valor das sacas de café a serem arroladas, conforme muito bem salientou o Juiz sentenciante:

[...] o Sr. Perito obrou com absoluta correção utilizando-se de técnicas precisas e da sua larga experiência no ramo cafeeiro, não havendo nos autos ou fora deles qualquer informação que conduza a entendimento diverso daquele exposto no laudo pericial (f. 489).

Destarte, tendo em vista que a prova pericial se mostrou contundente e robusta, e os réus não lograram êxito em provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC), deve-se manter a sentença que reconheceu a existência dos bens relacionados no auto de arrolamento e no laudo pericial, tornando ineficaz qualquer alienação sobre eles.

3 - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento às apelações, mantendo, por conseguinte, as bem lançadas decisões da lavra do ilustre Juiz sentenciante, Dr. Marcus Vinicius do Amaral Daher.

Custas recursais, pelos apelantes.

DES. FÁBIO MAIA VIANI - De acordo.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo.

**Súmula** - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## **Cessão de crédito e obrigações - Validade - Cláusula de inalienabilidade - Inexistência - Cotas - Transferência - Permissão estatutária expressa**

Ementa: Agravo de instrumento. Cessão de créditos e obrigações. Validade. Cláusula de inalienabilidade. Inexistência. Permissão expressa de transferência de cotas. Beneficiar-se da própria torpeza. Impossibilidade.

- É válido o negócio jurídico de objeto lícito, possível, determinado ou determinável, desde que realizado por agente capaz e na forma prescrita ou não defesa em lei.

- A cláusula de inalienabilidade pode ser constituída apenas por meio de liberalidade, isto é, imposta por doação ou testamento, sendo ilícita em qualquer modalidade aquisitiva onerosa.

- Havendo a expressa permissão estatutária de transferência das cotas, não há falar em inalienabilidade.

- Ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

**AGRAVO Nº 1.0459.08.031749-6/001 - Comarca de Ouro Branco - Agravante: Sebastião Lourival de Amorim - Agravados: 1º) Orlando de Miranda, em causa própria, 2º) Clube de Participação Acionária dos Empregados da Açominas/CEA e 3º) Gerdau Açominas S.A. - Relator: DES. FÁBIO MAIA VIANI**

### **Acórdão**

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

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Sebastião Lourival de Amorim e Lucimar Magalhães de Amorim da decisão que, nos autos da ação anulatória de contrato que movem contra Orlando de Miranda, Clube de Participação Acionária dos Empregados da Açominas - CEA e Gerdau Açominas S.A., indeferiu pedido de antecipação de tutela para autorizar a venda das ações dos agravantes à terceira agravada, depositando os valores em juízo, bem como suspender os efeitos do contrato firmado com o primeiro agravado (f. 8/9-TJ).

Segundo os agravantes, as ações por eles adquiridas eram objeto de caução e estavam gravadas com cláusula de inalienabilidade, razões pelas quais não poderiam ter sido objeto de negociação com o primeiro agravado.

Pugnam, com o provimento do agravo, pela concessão da medida.

À f. 151-TJ, foi deferida a formação do agravo.

O primeiro agravado, Orlando de Miranda, apresentou resposta ao recurso (f. 156/163-TJ), alegando, preliminarmente, falta de interesse de agir.

No mérito, aduz que a inalienabilidade expirou em 04.10.1994.

Não há perigo de dano irreparável e de difícil reparação.

Pede a manutenção da decisão.

Os demais agravados não foram intimados para, querendo, apresentar resposta a este agravo porque, quanto a eles, ainda não se completou a relação processual.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

O agravado, em preliminar, alega que “o próprio agravante juntou, em suas razões recursais, telegrama recebido da Gerdau S.A., datado de 05.04.2004, noticiando a desistência daquela empresa da compra das ações em pauta”, o que caracterizaria falta de interesse de agir.

Entretanto, o CEA, em 14.11.2007, informou ter recebido, em 09.11.2007, proposta de compra da totalidade das ações pertencentes a seus associados (f. 53-TJ) - dentre elas as objeto deste recurso.

Pelo que rejeito a preliminar de falta de interesse de agir.

No mérito, pode o juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I), ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II).

Invocam os agravantes a invalidade do contrato de cessão de crédito celebrado com o primeiro agravado, ao fundamento de que as ações objeto da avença estavam gravadas com cláusula de inalienabilidade.

Ora, a validade do negócio jurídico requer apenas agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104).

Por outro lado, inexistente cláusula de inalienabilidade sobre as ações objeto de contrato, porquanto estas foram adquiridas onerosamente, e “a cláusula de inalienabilidade só pode ser constituída por meio de liberalidade, ou seja, através de doação ou testamento” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 190).

Nesse sentido, manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil: direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 4, p. 109), ao afirmar que as cláusulas de inalienabilidade “hão de provir de imposição de doação ou testamento. Não é lícita a imposição das cláusulas em contrato de compra e venda, permuta, ou outra modalidade aquisitiva onerosa”.

Infere-se dos autos que, à época do leilão da Açominas, foi criado, em 05.08.1993, o Clube de Participação Acionária dos Empregados da Açominas S.A. - CEA (segundo agravado), o qual “tem por objeto concentrar os interesses dos empregados que vierem a adquirir as ações de emissão da Açominas” (f. 44-TJ).

Os agravantes adquiriram as ações de nº 12.271 e 12.272, nos moldes do “Edital PND-A-03/93”, isto é, por meio de financiamento bancário, razão pela qual foram dadas em caução ao BNDS/BDMG e, por convenção do CEA, impedida sua transferência para terceiros.

Em 27.12.1993, o CEA informou haver elaborado “documento denominado termo de cessão de direitos e obrigações e outros pactos”, permitindo a “transferência legal de cotas entre associados, conforme disposto no estatuto” (f. 82-TJ).

Posteriormente, em 31.01.1994, comunicou que praticamente já haviam sido entregues “todos os contratos de quitação junto ao BNDS”, disponibilizando para os associados, a partir de 11.02.1994, o “termo de cessão de direitos e obrigações e outros pactos” (f. 84-TJ).

Já em 18.02.1994, o CEA apresentou as condições de “transferência e alienação das cotas do Condomínio CEA”, destacando os arts. 8º a 11 do estatuto (f. 85-TJ).

Indubitável, portanto, ser possível, preenchidos os requisitos previstos no estatuto, a transferência das ações adquiridas pelos agravantes.

E, ausente prova inequívoca de vício na transferência das cotas, o pedido de antecipação de tutela deve ser indeferido.

De resto, não podem os agravantes alegar que, “apequenados diante dos requeridos, concordaram com os valores pagos à época, mesmo porque não tinham alternativa, uma vez que não lhes fora informada a situação real das ações” (f. 13-TJ), porquanto constam dos informativos nºs 3, 4 e 5 (f. 82/85-TJ) vários alertas aos associados do CEA, no sentido de que não comercializassem suas cotas.

Confira-se:

Não obstante interesse particular dos associados, voltamos a orientar para que não comercializem suas cotas. Elas são o patrimônio que poucos têm condições de adquirir, mas, sem dúvida, muitos tentarão obter, com ofertas aparentemente ‘tentadoras’. Cuidado! O seu prejuízo poderá ser bem maior do que o seu ganho (f. 82-TJ).

A tentação do ganho imediato pode levar a perdas que jamais serão recuperáveis. Vários exemplos na imprensa são mostrados no dia-a-dia, onde (sic) os acionistas têm tido um

aumento de seu patrimônio e na grande maioria não desfazem de suas cotas/ações. Exemplos vivos, como no caso da CSN, que inclusive está nos murais da Açominas (f. 84-TJ).

O CEA continua a recomendar aos seus associados que não vendam as suas cotas/ações, pois, conforme temos divulgado, o ganho no futuro poderá ser bem maior que o ganho no presente. [...] O cotista que ficar terá o seu patrimônio aumentado com a perspectiva de um ganho muito maior que o originalmente previsto. Assim, qualquer informação contrária ao explicado acima não é verdadeira e é totalmente infundada, exceto para quem estiver vendendo suas cotas, pois estará fazendo um péssimo negócio (f. 85-TJ).

Como se vê, os agravantes tinham plena ciência do negócio jurídico que estavam celebrando, valendo ainda lembrar que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”.

Assim como observou o Juiz da causa (f. 8/9-TJ), o que se conclui da análise destes autos é que apenas agora (com a oferta de R\$ 194.033,74 pelas ações outrora vendidas por R\$ 4.600,00) os autores demonstram arrependimento em ter celebrado os contratos de cessão há mais de dez anos.

Com efeito:

Dar guarida, em sede inicial, à pretensão dos autores seria endossar a má-fé do cidadão que propositalmente ignora uma cláusula contratual no momento que lhe convém, por ser mais vantajoso economicamente, e depois, surpreendido pela repentina valorização do bem negociado, vem a júizo para lançar mão da suposta inalienabilidade convenientemente ignorada há anos atrás.

Nenhum reparo, pois, merece a decisão agravada. Nego provimento ao agravo.

Custas, pelos agravantes, cuja exigibilidade fica suspensa por serem beneficiários da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES UNIAS SILVA e ELPÍDIO DONIZETTI.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Indenização - Dano moral - Responsabilidade objetiva - Empresa prestadora de serviço público - Interrupção indevida do serviço - Dano configurado - *Quantum* - Salário mínimo - Impossibilidade - Juros e correção monetária - Termo inicial - Honorários de advogado**

Ementa: Indenização. Danos morais. Responsabilidade objetiva. Prestadora de serviços públicos. CDC. Interrupção indevida do serviço. Dano configurado. *Quantum*.

Indexação ao salário mínimo. Impossibilidade. Juros e correção monetária. Termo inicial. Verba honorária.

- Embora o CDC preveja a ausência de responsabilidade daquele que comprove a culpa exclusiva de terceiros, se a empresa faz parte da cadeia de fornecedores não pode se eximir de responsabilidade, por ausência da caracterização do terceiro estranho à relação.

- A prestação de serviços públicos deve ser contínua, adequada e eficaz, devendo interromper-se somente por questões técnicas, de segurança ou de inadimplemento.

- O bloqueio indevido de terminal telefônico configura falha na prestação de serviço essencial, ensejando responsabilidade da prestadora pelos danos morais verificados.

- A fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais é tarefa cometida ao juiz, devendo o seu arbitramento operar-se com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, o porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso. Não se admite a indexação do valor da indenização ao salário mínimo. À vista da orientação das Súmulas 54 e 43 do STJ, os juros moratórios e a correção monetária devem incidir a partir da data do evento danoso, por se tratar de indenização por ato ilícito.

- Para fixar o valor da verba honorária, o juiz deve levar em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido para o serviço.

Apelação principal não provida. Apelação adesiva provida em parte. Dispositivo corrigido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0512.07.041141-2/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Telemar Norte Leste S.A. - Apelante adesivo: Michel Leôncio de Carvalho - Apelados: Michel Leôncio de Carvalho e Telemar Norte Leste S.A. - RELATORA: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO E CORRIGIR O DISPOSITIVO DA SENTENÇA.



Belo Horizonte, 12 de junho de 2008. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>o</sup> EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de indenização por danos morais, ao argumento de ter o apelante adesivo sofrido prejuízos em decorrência da cobrança indevida de fatura já paga através de débito automático e do bloqueio da linha telefônica de sua titularidade.

O MM. Juiz de 1<sup>o</sup> grau julgou procedente o pedido, condenando a apelante principal ao pagamento da importância equivalente a 15 salários mínimos a título de indenização por danos morais, mais custas e honorários de advogado, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

A apelante principal pretende a reforma da decisão recorrida, alegando que os valores eventualmente pagos ao agente arrecadador não foram repassados aos cofres da empresa, razão pela qual permanece em aberto o débito do apelado.

Aduz que sua conduta se pautou pelas normas e determinações da Anatel, não lhe podendo ser imputada a responsabilidade pelo evento noticiado.

Alega a culpa exclusiva de terceiro, a saber, o agente arrecadador, que deixou de repassar à apelante os dados da fatura telefônica que foi quitada pelo apelado, devendo ser excluída sua responsabilidade.

Acrescenta não estarem demonstrados os danos morais alegados, não sendo indenizáveis os danos potenciais, além de inexistir ato ilícito a ensejar a reparação.

Insurge-se contra o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais.

Pugna, outrossim, pela redução dos honorários advocatícios.

Pretende o apelante adesivo seja majorado o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, bem como os honorários advocatícios arbitrados na sentença.

Pugna, outrossim, pela modificação do termo inicial de incidência de juros moratórios e de correção monetária, que incidirão sobre o valor da condenação.

A r. decisão recorrida foi publicada em 26 de setembro de 2007, vindo a apelação principal em 11 de outubro, no prazo legal, acompanhada de preparo.

O apelante adesivo foi intimado para apresentar contra-razões em 22 de novembro de 2007, vindo a apelação adesiva em 28 de novembro, também no prazo legal, desacompanhado de preparo por estar o recorrente amparado pelos benefícios da justiça gratuita.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento dos recursos, que serão julgados em conjunto.

Trata-se de ação de indenização, fundada na responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público, com base no art. 37, § 6<sup>o</sup>, da Carta Magna, que preconiza:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6<sup>o</sup> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ademais, no caso dos autos, há típica relação de consumo entre as partes, sendo a apelante principal fornecedora de serviços e produtos, dos quais o apelante adesivo é consumidor.

Destarte, é desnecessária a comprovação da prática de ato ilícito e de culpa, bastando que haja defeito na prestação dos serviços ou no produto, para que se configure o dever de indenizar.

A apelante principal alega ter ocorrido culpa exclusiva de terceiro, a saber, do agente arrecadador, que não lhe repassou o valor recebido do apelante adesivo, devendo ser excluída sua responsabilidade pelo evento danoso noticiado.

Embora a culpa pela cobrança indevida de valores já quitados possa ser atribuída ao agente arrecadador, responsável pelo recebimento do valor da fatura através de débito automático e pela ausência de repasse da importância à apelante principal, havendo relação de consumo, a responsabilidade dos fornecedores é ampla e solidária pelos danos causados aos consumidores.

Em virtude da solidariedade imposta pelo CDC, é a apelante principal responsável pelo dano causado ao apelante adesivo, ainda que se considere que a falha do serviço do agente arrecadador foi determinante do dano sofrido pelo autor.

Saliente-se que a apelante principal não se exime da responsabilidade, a despeito de não estar diretamente envolvida na relação estabelecida entre o consumidor e o agente arrecadador, porque se encaixa no conceito de fornecedor delineado pelo CDC e incrementa seus serviços com os serviços prestados por aquele, responsável pelo recebimento dos valores pagos pelos consumidores.

Acrescente-se que, embora o CDC preveja a ausência de responsabilidade daquele que comprovar culpa exclusiva de terceiros, a apelante principal não pode se eximir de responsabilidade fundada em tal argumento, porquanto o agente arrecadador não pode ser considerado como terceiro, já que esteve envolvido na cadeia de fornecimento.

O conceito de terceiro previsto no CDC abrange as pessoas não envolvidas na relação estabelecida entre o fornecedor e o consumidor de serviços.

No caso, o agente arrecadador participou diretamente da cadeia de fornecimento, prestando serviço de recebimento dos débitos representados pelas faturas telefônicas através de débito automático na conta do consumidor, o que incrementa e facilita o serviço prestado pela apelante principal.

Conclui-se, assim, que a responsabilidade da apelante principal não resta afastada, embora a ação danosa possa ser atribuída ao agente arrecadador.

Resta perquirir a configuração do dano.

Dano é qualquer mal ou ofensa pessoal, deterioração, prejuízo a uma pessoa, conforme o Dicionário da Língua Portuguesa, Caldas Aulete, sendo que, na linguagem jurídica, constitui a efetiva diminuição do patrimônio alheio, provocada por ação ou omissão de terceiro.

O dano moral é o prejuízo decorrente da dor imputada a uma pessoa, em razão de atos que, indevidamente, ofendem seus sentimentos de honra e dignidade, provocando mágoa e atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral.

O dano causado está evidenciado, porquanto o terminal telefônico de titularidade do apelante adesivo foi desligado arbitrariamente, havendo interrupção indevida na prestação de um serviço essencial, o que, por si só, configura a responsabilidade civil.

Nesse sentido decidiu o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em 5 de fevereiro de 2003, na Apelação Cível nº 379.359-1, Relator o Juiz Edilson Fernandes:

Prestação de serviço público. Dever de continuidade. Cobrança e interrupção de serviços indevida. Culpa da ré. Arts. 6º, X, e 22 da Lei 8.078/1990. Dano moral.

- A prestação de serviços públicos deve ser contínua, adequada e eficaz, devendo interromper-se somente por questões técnicas, de segurança ou de inadimplemento.

- A falha da concessionária na verificação do pagamento da parcela não enseja a cobrança reiterada, tampouco o bloqueio da linha telefônica.

- A interrupção da prestação do serviço público, de forma exclusiva da ré, enseja indenização na forma do art. 22 da Lei 8.078/1990.

E, ainda, a doutrina:

Tratando-se de serviço de utilidade pública e devendo a administração direta ou indireta obedecer, entre outros, aos princípios da legalidade e da moralidade (cf. CF, arts. 5º, II, e 37, *caput*), afigura-se inadmissível o seu cancelamento em prejuízo do usuário, por temporária falta de pagamento da tarifa, mesmo porque, em face do elevado valor comercial do direito de uso da linha telefônica, aquele ato, em tais circunstâncias, importaria em autêntica expropriação, sem a correspondente indenização, além de violar o Código de Defesa do Consumidor (cf. arts. 3º, 51, II, IV, XI, XV, e seu § 1º, I, II, III) (RT 696/171) (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 401).

Nesse sentido, o conjunto probatório carreado aos autos é suficiente para gerar convencimento inequívoco do dano causado ao apelante adesivo e da responsabilidade da apelante principal.

A fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais é tarefa cometida ao juiz, devendo seu ar-

bitramento operar-se com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, o porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso.

Deve-se procurar a compensação pelo mal sofrido e a punição daquele que o provocou, além de estar atento para que não se torne nem fonte de enriquecimento sem causa, nem seja quantia ínfima.

A importância fixada pelo Julgador monocrático é, pois, suficiente para reparar a vítima, sem configurar seu enriquecimento ilícito, e para punir o ofensor, a fim de que não reitere na prática lesiva.

Incabível, portanto, sua majoração ou redução.

Entretanto, por não se admitir a indexação da indenização ao salário mínimo, o valor deve ser convertido em importância certa de R\$ 5.700,00, considerando o valor do salário mínimo à época da sentença.

À vista da orientação das Súmulas 54 e 43 do STJ, os juros moratórios e a correção monetária devem incidir a partir da data do evento danoso, por se tratar de indenização por ato ilícito.

Por derradeiro, saliente-se que, para fixar o valor da verba honorária, o juiz deve levar em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido para o serviço.

Considerando esses fatores, é adequada a fixação dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, em atendimento ao disposto no art. 20, § 3º, CPC, sendo justa a remuneração arbitrada pelo trabalho do patrono do apelante adesivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Telemar Norte Leste S.A.

Dou parcial provimento ao recurso aviado por Michel Leôncio de Carvalho, para determinar que os juros e a correção monetária incidam desde a data do evento danoso, a saber, do desligamento do terminal telefônico de titularidade do apelante adesivo, corrigindo o dispositivo da sentença para fixar o valor da indenização em R\$ 5.700,00.

Custas recursais, à razão de 50% por cada um dos recorrentes, suspensa a exigibilidade em relação ao apelante adesivo.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO DE PÁDUA e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO E CORRIGIRAM O DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

...

**Indenização - Dano moral - Dano material -  
Paciente - Evolução rápida para estado grave -  
Hospital - Ato ilícito - Não-demonstração -  
Médico - Negligência - Imprudência -  
Imperícia - Não-ocorrência**

Ementa: Indenização. Danos morais e materiais. Paciente. Evolução rápida para estado grave. Hospital. Ato ilícito não demonstrado. Médico. Negligência, imprudência, imperícia. Inocorrência.

- No âmbito médico, observa-se que a obrigação é, em geral, de meio.

- O hospital tem responsabilidade objetiva face aos pacientes, necessário, contudo, a prática de ato ilícito pelo nosocômio para que arque com indenização por algum dano causado. Dessa maneira, quando não demonstrada a ocorrência da negligência, imprudência ou imperícia do médico, bem como ato ilícito pelo hospital, tendo o falecimento do paciente ocorrido de maneira inevitável, descabe indenização, seja por danos morais, seja por danos materiais.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.06.050672-2/001 -  
Comarca de Muriaé - Apelante: Daniel Rodrigues de  
Santana - Apelados: Casa de Caridade de Muriaé -  
Hospital São Paulo e José Geraldo da Silva - 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, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2008. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. Miguel Arcanjo César Guerrieri.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Agradeço ao Dr. Miguel Arcanjo César Guerrieri pelos esclarecimentos trazidos da tribuna.

Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 240/243, proferida na 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Daniel Rodrigues de Santana em face de José Geraldo da Silva e Hospital São Paulo.

O autor narrou que, no dia 23 de outubro de 2005, chegou ao hospital requerido com seu filho

Danilo Rodrigues Santana, à época com 15 anos de idade, apresentando sintomas de infecção na unha, o que lhe causava febre alta. Alega que fora prestado atendimento pelo médico José Geraldo da Silva, primeiro requerido, tendo este lhe receitado doses diárias de paracetamol e dipirona, acompanhado de repouso.

Prossegue contando que, no dia seguinte, em processo infeccioso na fase aguda, retornou ao hospital e foi atendido pela médica Cristina Carneiro Rodrigues, que providenciou os procedimentos emergenciais, requisitando inclusive a internação.

Explicou que, internado o paciente, o quadro de saúde se complicou e, no mesmo dia, o rapaz faleceu.

Acusando o médico José Geraldo da Silva de não ter prestado o atendimento correto ao paciente, o que acabou por gerar o óbito, pleiteou o requerente, judicialmente, indenização pelos danos morais e materiais que alega ter sofrido.

A sentença julgou improcedente o pedido do autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado arbitrados em R\$ 1.500,00, suspensa a exigibilidade, com fulcro no art. 12 da Lei 1.060/50.

Recorreu o autor, trazendo as razões de sua apelação às f. 246/250. Narra todo o ocorrido, sustentando que a sentença está em desconformidade com as provas produzidas, partindo de interpretação equivocada do laudo pericial exarado pelo perito. Defende que, de acordo com o mencionado laudo técnico, o perito informa que, se o quadro apresentado fosse o relatado no prontuário emitido pelo réu, a conduta médica estaria correta. Afirma que, como a transcrição do prontuário revela-se omissa em relação aos procedimentos adotados, o médico deixou de agir com o dever de cautela, ocasionando o falecimento do paciente. Ao final, pede o provimento do recurso para que seja reformada a sentença.

Sem preparo, por estar o recorrente litigando sob o pálio da justiça gratuita. O recurso foi recebido à f. 252.

Contra-razões às f. 254/258 e 261/264, requerendo a manutenção da sentença.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se o apelante contra a sentença em sua totalidade, defendendo que sofreu dano em razão do falecimento de seu filho e imputando ao médico e ao hospital a responsabilidade pelo ocorrido.

Frise-se que o dever de indenizar decorre do preceito insculpido no art. 186 do Código Civil combinado com a norma elevada à categoria de garantia constitucional, constante do inciso X do art. 5º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 5º [...]

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.

Assim, o aludido instituto tem como pressupostos básicos três elementos fundamentais, quais sejam a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente por omissão de dever autoriza a reparação; o dano, como lesão provocada ao patrimônio ou à honra da vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente.

Mas, enquanto todas as pessoas estão adstritas a normas genéricas no que diz respeito à responsabilidade civil, algumas pessoas estão submetidas a regras especiais em virtude das peculiaridades da profissão que exercem, como é o caso do médico.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira:

Ao mencionar os médicos, cirurgiões, dentistas, farmacêuticos e parteiras, estabelece que respondem uns e outros pelos danos que venha alguém a sofrer por imperícia, imprudência ou negligência deles. Não é possível descer a minúcias para estabelecer em que consiste o ato culposo no diagnosticar, no prescrever, no tratar o cliente. Se age com culpa, e daí resulta um prejuízo para a pessoa sujeita a seus cuidados, responde por perdas e danos. As hipóteses lembradas pelos autores, na maioria hauridas na jurisprudência, são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz, em cada caso, ponderar as circunstâncias, para só então qualificar a espécie (*Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 149).

Em análise ao âmbito médico, observa-se que a obrigação é, em geral, de meio, com exceção do cirurgião plástico, que tem obrigação de resultado. Como explica bem o doutrinador Caio Mário, na mesma obra supracitada:

A obrigação do médico, que é chamado a atender a um cliente, não constitui (salvo na cirurgia estética como se verá adiante) uma obrigação de resultado, porém uma obrigação de meio. Ele não assume o compromisso de curar o doente (o que seria contra a lógica dos fatos), mas de prestar-lhe assistência, cuidados, não quaisquer cuidados, porém conscienciosos e adequados ao seu estado (Aguar Dias, ob. cit., nº 115; Sílvio Rodrigues, ob. cit., nº 83; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité élémentaire*, v. 2, nº 961; Mazeaud e Mazeaud, *Responsabilité civile*, v. 1, nº 115; Alex Weill; François Terré, *Droit civil*, Les obligations, nº 369; Malaurie e Aynès, ob. cit., nº 469).

Assim, diante de toda a doutrina trazida e da verificação da tríade necessária à configuração dos danos morais, qual seja dano, culpa e nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo, agiu acertadamente o Magistrado *a quo*, pelo que não restou nos autos demonstrada a imperícia do médico, nem a prática de ato ilícito pelo hospital.

Quanto ao hospital, sua responsabilidade objetiva afasta a necessidade da ocorrência de culpa, mas não extirpa o exame da prática de ato ilícito que tenha acar-

retado o dano suportado pela vítima. E, conforme verificado nos autos, não restou demonstrado que o nosocômio requerido tenha agido ilicitamente.

Mesmo em relação ao médico, conforme o que foi trazido nos autos, não é possível imputar-lhe a culpa pelo falecimento do filho do requerente.

De acordo com a perícia médica realizada nos autos (f. 186), por ocasião da consulta do dia 23/10, quando foi atendido pelo primeiro requerido, o paciente apresentou-se com febre, não sendo encontradas outras alterações. Considerou o *expert* que a conduta adotada de prescrição de analgésicos e repouso por dois dias foi correta para um paciente que se apresenta com febre e em bom estado geral, uma vez que não era possível determinar a causa da febre ao exame clínico.

Dessa maneira, restou demonstrado que através de simples exame clínico diante apenas da queixa de febre não era possível ao médico requerido concluir pelo diagnóstico de septicemia que acometia o filho do autor.

No laudo consta ainda:

[...] o quadro clínico apresentado pelo paciente no dia 23 de outubro não indicava um quadro de septicemia que é um quadro grave e dramático. A evolução do caso parece indicar que o paciente apresentava uma infecção localizada (indicada pela febre) no dia 23 que evoluiu rapidamente para septicemia. Tratou-se de uma evolução atípica e inesperada quando se comparam os dois quadros descritos nos dias 23 e 24 (evolução de 15 horas quando se consideram os horários da primeira e da segunda consultas). Evolução tão rápida poderia ser explicada tanto por uma baixa imunidade do paciente como por uma alta virulência do germe que o acometeu.

Além disso, foi esclarecido pelo médico perito que o diagnóstico precoce da septicemia e a instituição imediata do tratamento aumentam a possibilidade de cura, mas que esta depende de fatores imponderáveis ligados ao paciente e ao germe que o acomete (f. 189).

Reitera ainda o médico perito:

Pelo que consta dos documentos das f. 82, 20 e 21, por ocasião da consulta do dia 23/10, o paciente apresentou-se com febre, não sendo encontradas outras alterações. A conduta adotada, segundo os mesmos documentos, foi a prescrição de analgésicos e repouso por dois dias. A conduta foi correta para um paciente que se apresentava com febre e em bom estado geral, no qual não se consegue determinar a causa da febre ao exame clínico.

Não havia indicação para prescrição de antibióticos. Esta conduta padrão é adotada não apenas porque o paciente com estas características tem virose como causa mais provável da febre - virose para a qual o antibiótico é inócua, como também porque este medicamento prejudica uma posterior pesquisa da causa desta febre, se tal pesquisa se fizer necessária.

Não havia também indicação para internação hospitalar do paciente, já que o mesmo, no momento da consulta de 23/10, apresentava-se em bom estado geral e não havia elementos para se prever a evolução atípica e fatal que viria no dia seguinte (f. 190).

Nesse diapasão, conforme tudo o que foi trazido nos autos, é possível concluir que o falecimento do filho do autor não se deu por culpa do médico requerido, nem por ato ilícito que possa ser imputado ao hospital.

Conclui-se que o médico que prestou o primeiro atendimento ao filho do autor cumpriu seu papel profissional, visto que agiu com prudência e perícia nos procedimentos adotados.

Não se verificou nenhum procedimento irregular da conduta médica utilizada no tratamento do filho do requerente, motivo pelo qual não lhe assiste o direito à percepção de valor algum, seja a título de indenização por danos morais, seja por danos materiais.

Conforme exposto, nego provimento à apelação, mantendo a sentença de primeiro grau assim como proferida.

Custas, pelo apelante, suspenso o pagamento nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. AFRÂNIO VILELA - Ouvi com atenção a sustentação oral.

Para que se configure a responsabilidade civil, surgida em virtude de lesão a direito subjetivo, são necessários os requisitos: a) conduta ou ato; b) culpa *lato sensu*; c)nexo de causalidade; d) dano, importando a ausência de qualquer de seus elementos em inviabilidade do pleito indenizatório.

Assim, o nexo de causalidade é a relação entre a conduta culposa e o dano. Para que exista o dever de reparar, é necessário que o dano tenha nascido da conduta.

Ao examinar as provas, não verifico a presença da tríade que compõe a responsabilidade civil.

A perícia médica realizada mostrou-se bastante objetiva e conclusiva, sendo certo que um conjunto de situações levou ao óbito do filho do apelante.

Nota-se que o quadro apresentado pelo menor quando da primeira ida ao nosocômio era de estado febril, sem outras alterações, e, pelo que consta dos documentos carreados aos autos, não foi noticiada ao médico a existência de inflamação no pé esquerdo do paciente. Diante da observação de seu quadro geral, considerado bom, os medicamentos prescritos foram os adequados ao tratamento, não havendo indicação à prescrição de antibiótico. É o que se extrai especialmente da resposta ao quesito nº 5, de f. 186.

Ressaltou ainda o ilustre *expert*, à f. 185, que “o processo septicêmico - especialmente quando determinado por germes virulentos -, pode ocorrer sem que haja formação de um foco inicial detectável”, e arremata:

[...] não é possível afirmar com segurança que a septicemia desenvolvida pelo paciente - e que levou ao óbito -, teve origem na lesão do pé, porque não se pode afastar a possibilidade de que tal septicemia tenha tido origem em focos de infecção no interior do organismo do paciente, foco que nem sempre é possível determinar.

Em resposta ao quesito de nº 8, f. 189, conclui:

Pode-se afirmar que o atendimento do dia 23 de outubro foi adequado para o quadro clínico que o paciente apresentava naquele momento (quadro febril incharacterístico), assim como o atendimento do dia 24 de outubro foi adequado para o atendimento que o paciente apresentava na ocasião (septicemia) (*sic*).

Ressalto, ademais, que à f. 220 a oitiva das demais testemunhas do autor foi dispensada, encerrando-se a instrução.

Assim, não demonstrada a conduta culposa e, conseqüentemente, nem o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano sofrido pelo paciente, há que se negar provimento ao apelo, mantendo-se a sentença na forma como prolatada.

Feitas essas considerações, estou a acompanhar o bem lançado voto do eminente Relator, Desembargador Fernando Caldeira Brant, às inteiras.

DES. MARCELO RODRIGUES - Sr. Presidente, inicialmente, gostaria de cumprimentar e agradecer a participação nesse julgamento do Dr. Miguel Arcaño Guerrieri, especialmente a referência a minha pessoa.

No caso concreto, segundo a prova colhida no processo, não restou evidenciada, a meu aviso, seja a responsabilidade subjetiva do médico, seja a responsabilidade objetiva do hospital, primeiro apelado, a Casa de Caridade Muriaé - Hospital São Paulo, por ausência absoluta de nexo de causalidade.

Ocorre que, segundo, ainda, demonstra o caderno processual, foi omitida ao profissional médico, no momento do primeiro atendimento, informação de suma relevância, qual seja do processo de infecção que acometia o paciente, então menor, em seu pé, e a ausência desta informação impossibilitou, de maneira absoluta, até, a indicação de um tratamento adequado para o processo de septicemia.

O quadro que apresentava o paciente era simplesmente de febre, e qualquer leigo sabe que para um quadro de febre não se ministra de imediato, a princípio, antibiótico, até porque esse quadro febril pode ser originado de uma virose, e o antibiótico pode, também, por outro lado, mascarar esse diagnóstico, ou seja, até mesmo dificultar o diagnóstico correto do quadro apresentado pelo paciente.

Daí por que entendo que, diante da ausência do nexo de causalidade entre a ação e o evento danoso, não há mesmo que se falar em responsabilidade civil, no caso concreto.

Estou negando provimento ao recurso.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Ação anulatória - Imóvel - Doação - Limitação - Extrapolação da legítima - Escritura - Ônus da sucumbência**

Ementa: Ação anulatória. Escritura de doação. Procedência parcial. Ônus sucumbenciais.

- É defeso ao doador dispor da totalidade de seus bens, restringindo a sua liberdade à metade de seu patrimônio.

- A doação que não respeita tal limitação não é nula em sua integralidade, mas apenas no montante que extrapolou a legítima.

- Em caso de procedência parcial do pedido inicial, os ônus sucumbenciais devem ser proporcionalmente distribuídos entre os litigantes, não havendo necessidade de majoração dos honorários advocatícios quando observados satisfatoriamente os critérios de fixação.

Apelação não provida.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.07.102432-3/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Eliete Ribeiro Barros de Oliveira - Apelados: Ivone Silva de Oliveira Antunes de Lima e outros - Relator: DES. MARCOS LINCOLN**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2008. - *Marcos Lincoln* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por Eliete Ribeiro Barros de Oliveira contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre/MG, que, nos autos da ação anulatória ajuizada em desfavor de Ivone Silva de Oliveira Antunes de Lima, Willian Silva de Oliveira e Zilda Silva de Oliveira, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade da doação de imóvel pertencente à Amazir Barros de Oliveira, já falecido, e à sua esposa, última ré, aos demais réus.

Notícia a exordial (f. 02/08) que a autora é filha de Amazir Barros de Oliveira, falecido em 23.05.2000, reconhecida a paternidade em 07.05.96. Em 09.05.95, seu pai e a ré Zilda Silva de Oliveira doaram o único imóvel pertencente ao casal aos demais réus, excluindo-a do referido ato. Afirma que o ato é nulo, uma vez que

seu falecido pai, na época, dispôs de seu único bem, sem conferir direito que lhe atende, em face da sua condição de herdeira necessária. Conclui, manifestando-se pelo desrespeito aos arts. 1.171, 1.175 e 1.176 do Código Civil de 1916, considerando que a doação excedeu a parte que o Sr. Amazir Barros de Oliveira poderia dispor.

Pede, ao final, a declaração de nulidade da doação do imóvel.

Recebida a inicial, os réus foram citados. Em sua defesa (f. 19/21), argüiu-se, preliminarmente, carência da ação por falta de interesse de agir, pois o ato de doação se deu em data anterior ao reconhecimento da paternidade da autora, sendo ela legitimada somente após a perfeição do ato.

Quanto ao mérito, os réus alegam a inexistência de invalidade da doação, reiterando os argumentos apresentados na preliminar suscitada, bem como aduzindo que a legitimação posterior da autora ao ato de doação se deu em virtude de sua inércia, pois o reconhecimento da paternidade ocorreu doze anos depois de seu nascimento.

Às f. 82/86, o MM. Juiz *a quo* proferiu sentença, em que afastou a preliminar de carência da ação e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade da doação na parte cabível ao falecido Sr. Amazir Barros de Oliveira, em favor dos réus Ivone Silva de Oliveira Antunes e Willian Silva de Oliveira, mantendo-se a doação realizada pela ré Zilda Silva de Oliveira, bem como o usufruto constituído em seu favor.

Ainda, condenou os réus sucumbentes, solidariamente, ao pagamento de 2/3 das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado à causa, bem como a autora ao pagamento dos honorários no mesmo percentual em favor da ré Zilda Silva de Oliveira.

Haja vista a sucumbência recíproca, tanto os réus, às f. 88/90, quanto a autora, às f. 91/95, apelaram. No entanto, somente o apelo interposto pela autora foi recebido, julgando-se deserta a apelação dos réus (f. 96).

A autora aduz, em seu apelo, que a sentença laborou em equívoco ao reconhecer a validade da doação realizada pela ré Zilda Silva de Oliveira e o usufruto nela instituído, uma vez que a referida ré foi revel e não houve pedido da mesma quanto à manutenção do direito ao usufruto do imóvel. Finalmente, pretende a reforma da decisão, para majorar o percentual fixado a título de honorários advocatícios.

Regularmente intimados, os apelados apresentaram contra-razões.

Recurso próprio e tempestivo, estando sem preparo em razão de a apelante litigar sob o pálio da justiça gratuita.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Conforme se extrai do documento de f. 56, o Sr. Amazir Barros de Oliveira e a apelada, sua esposa, Zilda Silva de Oliveira, doaram, em 09.05.95, aos demais

apelados, seus filhos, o único imóvel pertencente ao casal. Ademais, constituiu-se usufruto vitalício em favor daquela.

Entretanto, a autora foi reconhecida pelo doador como sua filha (f. 07 e 65/66), razão pela qual sustenta a sua legitimidade para pretender a declaração de nulidade do ato supracitado.

É cediço que é defeso ao doador dispor da totalidade de seus bens, restringindo a sua liberdade à metade de seu patrimônio. Não existe nenhum óbice legal que impeça o ascendente de fazer doação ao descendente, desde que seja respeitada a legítima dos demais herdeiros.

No entanto, aquele que se sentir prejudicado no tocante à sua quota-parte poderá, com base no art. 1.176 do CC/1916 e no art. 549 do CC/2002, requerer a anulação da doação.

No caso dos autos, verifica-se que a v. sentença atacada está em perfeita consonância com o direito material aplicável à questão. Isso, pois a doação não é nula em sua integralidade, mas apenas parcialmente, na medida em que o doador, já falecido, não podia doar a totalidade do bem imóvel, excedendo a legítima, deixando de fora a herdeira apelante, sendo, portanto, nula a doação somente no que a extrapolou.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

Ação anulatória. Doação inoficiosa. Redução. Art. 1.176 do CC. Prescrição. Prazo. - Os herdeiros necessários não podem ser privados de seu direito sucessório, conferindo-lhes a lei meios necessários para tornar sem efeito as liberalidades excessivas, efetuadas pelo testador em detrimento da legítima [...]. Não se anula a escritura de doação em que foi ultrapassada a porção disponível do patrimônio do doador, mas julga-se procedente em parte a ação anulatória, para se declarar inoficiosa a liberalidade quanto à parte excedente àquela que o doador poderia dispor em testamento (TAMG - 7ª Câmara Cível - Apelação nº 217.357-9 - Rel. Juiz Lauro Bracarense - j. em 29.08.96).

Quanto à alegação da apelante de que, no caso dos autos, ocorreu a revelia da apelada Zilda Silva de Oliveira, também não merece acolhimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a referida apelada não foi citada pelo mandado de f. 18 (AR de f. 22-v.), mas somente após o seu comparecimento espontâneo (f. 49). Outrossim, não estaria a referida apelada sujeita aos efeitos da revelia, tendo em vista a regra prevista no art. 320, I, do CPC.

Finalmente, a r. decisão recorrida não está a merecer reforma no que tange à manutenção do direito ao usufruto instituído em favor da apelada Zilda Silva de Oliveira.

Não se pode atribuir a nulidade ao ato de instituição do referido direito real, uma vez que o mesmo está em conformidade com a regra do art. 715 do CC/1916, atual art. 1.391 do CC/2002. Nesse sentido, a pretensão da apelante se restringe apenas quanto à doação

inoficiosa realizada por seu falecido pai, sem alcançar a instituição do usufruto, não ensejando causa para a declaração de sua anulabilidade.

Dessarte, já que não existem quaisquer razões para a reforma da decisão de primeiro grau, não se pode conceber qualquer alteração na distribuição da sucumbência realizada em virtude da procedência parcial do pedido.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso para manter a r. sentença de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA e ALBERTO ALÚZIO PACHECO DE ANDRADE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Indenização - Veículo - Vendas sucessivas - Lides autônomas - Denúnciação - Denunciado - Condenação - Solidariedade - Pagamento de dano material à autora - Impossibilidade**

Ementa: Ação indenizatória. Vendas sucessivas de veículo. Denúnciação. Lides autônomas. Condenação do denunciado a pagar, solidariamente, dano material para a autora. Impossibilidade.

- A denúnciação da lide faz nascer, ao lado da ação principal, uma demanda paralela entre o denunciante e denunciado, que tem por objeto o reconhecimento da obrigação do denunciado perante o denunciante, pela indenização que este porventura vier a pagar ao autor da ação. Assim, na denúnciação, lide secundária é inconfundível com a principal, só se podendo obrigar o denunciado ao ressarcimento do que o denunciante foi condenado a pagar ao autor, nunca obrigá-lo diretamente perante este, já que nela se discute apenas direito de regresso.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.494156-8/000 - Comarca de Ipatinga - Apelantes: Sebastião da Silva, José da Cunha Medeiros e Júlio César Alves Feitosa - Apelados: Lokavip - Locadora de Veículos Ltda., Espólio de Irineu Rodrigues dos Reis e os mesmos - 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 A PRELIMINAR E, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de dois recursos de apelação interpostos contra a sentença de f. 462/469, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, que, nos autos da ação de indenização, por danos materiais e morais, manejada por Lokavip - Locadora de Veículos Ipatinga Ltda. em face de Sebastião da Silveira e outros, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, para condenar os requeridos, solidariamente, a restituírem à requerente a quantia de R\$ 23.000,00, relativa à compra do veículo Tempra, atualizada de acordo com os índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês, ambos a contar da data da última citação.

Interpostos embargos declaratórios (f. 470), foram os mesmos rejeitados (f. 471).

Irresignados, apelam o primeiro e o segundo requeridos (f. 473/478), ora primeiros apelantes, sustentando a prefacial de ilegitimidade passiva do segundo requerido, Sebastião da Silveira, ao argumento de que, apesar de o seu nome constar como de proprietário do veículo adquirido pela autora, ele jamais assinou recibo, autorizando sua venda, além de em momento algum ter participado das negociações noticiadas nos autos.

No mérito, afirmam que foi a autora quem agiu com culpa *in procedendo*, porquanto, por ser conhecedora do ramo de automóveis, não poderia ter adquirido veículo alienado fiduciariamente, sob a promessa de que ficaria livre do gravame em momento futuro.

Esclarecem que o primeiro requerido, José da Cunha Medeiros, vendeu o veículo Tempra ao denunciado Júlio César Alves Feitosa, dando-lhe ciência de que se encontrava alienado fiduciariamente, assumindo este último a responsabilidade da quitação da dívida no Banco Mercantil do Brasil, a fim de que não mais constasse gravame algum sobre o bem, tanto assim que o denunciado emitiu nota promissória em favor do primeiro requerido, no valor equivalente à quantia financiada, para garantia de seu pagamento.

Ato contínuo, Júlio César Alves Feitosa, sem quitar a dívida no banco, vendeu o veículo a Irineu Rodrigues dos Reis, que veio a falecer, sucedido pelo espólio, 3º requerido, que, por sua vez, o vendeu à autora, que tomou ciência do estado em que se encontrava o veículo através de ligação telefônica realizada por seu representante legal ao primeiro requerido.

Sustentam que a autora, ao adquirir bem alienado em nome de terceiros, com assinatura adulterada no

documento de transferência do veículo, concorreu com o ilícito, motivo pelo qual não faz jus a nenhuma verba indenizatória.

Irresignado, recorre também o denunciado Júlio César Alves Feitosa (f. 480/484), ora segundo apelante, argüindo, prefacialmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

No mérito, argumenta que em nada concorreu para os episódios narrados nos autos, elucidando que o veículo Tempra era de propriedade do primeiro requerido, José da Cunha Medeiros, e estava registrado em nome do segundo requerido, Sebastião da Silveira, tendo adquirido o bem do primeiro requerido e, posteriormente, revendido para o Sr. Irineu Rodrigues dos Reis, ora representado pelo seu espólio, como 3º requerido, tendo este, por sua vez, vendido o veículo para a autora.

Salienta que, em razão do homicídio de que foi vítima o referido Irineu, de autoria do requerido José da Cunha Medeiros, entregou à viúva daquele um automóvel Apollo, que havia adquirido na transação efetuada entre as partes, não subsistindo, pois, nenhuma responsabilidade de sua parte.

Segue reprisando os argumentos expendidos pelos primeiros apelantes em sua peça recursal, alegando que foi a autora quem agiu com culpa ao adquirir veículo alienado em nome de terceiros, tendo concorrido para a irregularidade da negociação, razão pela qual não pode prosperar o seu pleito indenizatório.

Ressalta, ademais, que o responsável pela quitação do financiamento junto ao banco era o primeiro requerido, José da Cunha Medeiros, tanto que a autora sempre manteve contato com ele, conforme comprovam as contas telefônicas encartadas à f. 18.

Contra-razões apresentadas pela autora, alegando a nulidade de ambos os recursos em razão da inobservância da norma contida no art. 514 do CPC, e, no mais, em óbvia infirmação, pugnano pelo desprovisionamento dos apelos (f. 488/489).

Vieram aos autos, através das peças de f. 493/ 494, as contra-razões do denunciado Júlio César Alves Feitosa, batendo-se pelo desprovisionamento do primeiro apelo e, alternativamente, pela apuração do *quantum* condenatório em sede de liquidação de sentença.

Finalmente, as contra-razões ofertadas pelos primeiros apelantes, em evidente infirmação, pugnano pelo desprovisionamento do segundo apelo f. 497/499.

Preliminar argüida nas contra-razões de f. 488/489 - nulidade dos recursos.

Alega a apelada, Lokavip - Locadora de Veículos Ipatinga Ltda., que ambos os recursos são nulos por inobservância da norma contida no art. 514 do CPC.

*Rogata venia*, descabida tal insurgência.

Consoante preceitua o dispositivo supramencionado, *litteris*:



Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:

- I - os nomes e a qualificação das partes;
- II - os fundamentos de fato e de direito;
- III - o pedido de nova decisão.

Em exame, percebe-se, sem maior esforço, que ambos os recursos preenchem os requisitos acima listados, trazendo os fundamentos de fato e de direito pelos quais pretendem a reforma da r. decisão atacada, não havendo se cogitar de sua nulidade.

Pelo exposto, rejeita-se a prefacial.

Reunidos os pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço dos recursos.

Primeiramente, cumpre esclarecer que os primeiros apelantes argüiram a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo requerido, Sebastião da Silveira, ao argumento de que, apesar de o seu nome constar como proprietário do veículo adquirido pela autora, ele jamais assinou recibo autorizando sua venda, além de que em momento algum manteve com a autora qualquer relação contratual a justificar sua inclusão no pólo passivo da relação processual.

O segundo apelante, por sua vez, erigiu a preliminar de sua ilegitimidade passiva, pugnando que fossem considerados os argumentos por ele expendidos em sua peça de defesa e no memorial ofertado nos autos.

Tais prefaciais de ilegitimidade passiva, por se confundirem com o próprio *meritum causae*, deveriam ser analisadas nessa seara.

Todavia, tenho preliminar, de ofício, que submeto à apreciação desta d. Turma Julgadora.

Preliminar de ofício - denúncia da lide - ausência de apreciação da lide secundária - sentença nula.

Busca a autora, Lokavip - Locadora de Veículos Ipatinga Ltda., através da presente ação de indenização, se ver ressarcida pelos danos materiais e morais advindos da conduta ilícita imputada aos requeridos, ao argumento de que omitiram que o veículo Fiat/Tempira, placa GKW - 7050, por ela adquirido do 3º requerido, se encontrava alienado fiduciariamente.

Esclarece que, ao adquirir o bem de Irineu Rodrigues dos Reis, sucedido pelo seu espólio, na qualidade de 3º requerido, este lhe informou que, não obstante a existência de alienação fiduciária em nome do Banco Mercantil do Brasil, não existia óbice algum à liberação da carta por já se encontrar quitado, o que estaria sendo providenciado pelo antigo proprietário do automóvel, José da Cunha Medeiros, ora 1º requerido.

Salienta que, a despeito de ser este o antigo proprietário do bem, constava no documento do veículo o nome do 2º requerido, Sebastião da Silveira, sogro daquele, como proprietário do mesmo, uma vez que havia “emprestado” o nome para seu genro contrair o empréstimo no banco, visando à aquisição do bem.

Entretanto, assevera que, ao contrário do afirmado pelo 3º requerido e confirmado pelo 1º requerido,

através de ligação telefônica feita a ele pelo representante legal da autora, o débito junto à instituição financeira não havia sido quitado, o que culminou na propositura de ação de busca e apreensão pelo banco credor, em face do 2º requerido, e na conseqüente apreensão judicial do bem.

Informa, ainda, que, nesse ínterim, o 3º requerido, Irineu Rodrigues dos Reis, ao tentar receber do 1º réu, José da Cunha Medeiros, o valor para a quitação da alienação fiduciária, acabou por ser por este assassinado, conforme noticiam as cópias da denúncia e do inquérito policial trazidas aos autos.

Sendo assim, entende a autora/apelada que os apelantes agiram com culpa no evento, motivo pelo qual devem responder, solidariamente, pelos prejuízos de ordem material e moral por ela suportados em virtude da apreensão judicial do veículo.

O 1º e o 2º requeridos, em suas defesas (f. 207/208 e 223/226), pugnaram pelo chamamento ao processo de Júlio César Alves Feitosa, ao argumento de que foi ele quem comprou o veículo do 1º requerido e o revendeu para o 3º requerido, comprometendo-se a quitar o débito da alienação fiduciária, tanto que emitiu nota promissória no valor da dívida em favor do 1º requerido (f. 214), sendo, portanto, o responsável pelo ressarcimento de eventual prejuízo causado à autora.

Deferido o chamamento ao processo de Júlio César Alves Feitosa (f. 232), este apresentou sua defesa (f. 263/265), alegando sua ilegitimidade passiva, uma vez que apenas intermediou o negócio realizado entre o 1º e 2º requeridos com o 3º requerido, não existindo nenhuma relação jurídica entre ele e a autora.

O MM. Juiz, à consideração de que restou comprovada a culpa de todos os requeridos, incluindo Júlio César, pela venda de veículo alienado, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-os, solidariamente, a restituírem à autora a quantia de R\$ 23.000,00, preço pago pelo veículo (f. 462/469).

Como emerge de plano, verifica-se que o ilustre Prolator do *decisum* atacado laborou em equivocidade, *data venia*.

Primeiramente, cumpre esclarecer que, a despeito do 1º e 2º requeridos terem pugnado, em suas peças de defesa (f. 207/208 e 223/226), pelo “chamamento à lide” de Júlio César Alves Feitosa, tendo sido deferida a pretensão, infere-se claramente que, na verdade, o que pretendiam era a sua denúncia da lide, aos fundamentos de que a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados à autora deve ser atribuída ao denunciado Júlio César, por ter sido ele quem comprou o veículo do 1º requerido e o revendeu para o 3º, comprometendo-se a quitar o débito resultante do financiamento, tanto que emitiu nota promissória no valor da dívida, em favor do 1º requerido (f. 214).

Ora, o instituto do chamamento ao processo, conforme previsto no art. 77 do CPC, é admissível:

- I - do devedor, nas ações em que o fiador for réu;
- II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;
- III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Como se vê, a espécie em exame não se subsume à nenhuma das hipóteses alistadas no referido dispositivo legal, mesmo porque o 1º requerido afirma ter vendido o veículo para Júlio César, que se comprometeu a quitar a alienação fiduciária que recaía sobre o automóvel, atribuindo-lhe a responsabilidade pelos danos causados à autora com a alienação judicial do bem.

Ressalta-se, mais uma vez, que o veículo se encontrava registrado no nome do 2º requerido, Sebastião da Silveira, mas pertencia ao 1º requerido, razão pela qual, na hipótese de uma condenação destes, eles poderiam buscar, regressivamente, o valor da condenação do referido Júlio César, já que alegam sua responsabilidade pela quitação do financiamento do bem alienado fiduciariamente em garantia.

Note-se, ainda, que o próprio Magistrado primevo passou a se referir ao "litisdenuciado", conforme se vê da ata da audiência de instrução e julgamento (f. 439) e da própria sentença (f. 466).

Dúvida alguma, pois, subsiste de que o que ocorreu foi a denunciação da lide de Júlio César Alves Feitosa pelos 1º e 2º requeridos, subsumindo-se a espécie à hipótese contida no inciso III do art. 70 do CPC.

Como é de curial saber, a denunciação da lide faz nascer, ao lado da ação principal, uma demanda paralela entre denunciante e denunciado, que tem por objeto o reconhecimento da obrigação do denunciado de responder perante o denunciante pela indenização, caso este venha a ser condenado a pagar ao autor da ação.

Em suma, duas lides autônomas se estabelecem: uma principal, entre autor e réu, e outra secundária, entre réu denunciante e denunciado.

Havendo, pois, denunciação da lide pelo réu, o Juiz deverá decidir, na mesma sentença, a relação entre o autor e o réu denunciante, bem como a lide secundária instaurada entre denunciante e denunciado, por se tratar, como acima exposto, de duas lides distintas, que não se confundem entre si.

Anota-se, ainda, que na lide secundária/incidental só se pode obrigar o denunciado ao ressarcimento do que o denunciante vier a pagar ao autor, nunca obrigá-lo diretamente perante o autor, já que nela apenas se discute o direito de regresso.

Como já dito, observa-se que o digno Juiz singular incorreu em evidente equívoco, pois, ao proferir a r. sentença, em momento algum se manifestou sobre a lide secundária; e, ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenou os requeridos, inclusive o denunciado, solidariamente, ao pagamento dos danos materiais sofridos pela autora, no valor de R\$ 23.000,00.

Em situações como essa, os tribunais pátrios têm-se assim pronunciado:

Feita pelo réu a denunciação da lide, não é cabível a condenação do denunciado em favor do autor, que nenhum pedido formulou em face daquele (TJRJ - Ap. 24349 - Rel. Des. Barbosa Moreira - j. 07.12.82).

A denunciação introduz lide secundária e conexa, vinculando, apenas, denunciante e denunciado, não estabelecendo vínculo direto entre o autor e o denunciado (TASP - Ap. 577267-4 - 1ª Câmara Especial B - Rel. Juiz Elliot Ake).

Anula-se a sentença que, havendo denunciação da lide, não aprecia, formalmente, a ação secundária, dirimindo só a lide principal, e, ainda assim, para impor condenação ao denunciado, quando é certo que inexistente relação jurídica entre este último e o autor da ação (TJMT - Ap. 22.202 - Classe II, 21 - 1ª Câmara Cível - Rel. Des. Leônidas Duarte Monteiro).

No assunto, esta 9ª Câmara Cível, enquanto ainda 1ª Câmara do TAMG, assentou que:

O juiz deverá, na mesma sentença, julgar as duas lides (ação principal e ação de denunciação). Na primeira parte, resolverá a lide entre autor e réu; na segunda, a lide entre denunciante e denunciado [...] (TAMG - Ap. 284.480-2 - Rel. Juiz Nepomuceno Silva).

Com tais razões de decidir e de ofício, anula-se a sentença de primeiro grau, para que outra seja proferida, a fim de ser analisada e decidida a lide secundária/incidental, instaurada entre os denunciante e o denunciado.

Custas recursais, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e PEDRO BERNARDES.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E, DE OFÍCIO, ANULARAM A SENTENÇA.

...

### **Execução - Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Processo de conhecimento - Desnecessidade - Sócio - Citação**

Ementa: Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade. Desnecessidade de prévia instalação de processo de conhecimento. Sócio. Citação.

- A desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada pode ser decretada nos autos da própria ação de execução, independentemente de processo de conhecimento autônomo.

- Só depois de decretada a desconsideração da personalidade jurídica é que se faz necessária a expedição de mandado de citação, dirigido aos sócios que venham a ser incluídos no pólo passivo.

**AGRAVO Nº 1.0024.07.763195-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Yvone Nacur e outra - Agravados: DBR Turismo Ltda., Beatriz Portugal Góes, Ronaldo Caiafa Rachid, Tony Marley Santos - Relator: DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelas agravantes, a Dra. Leticia Fonseca Cunha.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação de execução por título extrajudicial ajuizada por Yvone Nacur e Michelle Nacur Lorentz, ora agravantes, contra DBR Turismo Ltda., Beatriz Portugal Góes, Ronaldo Caiafa Rachid e Tony Marley Santos, ora agravados.

A decisão agravada (f. 113/114) indeferiu o pedido das agravantes de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, ao fundamento de que somente por meio de processo de conhecimento é possível apurar a ocorrência das hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, sendo pressuposto indispensável a citação dos sócios da empresa.

Sustentam as agravantes, neste recurso, que é possível a desconsideração da personalidade jurídica nos autos da ação de execução, sendo desnecessária ação autônoma; que o fato de os sócios não integrarem a lide executiva não é motivo, por si só, para o indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada; que a fraude restou amplamente demonstrada nos autos.

Pela decisão de f. 125, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contramina da empresa agravada às f. 133/136.

Conheço do recurso, pois que próprio, tempestivo e regularmente preparado (f. 120).

Sei de entendimentos que dão amparo ao argumento do douto Juiz da causa, sobre a necessidade de anterior processo de conhecimento, com citação do sócio cuja

participação se pretende, para que se dê maior segurança ao processo.

Contudo, conforme já votei em outras oportunidades nesta casa, sigo o entendimento do STJ, de que é permitido ao juízo, no âmbito da própria ação de execução, decidir pela desconsideração, ou não, da personalidade jurídica da empresa-executada, de modo que os bens de terceiros, ou sejam, os sócios, respeitadas as restrições legais, sejam atingidos para que haja a satisfação do crédito executado.

Tal entendimento está amparado em decisões dos Tribunais Superiores, citando, a título de exemplo, os seguintes julgados:

Civil. Locação. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Cabimento. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico. Falta. Similitude fática. Falta.

1 - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes. [...] (AgRg no REsp 798095/SP; Rel. Min. Felix Fischer; Quinta Turma; j. em 06.06.2006; p. DJ de 01.08.2006, p. 533).

Processo civil - Recurso especial em autos de agravo de instrumento - Retenção legal - Afastamento - Deficiência na fundamentação e falta de prequestionamento - Súmulas 284 e 356 do STF - Processo executivo - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada - Possibilidade - Dispensável o ajuizamento de ação autônoma. [...]

4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 02.08.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 01.08.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 12.09.2005).

5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo (REsp 331478/RJ; Rel. Min. Jorge Scartezini; Quarta Turma, j. em 24.10.2006; DJ de 20.11.2006, p. 310).

Só depois de decretada a desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente responsabilização da pessoa física representante legal da sociedade, necessária se faz a expedição de mandado de citação, dirigido ao sócio que efetivamente venha a ser atingido pela medida.

Nesse sentido:

[...] 2. Da desconsideração da personalidade jurídica - 2.1. Da necessidade de ação própria: 'A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal...' (STJ - ROMS 16274/SP - 3º T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de

02.08.2004). 2.2. Dos pressupostos para a despersonalização: Restando demonstrado que a empresa encerrou suas atividades, não dando 'baixa' na Junta Comercial por ser devedora do Fisco, e não pagando seu credor, e ainda não demonstrando possuir bens para fazer frente a seus compromissos, cabível a desconsideração de sua personalidade jurídica, com inclusão de seus sócios no pólo passivo da execução. Recurso não provido (TAPR - AG 0275664-9 - (224781) - Londrina - 4º C. Cív. - Rel. Juiz Valter Ressel - DJPR de 10.12.2004).

A citação dos sócios que venham a ser atingidos pela medida enseja a eles a oportunidade de indicar bens pertencentes à sociedade, passíveis de expropriação, ou a prerrogativa de pagamento da dívida, como também o manejo de eventual instrumento processual na defesa de seu direito.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo, observados os princípios e regras contidos no art. 50 do Código Civil.

Custas recursais, pelos agravados.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES UNIAS SILVA e D. VIÇOSO RODRIGUES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Multa administrativa - Prescrição - Prazo quinquenal - Art. 1º do Decreto 20.901/32 - Aplicabilidade - Limpeza urbana - Lei Municipal 2.698/78 - Infração - Continuidade no tempo - Múltiplas autuações - Possibilidade - *Bis in idem* - Inexistência - Recurso - Interposição pela Fazenda Municipal e pelo Município - Afronta ao princípio da unirecorribilidade**

Ementa: Embargos à execução. Interposição de recurso pelo Município e pela Fazenda Municipal. Afronta ao princípio da unirecorribilidade. Cobrança de multa administrativa. Relação de direito público. Prescrição. Prazo quinquenal. Inteligência do Decreto 20.910/32. Multa por infração à lei de limpeza urbana. Lei 2.968/78. Continuidade no tempo. Possibilidade de lavratura de múltiplos autos. Inexistência de *bis in idem*. Aplicação da sanção no mínimo legal.

- A repartição fazendária nada mais é senão um órgão que compõe o Município. Fazenda e Município são a mesma pessoa jurídica, de forma que a interposição de dois recursos fere de morte o princípio da unirecorribilidade.

- A prescrição da pretensão de ação de cobrança de multa administrativa decorrente do exercício do poder de polícia pela Administração é de cinco anos, aplicando-se, nesse caso, a regra prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

- O administrado que não ajusta seu imóvel à legislação de limpeza urbana, dentro do prazo concedido pela Administração Pública, pode ser novamente multado sem que isso caracterize *bis in idem*.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.851322-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Construtora Colonial Ltda., 2º) Município de Belo Horizonte, 3º) Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelados: Construtora Colonial Ltda., Município de Belo Horizonte e Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - 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 ACOLHER PRELIMINAR E NÃO CONHECER DO 3º RECURSO, NEGAR PROVIMENTO AO 1º E AO 2º RECURSOS.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Relatora.

#### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela 1ª apelante, o Dr. Márcio Bello Tambasco.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de apelação proposta, às f. 233/249, pela Construtora Colonial Ltda., às f. 252/259, pelo Município de Belo Horizonte e, às f. 261/267, pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, nos autos dos embargos à execução, interpostos pela primeira recorrente, diante do inconformismo gerado pela decisão de f. 222/226, que acolheu parcialmente os embargos, reconhecendo a decadência dos créditos relativos às CDAs de nos 834.945 até 834.834.973 (f. 09/65 do apenso), e declarou a subsistência da execução dos demais títulos.

A primeira recorrente aduz que a decisão administrativa que aplicou a pena agravada não foi fundamentada, motivo pelo qual pede sua nulificação, ou, eventualmente, sua minoração. Apresenta, ainda, a tese de que houve uma única infração, mas que se estendeu durante o tempo, o que dá à punição cumulativa um caráter ilegal de *bis in idem*.

O Município, segundo apelante, alega que, no caso de cobrança de créditos não tributários, deve ser

aplicado o prazo prescricional de 10 anos, conforme preleciona o Código Civil. Assim, nega ter havido a prescrição do direito de cobrança dos créditos insculpidos nas CDAs instruídas com a inicial. Na eventualidade de ser mantido o entendimento primevo, sustenta que o parcelamento do débito importa em renúncia tácita da prescrição.

A Fazenda Pública Municipal, terceira apelante, refuta a decadência reconhecida na sentença e alega ser descabida a aplicação da sucumbência no caso concreto.

A Construtora Colonial Ltda. apresentou contra-razões às f. 271/282, alegando, preliminarmente, que o terceiro recurso não deve ser conhecido, pois fere o princípio da unirrrecorribilidade. No mérito, alega que todos os créditos cujos lançamentos se deram antes de 26.05.1998 estão prescritos.

Contra-razões do Município apresentadas às f. 285/289, alegando a inexistência de irregularidades na fixação da multa ora cobrada, sustentando que são válidas as autuações sucessivas no tempo.

Conheço dos dois primeiros recursos, mas não conheço do terceiro, apresentado pela Fazenda Pública Municipal.

Preliminarmente, antes de adentrarmos o mérito do recurso, insta dirimir a questão preliminar aventada pela primeira apelada.

Como se observa dos autos, após a prolação da sentença, interpuseram recurso o Município de Belo Horizonte e, também, a Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte.

Ora, a repartição fazendária nada mais é senão um órgão que compõe o Município. Fazenda e Município são a mesma pessoa jurídica, de forma que a interposição de dois recursos fere de morte o princípio da unirrrecorribilidade.

As palavras do em. Des. Caetano Levi Lopes corroboram:

Aqui, entretanto, existe uma particularidade: a Fazenda Pública é órgão da pessoa jurídica de direito público interno, Município de Belo Horizonte. Confundem-se. Dessa forma, não de ser consideradas dupla interposição de recurso as duas apelações que as mencionadas entidades apresentaram (Ap. Cível nº 1.0000.00.305067-1/000).

Diante disso, deixo de conhecer do terceiro recurso, apresentado pela Fazenda Pública de Belo Horizonte.

Acolho a preliminar e passo ao exame das questões de mérito.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, o ilustre advogado em sua sustentação oral. Quanto à preliminar, acompanho a Relatora.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo, quanto à preliminar.

DES.<sup>a</sup> VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Mérito.

Ultrapassada a questão preliminar, passo ao exame do mérito, que compreende basicamente o pedido de nulificação da decisão exarada no PTA, ou eventual minoração da sanção aplicada à empresa recorrente por inadequação ou *bis in idem* na condenação; afastamento da decadência e conseqüente aplicação do prazo prescricional de dez anos à espécie; e, por fim, renúncia tácita à prescrição com o parcelamento do débito.

a) Nulidade da decisão exarada no processo administrativo.

A Superintendência de Limpeza Urbana desta capital constatou, mediante fiscalização ostensiva, que a empresa proprietária do imóvel descrito nos autos de infração, amplamente juntados às f. 211 e seguintes, não vinha cumprindo o dispositivo do art. 42 da Lei Municipal 2.968/78, que impõe aos proprietários de imóveis urbanos mantê-los limpos, drenados e capinados.

Segundo a tabela anexa à Lei de Limpeza Urbana, o descumprimento do art. 42 resulta em multa de 05 a 10 UFPBHs.

A empresa apelante aduz que a aplicação de penalidade em grau superior ao mínimo legal deve estar devidamente fundamentada. No entanto, compulsando os autos, em especial os documentos de f. 211/237, fica claro que a pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 5 UFPBHs.

Os autos de f. 239/246 consubstanciam a multa em 113,179 Ufirs, valor que corresponde às 5 UFPBHs, conforme o índice de transição previsto no art 2º, § 1º, da Lei Municipal 7.010/1995.

Quanto aos autos de infração de f. 248/327, estes apresentam multa no valor de 450 Ufirs, ainda consubstanciando-se o mínimo legal para a aplicação das multas, conforme as alterações trazidas pela Lei Municipal 7.276/1997 (nova tabela anexa).

Os autos de infração de f. 329/341 tampouco trazem a multa fora do mínimo, seja nos autos que aplicam Ufirs, seja naqueles nos quais já existe a conversão feita para a moeda corrente, Real, sempre em respeito às normas vigentes à época de sua lavratura, especialmente as alterações da Lei Municipal 7.276/97, ou considerando o índice de conversão do art. 14 da Lei Municipal 8.147/2001.

Assim, parece-me claro que, em momento algum, fora aplicada multa superior ao mínimo legal. A irrisignação da empresa não tem motivo de existir, ao menos nesse tocante, visto que a Prefeitura de Belo Horizonte sempre aplicou a multa em seu índice mínimo, derubando por terra os argumentos trazidos pela Construtora Colonial Ltda.

b) Múltiplas penalidades decorrentes de uma mesma infração.

A empresa recorrente ainda alega que todas as multas advieram da "mesma infração", descumprimento da exigência de limpeza do imóvel, visto que, desde o descumprimento do primeiro auto de infração, não

houve nova infração, mas tão-somente manutenção daquela situação ao longo de todos os 5 anos.

*Data venia*, não vislumbro o alegado *bis in idem*.

É que a cada autuação a Administração Pública concedia um prazo para a regularização da situação geradora da penalidade (vide § 1º do art. 42 da Lei Municipal 2.698/78). O autuado, apelante, no entanto, quedava-se inerte, descumprindo o prazo de regularização.

Decorrido o mencionado prazo, havia nova fiscalização, na qual se constatava subsistência da irregularidade, quando era lavrado novo auto de infração. A atuação da Administração Municipal é legítima.

Observe-se que a presunção é de que o autuado cumpra a determinação legal de manter limpo seu imóvel, ainda mais quando, já autuado uma vez, descumpra a norma novamente, quando fica inerte e deixa de promover a regularização da sua situação faltosa. Daí em diante, a nova fiscalização pode constatar nova infração ao mesmo dispositivo de lei.

Caso fosse de acolher a tese despendida no recurso, a proprietária do imóvel irregular seria autuada e penalizada uma única vez, e daí em diante poderia manter-se na ilegalidade, como se tivesse uma “carta branca”, ficando a regularização da situação faltosa dependendo da boa vontade do infrator, em flagrante afronta à *ratio legis* da Lei de Limpeza Urbana e em prejuízo de toda a coletividade, que ficaria obrigada a conviver com um imóvel sujo e malcuidado.

Enfim, o administrado que não ajusta seu imóvel à legislação de limpeza urbana dentro do prazo concedido pela Administração Pública pode ser novamente multado, sem que isso caracterize *bis in idem*.

Mais uma vez, não há razão à primeira apelante.

c) Decadência ou prescrição do direito de cobrança dos créditos naturais de multa administrativa.

Como se observa, a cobrança formalizada pelas CDAs resulta do Poder de Polícia da Administração, consubstanciando valores referentes à aplicação de multas pelo descumprimento reiterado da Lei de Limpeza Urbana, Lei Municipal 2.968/78.

Assim sendo, as disposições consubstanciadas no Código Tributário não se aplicam ao caso concreto. Insta salientar que não devem os diversos créditos fazendários ser confundidos. O caso em comento traz crédito advindo de multa por descumprimento de lei administrativa, que não pode ser inserido na seara dos créditos de natureza tributária, por simplesmente não possuírem tal natureza jurídica. A multa administrativa não decorre da obrigação compulsória, ou mesmo da condição de contribuinte, esse débito advém da fiscalização estatal, nas atribuições concedidas pelo Poder Público de Polícia.

A multa também pode ser inscrita em dívida ativa e cobrada por meio de execução, como dispõe a Lei de Execução Fiscal:

Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que

estatuí normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Nem por isso, porém, o prazo prescricional é superior a 5 anos. Não se aplica, *in casu*, o art. 205 do Código Civil, que prevê o prazo prescricional geral de 10 anos, c/c o art. 2.028.

Os argumentos consignados na apelação caem por terra. Ocorre que não tem aplicação à hipótese dos autos a prescrição constante do Código Civil, porque a relação de direito material que deu origem ao crédito em cobrança possui natureza eminentemente de Direito Público (multa administrativa), em que o Estado deve ter seu débito regido conforme as normas especiais.

A legislação civil deve ser utilizada subsidiariamente, pelo que a questão atinente a créditos fazendários não tributários possui legislação específica e aplicável; no caso em tela, é aplicável o Decreto nº 20.910/32.

A lei específica, que dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública, estabelece:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra dos mesmos.

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida por uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Processo civil e administrativo. Cobrança de multa pelo Estado. Prescrição. Código Civil e/ou Decreto 20.910/32.

1. A relação jurídica que deu origem ao crédito cobrado por execução fiscal, embora não sendo tributária, é de índole administrativa.

2. Prescrição que não está disciplinada no CTN nem no Código Civil, mas no Decreto 20.910/32.

3. Recurso especial improvido (REsp 280.229/RJ - Rel.ª Ministra Eliana Calmon - 2º T. - j. em 16.04.2002 - DJ de 27.05.2002, p. 153).

Dessa forma, o crédito fazendário, seja de natureza tributária, seja de natureza administrativa, prescreve em 5 anos, contados da data do ato ou fato de que se originou.

No caso concreto, o Julgador aplicou o prazo quinquenal, o que culminou no prosseguimento da execução apenas quanto às CDAs de f. 66 e seguintes da inicial. Observe-se que não há que se falar em decadência dos créditos, mas sim em prescrição. O que importa, entretanto, é que o prazo é o mesmo e os efeitos aqui reconhecidos tampouco se alteram, uma vez que a execução deve prosseguir conforme decidido pelo Julgador primevo.

Diante do exposto, acolho a preliminar para não conhecer do terceiro recurso e nego provimento aos dois apelos, mantendo a decisão primeva, pelos fundamentos acima expostos.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Peço vista dos autos para melhor exame.

*Súmula* - ACOLHERAM PRELIMINAR. NO MÉRITO, PEDIU VISTA O REVISOR. A RELATORA NEGAVA PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

#### Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO (Presidente) - O julgamento deste feito, após acolherem preliminar, foi adiado na sessão do dia 20.05.2008, a pedido do Revisor, depois de votar a Relatora negando provimento às apelações. Com a palavra, o Des. Armando Freire.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Tendo reexaminado os autos com pedido de vista na sessão anterior, concluo no mesmo sentido do voto da eminente Relatora, pondo-me de acordo com S. Ex.<sup>o</sup> para, no tocante ao mérito, negar provimento a ambas as apelações.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

*Súmula* - ACOLHERAM PRELIMINAR E NÃO CONHECERAM DO 3º RECURSO. NEGARAM PROVIMENTO AO 1º E AO 2º RECURSOS.

...





## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### Licitação - Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Prefeito - Procedimento administrativo - Valoração da prova - Dolo não demonstrado - Bem público - Ausência de prejuízo - Princípio da moralidade - Absolvção

Ementa: Licitação. Dispensa. Contrato de prestação de serviços firmado por prefeito municipal. Delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Dolo não provado. Patrimônio público. Prejuízo não caracterizado. Apelo desprovido.

- Não age com dolo o prefeito que realiza contratação de serviços de terceiros, dispensando o certame licitatório, quando há parecer favorável da Procuradoria do Município e efetivo procedimento administrativo para formalizar tal dispensa, ainda que de maneira errônea.

- O fato de o patrimônio municipal não sofrer dano é contrário à pretensão acusatória de punir penalmente o agente público com base na prática do delito capitulado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0694.01.002270-5/001 - Comarca de Três Pontas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Paulo Roberto Nogueira - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2008. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença que julgou improcedente a denúncia oferecida contra Paulo Roberto Nogueira, absolvendo-o da imputação da prática do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

As razões recursais das partes e a manifestação da il. Procuradoria-Geral de Justiça foram explanadas, sumariamente, no relatório de fls.

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

O apelante sustenta que o apelado, na condição de Prefeito do Município de Três Pontas, pactuou com terceiros dois contratos de prestação de serviços, sem que fosse realizada licitação ou justificativa da desnecessidade desse procedimento, resultando certo que tal conduta do apelado configurou o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93, a determinar a sua responsabilização na forma preconizada nesse texto legal. Afirma, mais, que o próprio apelado, no seu interrogatório, confirmou que dispensou o procedimento licitatório à referida contratação, bem como noticiou que se fez a justificativa a tal dispensa, restando extraviada a documentação correspondente. Nesse sentido, alega que a prova testemunhal não demonstrou a efetivação da aludida dispensa de licitação. Aduz, ainda, que essa prática do acusado gerou prejuízos ao erário do Município de Três Pontas, em face do pagamento de altas somas ao prestador de serviços. Assim, entende que restou comprovada a execução do ilícito penal delineado no mencionado art. 89 da Lei nº 8.666/93, cuja caracterização exige apenas a vontade livre e consciente do agente em não observar as formalidades legais à feitura da licitação ou da sua dispensa, ou seja, exige apenas o dolo genérico, circunstâncias estas, a seu ver, que impõem a procedência da acusação.

Após proceder a criteriosa análise da vasta documentação inserta nos autos deste processado, bem como ao exame da prova testemunhal de f. 1.072/1.073 e 1.087/1.088, concluo que não se pode divergir do raciocínio esgrimido pelo Magistrado singular no que tange à falta de provas de que a conduta do apelado, espelhada na contratação dos serviços de terceiros, quando alcaide do Município de Três Pontas, tenha incidido no tipo penal inscrito no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Vejamos.

Embora seja acertada a arguição do apelante de que o crime consubstanciado no referenciado texto legal se caracteriza pelo dolo genérico, para a responsabilização penal do agente, é imperiosa a prova inequívoca da sua ciência sobre a ilicitude do seu ato em prejuízo da Administração Pública. É a lição de Diógenes Gasparini, *verbatim*:

O elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente posta a impedir, perturbar ou fraudar ato de procedimento licitatório. O autor há de ter a consciência da ilicitude da sua conduta (*Crimes na licitação*. 2. ed., Ed. NDJ, p. 126).

Essa opinião é compartilhada por Paulo José da Costa Júnior, *verbis*:

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade consciente e livre de admitir, possibilitar ou dar causas a qualquer modifi-

cação contratual ou vantagem em favor do adjudicatário. Evidentemente, para que o delito possa aperfeiçoar-se, no campo subjetivo, deverá o agente público estar consciente da ilegalidade do que está praticando, em detrimento do erário público e em favor do particular. Ou melhor, deverá ter consciência de que está agindo desprovido de qualquer autorização legal (*Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 39).

No caso *sub examine*, não foi demonstrado o dolo do apelante em contratar serviços advocatícios com a firma “MF Assessores Jurídicos Ltda.”, sem que fosse observado o certame licitatório, uma vez que solicitou parecer jurídico à Procuradoria do Município de Três Pontas sobre a necessidade de licitação com o fim de efetivar a aludida pactuação, para o qual recebeu resposta negativa. É o que se extrai do depoimento de f. 1.073 da testemunha Osvaldo Olivoto Ardisson, que era, à época dos fatos, assessor jurídico lotado no supra-indicado órgão municipal. Assim, não se pode imputar ao apelante a plena consciência da eventual ilicitude da referida contratação, ou seja, tem-se por afastada a presença do dolo na espécie vertente.

Nesse aspecto, tenho que o apelado demonstrou o fato de ter sido realizado o procedimento de inexigibilidade da licitação à contratação dos serviços de terceiros, segundo dispõe o documento de f. 514, como também as declarações das testemunhas Antônio José Cabral (f. 1.072/1.073) e Geraldo Gabriel de Azevedo (f. 1.087/1.088). Essas provas, ao contrário do afirmado pelo apelante, são aptas a demonstrar a submissão do apelado às exigências da Lei nº 8.666/93 sobre a situação focalizada, resultando certo que possíveis erros ou falhas em efetivar-se o aludido procedimento não têm o condão de configurar o ilícito penal apontado na denúncia, conforme a brilhante observação do Julgador monocrático vertida na sua sentença (f. 1.246). Dessarte, considero que essa prova infirma o hipotético dolo do apelado.

Por fim, necessário salientar que o pagamento à empresa MF Assessores Jurídicos Ltda. pelo erário do Município de Três Pontas, em face da aludida contratação, não pode, *a priori*, ser considerado como prejuízo do referido ente público, porquanto os serviços foram realizados e geraram ganhos ao mesmo, consoante emerge do documento de f. 525/536. Essa circunstância contraria a pretensão punitiva do apelante, pois não houve lesão ao patrimônio da Municipalidade de Três Pontas, logo, não foi arranhada a *ratio legis* da Lei nº 8.666/93, o que derrui a ilicitude de natureza penal do ato praticado pelo apelado.

A propósito, é a jurisprudência emanada do colendo STJ, v.g.:

Processo penal. Rejeição da denúncia. Dispensa de licitação (art. 89, Lei 8.666/93).

O tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo

proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só punível quando produz resultado danoso.

É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente às formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.

O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.

Prática de padronização de mobiliário ou de equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime (Ap. nº 261/PB - Corte Especial - Relatora: Ministra Eliana Calmon - DJU de 05.12.2005).

Por conseguinte, infere-se que não restou comprovado o dolo do apelante na situação sob foco, como também da mencionada pessoa de direito público interno ter sofrido algum prejuízo, circunstâncias estas que determinam a confirmação da sentença fustigada nesta seara recursal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação em epígrafe.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Roubo qualificado pelo resultado - Lesão corporal grave - Incapacidade física - Deformidade permanente - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Regime fechado - Assistência judiciária - Atestado de pobreza - Ausência - Inadmissibilidade**

Ementa: Apelação. Roubo seguido de lesões corporais graves. Confissão espontânea. Circunstância atenuante. Reconhecimento. Obrigatoriedade. Decote do § 3º do art. 157 do CPB. Impossibilidade. Custas processuais. Isenção. Não-cabimento. Inteligência do art. 10, inciso II, da Lei 14.939/03.

- Constatado que a confissão do réu serviu de elemento de prova para a formação do juízo condenatório, deve ser reconhecida, na segunda fase de aplicação da pena, a atenuante prevista no art. 65, III, d, do CPB.

- Constando nos autos provas da lesão corporal grave como meio para a prática do delito de roubo, deve o agente responder pelo delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do CPB.

- Não sendo o réu beneficiário representado pela defensoria pública e não tendo comprovado insuficiência de recursos, não há como conceder a isenção das custas processuais, em observância ao disposto no art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.00.003142-4/001 -  
Comarca de Ipatinga - Apelante: Libiane Ricardo de  
Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas  
Gerais - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2008. - *Vieira de Brito* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Denilson Gonçalves Cardoso e Libiane Ricardo de Souza foram denunciados como incurso nas penas do art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia (f. 02/05) que, no dia 25 de março de 1996, por volta das 14h10min, o acusado solicitou da vítima Carlos Henrique Vargas uma viagem de carro propondo pagar R\$ 50,00 (cinquenta reais), tendo a proposta sido aceita.

Segundo a exordial, o acusado foi conduzido pela vítima no veículo do pai desta última, Valter Vargas, qual seja, um fusca cinza, placa QM-5768, e os mesmos seguiram até o centro da cidade de Ipatinga/MG, local em que o acusado Denilson os aguardava com uma mochila contendo um videocassete, que seria levado até a cidade de Governador Valadares/MG. Contudo, no meio do percurso, foi solicitado à vítima que parasse próximo ao terreno da Cenibra, uma área de mata, sob o argumento de que naquelas imediações morava um amigo.

A peça de acusação afirma que, após todos saírem do veículo, a vítima foi atingida na cabeça com um golpe violento de porrete e, caindo ao solo, continuou a ser agredida até desmaiar. Em seguida, o ofendido foi amarrado pelos pés e mãos e arrastado por um trecho, recobrando a consciência, mas voltou a ser violentamente agredido com porretadas desferidas especialmente na cabeça pelo acusado Libiane, sob incentivo do acusado Denilson, até desmaiar novamente. Assim, a vítima foi atada numa árvore, vindo a recobrar os sentidos apenas dois dias depois, e, arrastando-se até a estrada, foi socorrida e conduzida ao hospital, tendo as agressões sofridas lhe causado incapacidade para as

ocupações habituais por mais de trinta dias, além de três cirurgias plásticas de enxerto na orelha e perda parcial da audição do ouvido esquerdo.

Consta, ainda, na inicial, que os réus se apossaram do veículo da vítima e retornaram à cidade de Ipatinga/MG, informando ao genitor do ofendido que este, juntamente com os mesmos, teria sido abordado por um terceiro chamado "Edu de Tal", o qual teria levado a vítima e o carro. Mas o veículo foi recuperado pela Polícia no Bairro Santa Cruz, na cidade de João Monlevade/MG, tomando conhecimento de que o mesmo estava na posse do réu Libiane.

O feito foi desmembrado com relação ao acusado Denilson Gonçalves Cardoso, conforme se depreende às f. 132/133.

O Magistrado singular julgou a denúncia procedente (f. 226/235), condenando o réu Libiane Ricardo de Souza pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do CPB, fixando a pena no patamar de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa.

Irresignado, o réu interpõe recurso (f. 237), pleiteando em suas razões (f. 244/246) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea com a redução da pena ao mínimo legal, assim como a desconsideração da gravidade das lesões diante da ausência de laudo conclusivo e, conseqüentemente, o decote da qualificadora prevista no § 3º do art. 157 do CPB e a concessão da justiça gratuita.

Contra-razões apresentadas às f. 250/253, em que pugna o Ministério Público pelo improvido do apelo.

Instada a manifestar-se, pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer elaborado pelo Dr. José Alberto Sartório de Souza, pela manutenção da r. sentença vergastada (f. 259/262).

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Não foram suscitadas preliminares, nem vislumbro qualquer irregularidade processual que possa ser apontada de ofício, motivo por que passo ao exame do mérito.

O ora apelante não questiona a autoria e a materialidade do delito, pugnando inicialmente pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Com efeito, o Magistrado singular deixou de reconhecer a atenuante em questão sob o argumento de ter sido a mesma parcial. Contudo, o acusado confessou a prática do delito em ambas as fases da persecução penal (f.10/10-v. e 114), apenas destoando do caderno probatório quanto à ausência de participação do co-réu Denilson.

Ressalte-se que a confissão do réu foi mencionada na decisão primeva como fundamento da condenação, motivo pelo qual deve ser reconhecida na aplicação da pena.

Lado outro, pugna o recorrente pelo decote da qualificadora prevista no art. 157, § 3º, do CPB, argumentando que não há provas conclusivas nos autos acerca da gravidade do delito, bem como da existência de traumas psicológicos.

Tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque, após se compulsar detidamente os autos, verifica-se que as lesões provocadas na vítima foram constatadas em três oportunidades, conforme laudos de f. 57, 101 e 105. Nestes se depreende que o acusado teve perda parcial da audição do ouvido esquerdo, bem como incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

Diante do exposto, para analisar a lesão corporal sofrida pela vítima, faz-se necessário observar a redação do § 1º do art. 129 do Código Penal Brasileiro, cujo *nomen iuris* é "lesão corporal de natureza grave":

Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 1º Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; [...].

No caso em apreço, os peritos, ao responderem os quesitos oficiais, afirmam que a lesão corporal praticada contra a vítima resultou nas conseqüências previstas nos incisos I e III, senão vejamos:

1º) Da ofensa, objeto do exame de corpo de delito anterior, resultou ao paciente incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias? Resposta: Sim.

2º) Dessa ofensa, resultou perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; ou deformidade permanente? (Resposta especificada). Resposta: Sim, perda parcial da audição do ouvido esquerdo, necessita parecer médico especializado para graduar a perda (f. 105).

Assim, ainda que a graduação da perda da audição da vítima necessite de parecer médico especializado, não há dúvidas de que houve a debilidade permanente de uma função.

Ainda que não se considerasse o disposto no inciso III do §1º do art. 129 do CPB, a incapacidade para as ocupações habituais por lapso superior a trinta dias, por si só, já caracterizaria a lesão como grave, diante do disposto no inciso I do referido artigo.

Considerando-se que a lesão corporal é o meio utilizado para a prática do delito de roubo, não há falar em dois delitos distintos, mas apenas em roubo qualificado pela lesão, previsto exatamente no § 3º do art. 157 do CPB, motivo pelo qual não há falar em decote.

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

Considerando o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea nesta instância revisora, e diante do reconhecimento pelo Juiz singular da agravante da reincidência, compenso-as por entender não existir no caso em apreço qualquer preponderância de uma sobre a outra.

Não existindo outras circunstâncias capazes de alterar a pena, fica a mesma fixada definitivamente no patamar de 10 (dez) anos de reclusão em regime fechado e o pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Por fim, pleiteia a concessão da gratuidade judiciária, nos termos da Lei 1.060/50.

Analisando o disposto no art. 24, inciso IV, da Carta Maior, afere-se que a competência legislativa é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, quando a matéria for relativa às custas de serviços forenses, senão vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: IV - custas dos serviços forenses.

Tratando-se, pois, de competência concorrente, em existindo legislação estadual específica sobre tal matéria - Lei Estadual nº 14.939/03 -, penso que esse regramento deve prevalecer, em detrimento de Lei Federal (Lei 1.060/50). Isso, porque, enquanto a União edita as regras gerais, compete aos Estados e ao Distrito Federal, dentro de suas limitações legiferantes, editarem regras específicas - suplementares.

Pois bem, na hipótese versada nos autos, vislumbra-se que o réu se encontra assistido por advogado constituído, nomeado em interrogatório, como se depreende da f. 114, o qual ofereceu defesa prévia, (f.116/117), bem como alegações finais (f. 224/225) e o apelo em comento (f. 237 e 244/246).

Não consta nos autos qualquer prova acerca da insuficiência de recursos do réu, motivo pelo qual entendo ser incabível *in casu* a concessão de justiça gratuita.

À luz de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, passando a reprimenda para 10 (dez) anos de reclusão em regime fechado e o pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

**Tribunal do Júri - Homicídio qualificado privilegiado - Violenta emoção - Fixação da pena - Diminuição - Critério subjetivo - Circunstâncias judiciais - Tentativa - *Iter criminis* - *Aberratio ictus* - Concurso formal - Regime semi-aberto - Possibilidade**

Ementa: Tribunal do Júri. Causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, do CP e 14 do CP. Dois crimes. Duas penas-base. Fixação de uma no mínimo e de outra acima do mínimo. Incoerência. Inexistência. *Aberratio ictus* com unidade complexa. Aplicação da figura do concurso formal. Pena privativa de sete anos de reclusão. Regime prisional fechado. Não-cabimento. Ausência de justificativa para fixação de regime mais rigoroso. Recurso parcialmente provido.

- O § 1º do art. 121 do Código Penal apresenta causa especial de diminuição de pena para cuja aplicação o juiz não dispõe de aspectos objetivos, mas puramente subjetivos da própria causa, tais como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e até mesmo o resultado da votação da própria causa.

- O percurso do *iter criminis* é que deve ser adotado como critério para se optar por uma redução maior ou menor em razão da tentativa.

- Não há qualquer incoerência no fato de a pena-base de um crime ser fixada no mínimo legal e a de outro o ser acima do mínimo, ainda que praticados ao mesmo tempo os delitos, se as circunstâncias judiciais apresentarem alguma diferença.

- Na *aberratio ictus* com unidade complexa, aplica-se a regra do concurso formal.

- Se a pena é de sete anos de reclusão, o regime prisional deve ser o semi-aberto, se inexistem justificativas a recomendar ou autorizar a fixação de regime mais gravoso.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0708.03.003711-1/001 - Comarca de Várzea da Palma - Apelante: Denes Fernando Cerqueira dos Santos - 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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas,

à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008. - José Antonino Baía Borges - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Antônio da Costa Rolim.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Denes Fernando Cerqueira dos Santos, contra a r. sentença de f. 371/376, que o condenou, como incurso nas sanções do art. 121, §§ 1º e 2º, IV, c/c art. 14, II, e do art. 121, § 3º, c/c o art. 65, III, c, na forma do art. 73, todos do Código Penal, à pena de 7 anos de reclusão.

O réu interpôs recurso de apelação, alegando que o MM. Juiz, ao aplicar a pena com relação à vítima Márcio Francisco Barbosa, não aplicou com correção as causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, e 14, parágrafo único, ambos do CP, e que, com referência ao ofendido Sandoval Ramos Martins, a pena-base foi fixada em montante muito elevado, sem justificativa, mesmo porque a outra pena-base foi fixada no mínimo, sendo idênticas as circunstâncias judiciais. Diz, mais, que a aplicação da regra dos arts. 73 e 70 lhe foi maléfica, sendo de se individualizar a pena de cada crime, com os respectivos regimes prisionais e com a aplicação de pena substitutiva com relação ao crime culposo. Por fim, pede a aplicação do regime prisional aberto (f. 396/399).

Em contra-razões, o Ministério Público pediu a confirmação da sentença (f. 402/413).

A d. Procuradoria opinou pelo provimento parcial ao recurso, apenas para que seja fixado o regime prisional semi-aberto (f. 414/417).

Conheço do recurso.

I - Primeiramente, examino a alegação do apelante de que o MM. Juiz, ao aplicar a pena com relação à vítima Márcio Francisco Barbosa, não aplicou com correção às causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, e 14, parágrafo único, ambos do CP.

Sustenta o recorrente que, segundo o § 1º do art. 121 do CP, a pena deve ser reduzida de 1/3 a 2/3, sendo que, ao reduzi-la em 1/4, sem justificativa, fez o Magistrado uso de fração de redução ao arpejo da lei.

Como registra Mirabete, citando julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,

o § 1º do art. 121 do CP representa causa especial de diminuição de pena para o qual o juiz não dispõe de aspectos objetivos, mas puramente subjetivos da própria causa, sendo vedada apreciação do mérito da decisão dos jurados; para proceder à obrigatória redução, resta-lhe apoio em outros elementos, passíveis de exame subjetivo,

como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e até mesmo o resultado da votação da própria causa (cf. *Código Penal interpretado*. Atlas, 2000, p. 650).

Ora, no caso dos autos, a vítima encontrava-se trabalhando como segurança do estabelecimento, e o apelante foi àquela casa para se divertir, em estado de embriaguez, tendo assassinado a vítima porque ela, como segurança, tentou expulsá-lo do local, em razão de sua conduta inconveniente.

Diante dessas circunstâncias, não poderia mesmo o Magistrado aplicar a redução máxima prevista para a hipótese.

Quanto à adoção do fator de redução mínima prevista no art. 14, II, do CP, isso se deve ao fato de todo o *iter criminis* ter sido percorrido, sendo certo que é o percurso desse *iter criminis* que deve ser adotado como critério para se optar por uma redução maior ou menor em razão da tentativa.

Por força disso, sem razão o apelante nesse ponto.

II - Passo ao exame da alegação de que, com referência ao ofendido Sandoval Ramos Martins, a pena-base foi fixada em montante muito elevado, sem justificativa, mesmo porque a outra pena-base foi fixada no mínimo, sendo idênticas as circunstâncias judiciais.

Sem razão o recorrente, porque a fixação da pena-base acima do mínimo está justificada na r. sentença (f. 374/375), uma vez que dali consta que o assassinato da vítima Sandoval decorreu de desentendimento do recorrente com a outra vítima, o que se deu de madrugada, após ter o apelante ingerido bebida alcoólica, com tudo resultando na morte de uma pessoa que não tinha qualquer relação com a briga do recorrente com o outro ofendido.

A par disso, é de se considerar que a imprudência do apelante, como sustentado pelo Dr. Procurador de Justiça (f. 416), foi de intensidade extrema, consistente no disparo da arma de fogo em direção a uma boate que se encontrava lotada.

Cabe destacar, enfim, que a pena pelo cometimento do assassinato do ofendido Sandoval ficou ao final concretizada em apenas 1 ano e 6 meses de detenção.

Por fim, o fato de a pena-base, com relação a outra vítima, ter sido fixada no mínimo, enquanto aquela fixada com referência ao ofendido Sandoval não o foi, não constitui qualquer contradição, pois as circunstâncias de um e de outro delito guardam diferenças, como aqui visto.

III - Passo à análise da alegação do recorrente de que a aplicação da regra dos arts. 73 e 70 lhe foi maléfica, sendo de se individualizar a pena de cada crime, com os respectivos regimes prisionais e com a aplicação de pena substitutiva com relação ao crime culposo.

Como se vê dos autos, o apelante foi condenado porque desferiu, de inopino e por motivo fútil, cinco disparos de arma de fogo contra a vítima Márcio Francisco

Barbosa, vindo a atingir também, por erro de execução, o ofendido Sandoval Ramos Martins.

Trata-se, assim, de um caso de *aberratio ictus* com unidade complexa, porque também atingida a pessoa visada.

Ora, como salientado pelo eminente Des. Sérgio Braga, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0024.96.012905-4/001,

extrai-se da doutrina que o que justifica a existência e a punição da *aberratio ictus* com unidade complexa, segundo as regras dos arts. 73 e 70, ambos do CP, é exatamente o fato de que o autor atuou com um único desígnio, qual seja de eliminar a vítima fatal dos autos, acabando por atingir a segunda vítima por erro ou excesso na execução - vítima que o autor nem sequer conhecia nem mesmo percebeu presente nas proximidades -, não se admitindo que desejasse também sua morte. Se, ao contrário, o autor estivesse possuído de desígnios autônomos - de matar a vítima fatal e matar a segunda pessoa, que nem conhecia, repito -, não haveria *aberratio ictus*, e a hipótese seria mesmo de concurso de crimes. Se com uma única ação, concurso formal; se com mais de uma, concurso material, mas sempre penas cumuladas, se houvesse desígnio autônomo (julgamento: 26.10.2004; publicação: 4.11.2004).

Nesse sentido, ainda:

Desconsideração da vítima real - STF: Hipótese em que se atingiu não só a pessoa visada como também terceiro, por erro de execução. Regência da espécie pela disciplina do concurso formal (RT 598/420).

E também:

Aplicação da regra do concurso formal - STF: Na *aberratio ictus*, sendo atingida a pessoa visada e também uma outra, involuntariamente, por erro de execução, o desígnio criminoso é um só. De acordo com o art. 51, § 12 (art. 70 vigente), do CP, de 1940, aplica-se, pois, na espécie, uma só pena, a do crime mais grave, com acréscimo de 1/6 até metade (RT 598/420).

E mais:

Se o agente fere a pessoa diversa e mata aquela realmente visada, consideram-se existentes dois delitos: um, de lesão corporal em relação à primeira, e outro, de homicídio doloso em relação à segunda, devendo ser aplicada, no caso, a regra do art. 70 do CP, por se tratar de concurso formal de delitos, consoante preceitua a última parte do art. 73 do mesmo Diploma Penal (RT 696/378).

Vale destacar, por fim, que, no caso em exame, a pena mais grave foi aumentada pela fração mínima prevista no art. 70, parágrafo único, do CP, não ficando a pena, ao final, superior ao que ficaria se simplesmente somadas as penas, na forma do art. 69 também do CP.

Assim, nenhum reparo há a fazer quanto ao ponto.

IV - Passo ao exame do pedido de alteração do regime prisional.

Nesse ponto, a razão está com o apelante, porque o montante da pena permite a fixação do regime semi-aberto para o seu cumprimento (CP, art. 33, § 2º, b), tendo a r. sentença fixado o regime fechado, sem justificativa para tanto, *data venia*, mesmo porque elas não se fazem presentes, já que se trata de réu primário, de bons antecedentes, com as circunstâncias judiciais, em linhas gerais, a ele favoráveis.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

Custas, na forma da lei.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Peço vista dos autos.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Antônio da Costa Rolim.

DES. HERCULANO RODRIGUES - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10.04.08, a meu pedido, após votar o Relator dando parcial provimento.

Meu voto é o seguinte.

Pedi vista destes autos a fim de reexaminar a questão posta no recurso aviado pelo acusado, em razão de dúvidas que me assaltaram na sessão de julgamento e que agora pude esclarecer.

A hipótese retratada na apelação é de *aberratio ictus* plurilesiva: o acusado, Denes Fernando Cerqueira dos Santos, armado com um revólver, desfechou tiros contra Márcio Francisco Barbosa, ferindo-o, mas atingiu também, por erro na execução, a pessoa de Sandoval Ramos Martins, que veio a falecer em consequência das lesões sofridas.

Ora, se não foi agitada a tese de desígnios autônomos em relação aos ofendidos, os quesitos de defesa, sejam aqueles relativos ao elemento subjetivo (desclassificação), à existência de excludentes ou causas de diminuição de pena, haveriam de figurar apenas no questionário relativo à pessoa visada. Em relação à vítima alvejada por erro na execução, afastada a hipótese de dolo eventual, independentemente do resultado verificado (lesões ou morte), não havia que se falar em dolo, legítima defesa, privilégio ou mesmo em qualificadoras.

Como assinala Hermínio Alberto Marques Porto,

se a defesa aceitar, em conformidade com a classificação oficial, o resultado, em relação à segunda pessoa, como mediatamente conexado com a conduta do réu contra a primeira pessoa, então não poderá, pena de incoerência, pretender, por exemplo, tenha o réu, em relação à segunda pessoa, agido por culpa, bem como não poderá, em outro exemplo, pretender a legítima defesa em relação à segunda pessoa (*Júri - procedimentos e aspectos do julgamento - questionários*. 11. ed., Saraiva, p. 228).

Portanto, negados os quesitos defensivos da primeira série, que questionava sobre as lesões corporais sofridas pela pessoa visada, e afirmados os quesitos iniciais da segunda série, acerca dos ferimentos letais na terceira pessoa, o réu haveria de responder por um único homicídio doloso consumado (e não tentado), com um aumento de pena de um sexto até metade (arts. 73 e 70 do Código Penal).

As qualificadoras, agravantes e causas de diminuição reconhecidas em relação à pessoa visada, uma vez afirmada a série da *aberratio ictus* (com tipo de quantidade penal mais expressiva do que a do tipo definido na primeira série), seriam transferidas para esta última figura.

Não foi isso, entretanto, o que aconteceu na espécie. A votação da segunda série do questionário prosseguiu, indevidamente, para alcançar tese de homicídio culposo contra a vítima atingida por erro.

Perplexo, concluiu o MM. Juiz-Presidente, equivocadamente, que o réu fora condenado por uma tentativa (dolosa) de homicídio, em relação à pessoa visada, e por homicídio culposo em relação ao terceiro, vítima fatal alvejada acidentalmente.

Fixou em seis anos de reclusão a pena para o crime de homicídio tentado e em um ano e seis meses de detenção a pena para o delito de homicídio culposo (consumado), aplicando, ao final, a pena mais grave, aumentada de 1/6, concretizando a reprimenda em sete anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Como se vê, foi o réu indevidamente favorecido no julgamento e na sentença, recebendo uma sanção bem aquém daquela a que estaria sujeito se observadas as regras da *aberratio ictus* plurilesiva.

O recurso, todavia, é exclusivo da defesa, pelo que já não pode ser reparado o grave erro verificado.

Não obstante, busca o acusado uma pena ainda menor.

Não vejo como atender à pretensão.

Abstraido o equívoco apontado - que resultou, como já dito, numa reprimenda mais benéfica para o réu -, as demais operações da dosimetria da pena não estão a merecer reparo.

As atenuantes não possuem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo.

Quanto à tese da violenta emoção, reconhecida pelo número mínimo de votos (4x3), é de se observar que o acusado já havia deixado o local do crime (uma boate), onde tivera um desentendimento inicial com a vítima. Decidiu, porém, voltar, desta vez armado com um revólver calibre 38, ocasião em que tiveram lugar os acontecimentos descritos na denúncia.

Portanto, se os jurados, diante de uma situação que afastaria o reconhecimento do privilégio, admitiram, por maioria, a violenta emoção "logo após" injusta provocação da vítima, ao MM. Juiz-Presidente cumpria promover a redução mínima permitida em lei.

Por outro lado, aproximando-se o réu da consumação do homicídio em relação à pessoa visada, mostrou-se adequada a diminuição mínima, de 1/3.

Quanto à incidência do concurso formal, decorre do preceito contido no art. 73 do Código Penal.

Não merece redução, portanto, a pena aplicada.

Acompanho o eminente Relator, por fim, no tocante ao regime prisional.

Ausente recurso da acusação e fixada a pena em patamar inferior a oito anos, tidas como favoráveis na sentença as circunstâncias judiciais, o regime adequado é o semi-aberto.

Nesses termos, também dou parcial provimento ao recurso para alterar para semi-aberto o regime prisional.

Expeça-se o competente mandado de prisão.

DES. HYPARCO IMMESI - De acordo com o Relator.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL. MANDADO DE PRISÃO.

...

**Falso testemunho - Crime formal - Autoria -  
Materialidade - Valoração da prova -  
Condenação - Suspensão de direitos políticos -  
Ministério Público - Recurso - Tempestividade**

Ementa: Apelações criminais. Tempestividade do apelo ministerial. Falso testemunho. Conjunto probatório suficiente à condenação. Crime formal. Penas adequadas. Suspensão dos direitos políticos.

- A apresentação das razões recursais de forma extemporânea constitui mera irregularidade processual.

- Induidosas materialidade e autoria do crime de falso testemunho, faz-se mister manter a condenação.

- Tratando-se de crime formal, prescinde-se da demonstração do resultado naturalístico para sua consumação.

- Considerando as circunstâncias judiciais analisadas na sentença primeva, as penas restaram fixadas em patamares adequados, sendo suficientes para a reprovação e prevenção de novos delitos.

- A suspensão dos direitos políticos do réu decorre de expressa previsão legal, não sendo afetada pela substituição da pena.

Preliminar rejeitada e apelação da defesa desprovida.

Apelação ministerial parcialmente provida.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0456.03.019597-2/001 -  
Comarca de Oliveira - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Deni Ananias dos Santos -  
Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Deni Ananias dos Santos - Relator: DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2008. - Edival José de Moraes - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS - Por denúncia recebida em 05.08.2003 (f. 47), iniciou-se processo contra Deni Ananias dos Santos, como incurso nas sanções do art. 342, *caput*, do CP, pois, no dia 19.12.2003, no interior da sala de audiências do Juizado Especial da Comarca de Oliveira, MG, ao prestar declarações como testemunha em processo cível, teria falseado e negado a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A sentença recorrida (f. 117/121) julgou procedente a denúncia para condenar o acusado nas sanções do art. 342, *caput*, do CPB, às penas definitivas de um ano de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 10 dias-multa, fixado o dia no mínimo legal, operada a substituição da pena carcerária por multa no valor de 30 dias-multa, também fixado o valor do dia no mínimo legal.

Inconformados, apelaram o Ministério Público e Deni Ananias dos Santos.

Pretende o Ministério Público (razões às f. 135/144) a majoração das penas-base, a alteração da multa substitutiva para outra pena restritiva de direitos e a suspensão dos direitos políticos do apelado.

Já a defesa (razões às f. 156/164) requer a absolvição por insuficiência de provas e por ausência de prejuízo à administração da Justiça.

Contra-razões da defesa às f. 166/168, suscitando preliminar de não-conhecimento do recurso acusatório por intempestividade na apresentação das razões recursais.

Contra-razões ministeriais às f. 170/175.

Tendo em vista as teses lançadas e para maior coerência do voto, inverte a ordem de julgamento dos recursos.



Recurso da defesa - Deni Ananias dos Santos.

O recurso deve ser conhecido, uma vez que atende a seus pressupostos de admissão.

Preliminar de não-conhecimento do apelo ministerial

Sem razão a defesa do apelante quando propugna, em sede de contra-razões recursais (f. 166/168), pelo não-conhecimento do apelo ministerial em razão de sua extemporaneidade.

O recurso foi manifestado de forma tempestiva, visto que intimado pessoalmente o representante do *Parquet* em 05.04.2006 (f. 128) e interposto o recurso em 10.04.2006 (f. 129), o que demonstra com clareza a tempestividade do apelo apresentado.

Ademais, interposto o recurso no prazo legal, a apresentação das razões de forma extemporânea constitui mera irregularidade processual.

Com essas considerações, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

Cinge-se o apelo defensivo em requerer a absolvição do acusado por insuficiência probatória e por inexistência de prejuízo à administração da Justiça.

Analisei detidamente as razões apresentadas pelo acusado, comparando-as com a r. sentença hostilizada e com as provas colacionadas aos autos, e não há como prosperar o pleito defensivo.

Primeiramente, em relação ao pedido de absolvição por ausência de prejuízo à administração da Justiça, tenho que razão não assiste ao apelante.

É que o crime de falso testemunho (art. 342 do CP), inserto no Título XI do Código Penal, referente aos "Crimes Contra a Administração Pública", é classificado pela doutrina como crime formal, ou seja, prescinde da existência de resultado naturalístico para sua consumação.

Assim, o simples ato de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial já configura o crime descrito no art. 342 do CPB, o que afasta o pleito absolutório formulado pela defesa.

Noutro giro, requer o apelante a sua absolvição por insuficiência de provas.

Também no que concerne a esse pedido, não há razão que assista ao apelante, visto que o conjunto probatório autoriza, sem sombra de dúvidas, a manutenção do decreto condenatório.

A materialidade delitiva é atestada pelos documentos acostados às f. 08/12, referentes ao processo cível no qual o acusado prestou o depoimento falso como testemunha, sem prejuízo da prova oral colhida.

A autoria também é estreme de dúvidas, ressaltando do acervo probatório que o recorrente agiu com dolo, visando beneficiar parte em processo cível.

Pelo documento juntado à f. 10, verifica-se que o acusado prestou declaração falsa em ação de indenização que tramitava na esfera cível, objetivando favorecer a pessoa de Walquir Rocha Avelar Júnior.

Na oportunidade, o apelante, procurando afastar a responsabilidade de seu colega, informou que Walquir não adentrou o banheiro no qual havia uma briga entre a namorada deste e outras mulheres:

[...] quando foi em direção ao banheiro masculino, que fica ao lado do banheiro feminino, percebeu que havia uma discussão no banheiro feminino e não havia segurança ali por perto, pelo que o depoente ali adentrou e separou uma briga entre Jaqueline e Daniella [...] que o requerido não adentrou o banheiro, mas apenas pegou Daniella na porta desse banheiro e foram embora [...] (f. 10).

Constata-se que essa afirmação do apelante no processo cível se refere a fato juridicamente relevante, pois busca afastar a possibilidade de Walquir ter agredido as mulheres no banheiro, o que extirparia por completo a responsabilidade dele.

A falsidade no depoimento do recorrente é percebida quando este é analisado em conjunto com as demais declarações colhidas no processo indenizatório cível (acostadas às f. 08/10 e 11/12 destes autos), tanto que o Magistrado que atuou naquele feito percebeu a falsidade e remeteu os autos para manifestação do Ministério Público.

Como se não bastasse, as testemunhas Elisângela Maria de Barros e Domingos Sávio Bicalho, ouvidas sob o crivo do contraditório, demonstram a prática do crime de falso testemunho pelo apelante:

[...] pode afirmar, sem medo de errar, que o réu não esteve presente no dia dos fatos, no momento em que aconteceu; tem certeza de que ele não interferiu em nada do que aconteceu dentro do banheiro feminino do Chaparral [...] O único homem que entrou no banheiro feminino foi Walquir, que agrediu a depoente e sua amiga [...] (Elisângela - f. 77).

[...] Recorda-se do depoimento do réu, que foi o único, entre todos os outros, a dizer que Walquir Rocha não havia entrado no banheiro feminino no dia dos fatos; ao que sabe o réu nem participou dos fatos, suas clientes, vítimas e autoras nos dois processos, não se recordam de ter visto Deni no momento dos fatos (Domingos - f. 78).

Assim, a prova é cristalina a amparar a condenação imposta pelo Magistrado primevo.

As penas foram corretamente fixadas na sentença, com obediência ao critério trifásico de fixação (arts. 59 e 68 do CP), razão pela qual não comporta qualquer reificação.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso defensivo.

Apelação apresentada pelo Ministério Público.

O recurso deve ser conhecido, uma vez que atende a seus pressupostos de admissão.

Pretende o Ministério Público (razões às f. 135/144) a majoração das penas-base, a alteração da multa substitutiva para outra pena restritiva de direitos e a suspensão dos direitos políticos do apelado.

Primeiramente, no que toca ao pedido de majoração das penas-base, tenho que não pode prosperar.

O Magistrado sentenciante, na etapa da fixação das penas (arts. 59 e 68 do CP), considerou em sua ampla maioria favoráveis as circunstâncias judiciais do acusado, tanto que fixou a pena-base no mínimo legal.

Realmente, pela análise do caso em comento, não há como tecer maiores considerações sobre as circunstâncias do art. 59 do CP, visto que o acusado agiu com a culpabilidade inerente ao tipo penal, possui bons antecedentes, não há maiores dados quanto à personalidade ou conduta social, motivos e circunstâncias são próprios do tipo, não houve maiores conseqüências e não há que se falar em comportamento da vítima.

Portanto, a análise detida das circunstâncias judiciais demonstra que as penas-base restaram fixadas em patamares justos, sendo suficientes para a reprovação e a prevenção da prática de novos crimes, razão pela qual não devem ser retificadas.

Lado outro, concernente ao pedido de alteração da multa substitutiva para outra pena restritiva de direitos, também não há razão que assista ao Órgão Acusatório.

É que entendo a pena de multa fixada na sentença hostilizada como necessária e suficiente à reprovação e prevenção de novos delitos, visto que se trata de acusado primário e de bons antecedentes, sendo que o simples fato de ter sido condenado na esfera criminal será suficiente para conscientizá-lo da gravidade de sua conduta.

Ademais, o art. 44 do Código Penal permite, no caso de condenação à pena privativa igual a um ano, a substituição por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

Noutro giro, assiste razão ao *Parquet* ao protestar pela suspensão dos direitos políticos do condenado, não impedindo a realização da medida o fato de a pena privativa ter sido substituída.

O art. 15, inciso III, da Constituição da República de 1988 dispõe ser a sentença condenatória transitada em julgado o requisito essencial para a suspensão dos direitos em questão, sem fazer qualquer menção à natureza da pena imposta.

Mesmo que se trate de fato isolado na vida do réu, tem referida mácula, enquanto permanecerem seus efeitos, forte consideração para fins do exercício da função eletiva, prestigiando as normas legais a seleção daqueles candidatos que melhor atendam aos interesses públicos.

Dessa maneira, compreende-se que a causa principal da medida, a razão ontológica da suspensão, é o juízo de culpabilidade lançado contra o acusado, e não a forma de cumprimento da pena.

A privação decorre do comportamento ilícito do agente, que se afasta da dignidade exigível de todo e qualquer cidadão, e por isso deve ser privado temporariamente de seus direitos.

Referido entendimento é destacado na doutrina constitucional, asseverando-se:

O disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo 'condenação criminal transitada em julgado', não distingue quanto ao tipo de infração cometida, abrangendo não só aqueles decorrentes da prática de crimes dolosos ou culposos, mas também decorrentes de contravenção penal, independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade. [...] A suspensão dos direitos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional e ainda nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inc. III, da Constituição Federal. Em relação ao período de prova do *sursis*, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 246).

São várias as decisões judiciais nesse sentido, mencionando-se a condenação como bastante para determinar a constrição omitida em primeira instância:

Cumpra apenas registrar que a sanção decorrerá de qualquer condenação criminal, cuide-se de pena de reclusão, de pena de detenção, de pena pecuniária ou daquelas previstas no art. 43 do CP, que substituem as privativas de liberdade. E decorrerá qualquer que seja o crime: doloso ou culposo. Igualmente, convém deixar aclarado que a concessão do benefício do *sursis* não tem o condão de afastar a incidência da suspensão dos direitos políticos, como iterativamente vem decidindo o c. STE, visto que referido valor legal se limita a atingir, nos exatos limites do que dispõe o art. 77 do CP, exclusivamente a pena privativa de liberdade (TRE-SP - Repr. Proc. nº 10.028, classe 7ª - Acórdão 126.963 - Rel. Des. Souza José - Bol. IBCCrim 75/328).

Com esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso ministerial para declarar a suspensão dos direitos políticos do acusado, devendo a comunicação à Justiça Eleitoral ser realizada em primeira instância, pelo Juízo de origem.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar erigida pela defesa, nego provimento ao apelo defensivo e dou parcial provimento ao apelo ministerial.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER PINTO DA ROCHA e RENATO MARTINS JACOB.

**Súmula** - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL.

...

## Delito de trânsito - Homicídio culposo - Imprudência - Caracterização - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Homicídio culposo. Imprudência caracterizada. Absolvição. Impossibilidade. Recurso desprovido.

- Se as provas dos autos demonstram que o autor do crime de homicídio culposo agiu com imprudência, à medida que trafegava na contramão direcional e com faróis altos, vindo a colidir com outro veículo que vinha no sentido contrário, ocasionando o acidente que culminou com a morte da vítima, impossível falar em absolvição.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.02.021421-2/001 -  
Comarca de Juiz de Fora - Apelante: José Valério  
Nogueira - Apelado: Ministério Público do Estado de  
Minas Gerais - 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, 17 de junho de 2008. - Sérgio Resende - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO RESENDE - Trata-se de apelação interposta por José Valério Nogueira contra a r. sentença que o condenou, como incurso nas sanções do art. 302 do CTB, às penas de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção e suspensão de sua habilitação pelo período de 06 (meses), sendo fixado o regime aberto para o cumprimento da pena corporal, que foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Inconformada com o édito condenatório, a defesa apelou, requerendo a absolvição, por ausência de provas de sua culpa, uma vez que foi o veículo da vítima que transitava na outra mão de direção e com o farol alto, o que fez com que o acusado ficasse com a sua visão ofuscada, ocorrendo o acidente.

Em contra-razões, manifestou-se o *Parquet* de primeira instância pelo desprovimento do apelo (f. 200/203).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela manutenção da r. decisão de primeiro grau na íntegra (f. 207/212).

É, em síntese, o relatório.

Conhece-se do recurso, por ser próprio, regular e tempestivo.

Requer a defesa a absolvição, por ausência de provas. Aduz que o veículo que trafegava em sentido oposto estava com o farol alto, cegando o apelante por alguns momentos, ocorrendo o acidente, não esperado nem previsível.

Segundo narra a denúncia, no dia 20 de abril de 2002, o denunciado, na condução de veículo automotor, na altura do km 61, na zona rural da cidade de Coronel Pacheco, imprudentemente, colidiu o seu veículo com a lateral direita do veículo de propriedade da vítima Adimilson dos Santos Cipriano, uma vez que vinha na contramão direcional e de faróis altos.

Em decorrência do acidente, a vítima Adimilson dos Santos Cipriano, passageiro do veículo, atingido pelo denunciado, que estava no banco traseiro do veículo, atrás do motorista, veio a falecer na hora.

No tocante à materialidade, esta restou evidenciada nos autos pelo laudo pericial (f. 51/66) e pelo laudo de necropsia (f. 48/50).

A autoria é estreme de dúvidas diante das declarações testemunhais dos autos.

A questão cinge-se ao fato de ter agido ou não com imprudência quando na direção do veículo, dando causa ao acidente, aduzindo a defesa que ocorreu o contrário do constatado.

As provas dos autos são claras, uníssonas e não deixam dúvida sobre a imprudência e a culpabilidade do ora recorrente.

O laudo pericial esclarece que o acidente ocorreu por culpa do apelante, *in verbis*:

Após analisar os vestígios colhidos no local, a 1ª signatária do presente laudo pericial é de parecer que o condutor do V. 2 (Ford/Furglaïne) tenha dado causa ao acidente em epígrafe, ao adentrar a pista na mão direcional de V. 1 (carro da vítima).

Consoante lição doutrinária de Damásio E. de Jesus, apoiando-se no escólio de Hans Welzel, criador da "teoria finalista da ação":

Quando se diz que a culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica 'a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente'. A inobservância do cuidado necessário objetivo é elemento do tipo (Culpa e delitos da circulação. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 38).

Dessa forma, impossível acolher o pleito absolutório sustentado pela aguerrida defesa.

Com essas considerações, nega-se provimento ao apelo.

Custas, ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Delito de trânsito - Homicídio culposo - Excesso de velocidade - Imprudência - Dever de cuidado objetivo - Inobservância - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Víctima - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade**

Ementa: Apelação criminal. Delito de trânsito. Homicídio culposo. Inobservância do dever de cuidado. Imprudência caracterizada. Condenação mantida.

- Comete homicídio culposo o motorista que conduz pessoa no "estribo" do caminhão, acarretando a sua queda, pois o evento, decorrente da falta do devido cuidado objetivo a todos imposto, era inteiramente previsível.

- Ainda que a vítima tenha contribuído para o evento, a culpa concorrente da vítima não elide a do motorista, já que em direito penal não há compensação de culpas.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.03.025899-5/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Elias Martins Idelfonso - 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, 20 de maio de 2008. - Paulo César Dias - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Elias Martins Idelfonso, dando-o como incurso nas sanções do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, porque, no dia 7 de maio de 2003, por volta de 0h10min, na Rua Antônio Frederico Ozanam, na Comarca de Ponte Nova, o acusado, na

direção do seu caminhão, atropelou e matou culposamente José Carlos de Almeida.

Após regular instrução, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente a denúncia para condenar o réu, nos termos da denúncia, impondo-lhe a pena de dois anos de detenção, em regime aberto, cumulada com a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por dois meses. A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, recorreu o réu, pugnando, em suas razões de f. 102/106, por sua absolvição, alegando que a culpa foi exclusiva da vítima, que se pendurou no estribo do caminhão sem o conhecimento do apelante. Aduz não existir prova de que o apelante estivesse alcoolizado ou que tenha imprimido alta velocidade ao veículo, uma vez que não foi feito exame para constatação da embriaguez e, quanto à velocidade, ela foi apenas referida por testemunhas.

Contra-arrazoado o recurso (f. 107/111), subiram os autos, e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de f. 115/119, opina pelo seu desprovimento.

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

Segundo descreve a denúncia, no dia dos fatos, o denunciado, em estado de embriaguez, arrancou imprudente e bruscamente o seu veículo, enquanto a vítima se encontrava dependurada na porta do "caroneiro", imprimindo alta velocidade ao caminhão. Em virtude da velocidade, a vítima desequilibrou-se e caiu debaixo do caminhão, sendo atropelada e esmagada abaixo da cintura.

A materialidade não está sendo contestada, já que comprovada pelo auto de exumação de f. 40/41. Quanto à autoria, o apelante nega ter visto a vítima dependurada no estribo do caminhão. À f. 65 declarou que:

[...] no dia dos fatos, por volta de 0h10min, transitava em seu caminhão pela Av. Frederico Ozanam, ocasião em que foi solicitado por um amigo de nome Ernesto, para ajudá-lo com o veículo dele (Ernesto); que o interrogado estacionou seu caminhão e foi socorrer o seu amigo Ernesto que lhe pediu que empurrasse o seu veículo Fusca, para ver se o mesmo pegava no 'tranco'; que o interrogado, após empurrar o veículo e ter o mesmo 'pegado', retornou ao seu caminhão, momento em que percebeu que a porta do mesmo estava aberta, oportunidade em que o interrogado viu um indivíduo de cor clara descendo da boleia de seu caminhão; que, ao entrar no caminhão, o interrogado percebeu que seu revólver calibre 38, que estava dentro da cabine, tinha sido roubado, possivelmente pelo rapaz que tinha saído da boleia de seu caminhão; diante do fato, o interrogado de imediato ligou seu caminhão e saiu para dar uma volta no quarteirão com intuito de ver se achava o autor do furto de seu revólver; que, passados alguns minutos, o interrogado voltou ao mesmo local em que estava, não conseguindo achar o autor do furto de seu revólver, quando tomou conhecimento através de policiais de que tinha atro-

pelado um rapaz; que o interrogando esclarece que não estava embriagado e que quando saiu com o seu caminhão não viu ninguém pendurado na porta do caroneiro; que o interrogando deseja esclarecer que não socorreu a vítima porque não viu a mesma e que não se evadiu do local.

A alegação do réu de que não viu a vítima subir no estribo e ali ficar dependurada efetivamente não se sustenta diante do quadro probatório que ora se apresenta.

Conforme restou comprovado nos autos e assim relataram as testemunhas Eduardo Januário da Silva (f. 29) e Ernesto Delazzari Filho (f. 36), no dia dos fatos, o apelante e a vítima, juntamente com Ernesto, consumiam bebida alcoólica em um bar. Consta que, em dado momento, Ernesto solicitou ajuda ao condutor do caminhão e a José Carlos para empurrarem o seu veículo a fim de que este funcionasse, saindo do local e lá permanecendo o réu e a vítima. A testemunha Eduardo declarou que, em seguida, o apelante saiu embriagado e conduzindo o caminhão em alta velocidade.

Segundo declarou a testemunha José Maria da Silva Anacleto, no momento que o caminhão se pôs em movimento, viu a vítima posicionada do lado do carona, dependurada no estribo do veículo, segurando no espelho retrovisor. Acrescentou ainda referida testemunha que o acusado se encontrava dirigindo seu caminhão em alta velocidade, a qual não era compatível com o local onde trafegava.

Como se vê, a prova colacionada nos autos lança por terra as declarações do acusado de que não viu a vítima, pois a posição que ela ocupava no caminhão era de completa visibilidade para o motorista.

Ademais, consoante assinalado pela douta Procuradoria de Justiça:

Segundo Ernesto, apelante e vítima bebiam juntos, o ajudaram a fazer o carro pegar no tranco e continuaram juntos nas proximidades da rodoviária velha depois de sua partida. A versão de que a vítima subiu no estribo do caminhão sem o conhecimento do apelante e estava fora do seu campo de visão não faz sentido e não é crível. Eles estavam juntos naquela noite, beberam umas cervejas na companhia do Ernesto e saíram sob efeito do álcool. Sabe-se lá o motivo, mas a vítima resolveu andar dependurada no estribo do caminhão dirigido pelo apelante, fato presenciado pela testemunha José Maria da Silva Anacleto, cujo depoimento desautoriza a palavra do réu quando diz que não viu a vítima [...].

Consoante a lição de Heleno Cláudio Fragoso, a tipicidade do crime culposo não está na causação do resultado, mas num comportamento proibido pela norma. Assim, sobre a estrutura do crime culposo, ensina que: como em tais crimes não há vontade dirigida no sentido do resultado antijurídico (embora exista vontade dirigida a outros fins, em geral lícitos), a ação delituosa que a norma proíbe é a que se realiza com negligência,

imprudência ou imperícia, ou seja, violando um dever objetivo de cuidado, atenção ou diligência, geralmente imposto na vida de relação, para evitar dano a interesses e bens alheios e que conduz, assim, ao resultado que configura o delito (*Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed., p. 271).

Vale aqui lembrar também os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

[...] não basta que a conduta seja violadora do dever de cuidado e cause o resultado, mas que, além disto, deve haver uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do resultado, isto é, que a violação do dever de cuidado deve ser determinante do resultado. [...] Para estabelecer essa relação de determinação do dever de cuidado e a produção do resultado, deve-se recorrer a uma hipótese mental: devemos imaginar a conduta cuidadosa no caso concreto e, se o resultado não tivesse sobrevindo, haverá uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e o resultado; ao contrário, se, ainda neste caso, o resultado tivesse ocorrido, não haverá relação de determinação entre a violação do cuidado devido e o resultado. O fundamento legal para exigir a relação de determinação em nosso direito é encontrado no art. 18, II ('por imprudência, negligência ou imperícia'), o que resulta que para nossa lei não basta que o resultado se tenha produzido, mas contrariamente requer-se ainda que tenha sido causado em razão da violação do dever de cuidado. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 489).

Ao conduzir o caminhão com uma pessoa no estribo e imprimir ao veículo velocidade incompatível com a segurança, não há dúvida de que o apelante agiu sem o devido cuidado, de forma imprudente, sendo o evento inteiramente previsível.

Logo, vindo a vítima a falecer em razão da queda sofrida, não há dúvida sobre a responsabilidade do acusado pelas conseqüências penais do ilícito ocorrido.

Ressalte-se, outrossim, que é irrelevante a alegação do apelante no sentido de que não há prova de sua embriaguez, uma vez que sua condenação não resultou do fato de estar embriagado, sendo certo, inclusive, que a embriaguez ao volante é crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/97.

Igualmente, a ausência do exame pericial do disco do tacógrafo para apurar a exata velocidade do veículo restou suprida pela prova testemunhal, que permite concluir, com segurança, que o acusado desenvolvia velocidade excessiva, incompatível com a segurança local, no momento do evento.

Finalmente, mesmo admitindo a contribuição da vítima para o acidente, tal fato não exime o apelante de sua responsabilidade, já que o Direito Penal não admite compensação de culpas. Somente a culpa exclusiva da

vítima retiraria a culpabilidade do acusado, o que, como visto, não ocorreu.

Nesse sentido, ensina César Roberto Bitencourt:

Eventual culpa da vítima não exclui a do agente; elas não se compensam. As culpas recíprocas do ofensor e do ofendido não se extinguem. A teoria da equivalência dos antecedentes causais, adotada pelo nosso Código Penal, não autoriza outro entendimento (*Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 231.)

A jurisprudência também é tranqüila:

Homicídio culposo - Acidente de trânsito - Compensação de culpa - Inadmissibilidade. - Em acidente de trânsito onde se verifica a morte da vítima, por culpa concorrente de ambos os motoristas, deve ser proferido decreto condenatório, pois não é permitida em nosso sistema penal a compensação de culpas. (TAMG - Ap. Crim. nº 2.0000.00.383411-5/000(1) - Rel.º Juíza Sidney Alves Affonso - Data da publicação: 1º.03.2003.)

Delito de trânsito - Homicídio culposo - Responsabilidade do réu - Amplo conjunto probatório - Culpa concorrente da vítima - Absolvição - Inadmissibilidade - Condenação mantida - Redução do prazo de suspensão da carteira de habilitação - Proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. - A inobservância do cuidado objetivo no trânsito, quando exteriorizada através de uma conduta imprudente, imperita ou negligente, devidamente comprovada nos autos, autoriza o decreto condenatório, para se evitarem impunidades. No Direito Penal, não existe compensação de culpas, se o agente agiu com um mínimo de culpa sequer, deve ser punido pelo seu crime. Tratando-se do crime previsto no art. 302 da Lei 9.503/97, a fixação do prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo deve ser diretamente proporcional à infração cometida quando não houver justificativa para a imposição de prazo maior. Recurso parcialmente provido. (TAMG - Ap. Crim. nº 2.0000.00.494750-6/000(1) - Rel.º Juíza Maria Celeste Porto - Data da publicação: 24.09.2005.)

Assim, verifica-se que o comportamento do sentenciado se subsume aos elementos que integram o tipo penal previsto no art. 302 do CNT, e, uma vez demonstrada a sua culpa, é incabível a absolvição.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a r. decisão recorrida.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Roubo - Condenação - Laudo pericial - Dependência toxicológica - Semi-imputabilidade - Caracterização - Fixação da pena - Diminuição da pena - Critério**

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Incapacidade parcial de determinar-se de acordo com o entendimento da ilicitude do fato. Critério de redução da pena. Intensidade do mal mental. Alteração do *quantum*. Possibilidade.

- Comprovada por exame de corpo de delito de dependência toxicológica a incapacidade parcial de determinar-se de acordo com o entendimento da ilicitude do fato, o critério de redução das penas deve estar em consonância com o grau do mal mental. Provimento ao recurso que se impõe.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0352.06.029530-5/001 - Comarca de Januária - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Leandro Nascimento Souza - Co-réu: Edemir Santos Silva - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2008. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Irresignado com a sentença de f. 123/126, que condenou Leandro Nascimento Souza nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 26, parágrafo único, ambos do Código Penal, às penas de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 04 (quatro) dias-multa, em regime aberto, interpõe o apelante o presente recurso.

Nas razões de f. 130/133, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença no tocante à aplicação da minorante da semi-imputabilidade, questionando o *quantum* reduzido.

Segundo narra a denúncia, na data dos fatos, Leandro Nascimento Souza, agindo em comunhão de vontades e unidade de desígnios com o outro denuncia-

do, através de graves ameaças, subtraiu das vítimas um aparelho celular, marca Nokia, modelo 6101, e a quantia de três reais.

A materialidade restou comprovada pelo laudo de avaliação indireta do produto do furto, de f. 30.

A autoria é inconteste, mormente pelas confissões dos acusados na fase policial e pelo auto de reconhecimento de f. 21.

Quanto ao pedido de reforma da sentença no tocante à aplicação do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, observa-se que a pretensão ministerial merece acolhida.

Necessário trazer à baila a resposta ao quesito 4 formulado pelo Ministério Público no exame de corpo de delito de dependência toxicológica de f. 67/68:

4) Em razão de dependência química de substância entorpecente, o examinado é parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito de suas ações ou de se determinar de acordo com esse entendimento?

R: Tem tolhida parcialmente apenas a sua capacidade de determinação.

Comprovado, portanto, que o apelado não era inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o entendimento da ilicitude do fato, restou correta a aplicação do parágrafo único do art. 26 do Código Penal. Contudo, esse artigo estabelece a possibilidade de redução de um a dois terços, devendo ser utilizado o critério de redução em consonância com o grau do mal mental.

Nesse sentido a jurisprudência:

Conforme melhor jurisprudência, o critério de redução deve ser aplicado de acordo com a intensidade do mal mental do sujeito (RT 599/312).

Considerando-se, assim, que foi constatado que o recorrido tinha tolhida apenas a capacidade de determinação, e de forma parcial, a diminuição da pena deve ser aplicada no patamar mínimo, ou seja, em 1/3 (um terço), restando as penas concretizadas em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e 08 (oito) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, restando alterada a sentença nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## **Crime contra o estado de filiação - Registro de filho alheio - Sentença - Fundamentação sucinta - Ausência de nulidade - Reconhecida nobreza - Crime privilegiado - Perdão judicial - Concessão**

Ementa: Registro indevido de filho de outrem. Art. 242, parágrafo único, do CP. Hipótese de concessão do perdão judicial. Nobreza da motivação. Reconhecimento. Preliminar rejeitada. Apelo provido.

- Não há falar em nulidade, em se tratando de decisão com fundamentação sucinta.

- Não obstante a prova da autoria e da materialidade do delito previsto no art. 242 do CP, comprovando-se que a acusada agiu imbuída de reconhecida nobreza, impõe-se a desclassificação do delito para a figura privilegiada, concedendo-lhe o perdão judicial.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0687.05.037487-9/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Hedda Maria de Araújo - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WALTER PINTO DA ROCHA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de maio de 2008. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. WALTER PINTO DA ROCHA - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Hedda Maria de Araújo contra a sentença condenatória de f. 189/198, a qual julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando-a na prática do delito do art. 242 do CP, fixando as penas definitivas de dois anos de reclusão, regime aberto. Nos termos do art. 44, incisos I a III, do CP, concedeu à acusada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária no valor de um salário mínimo a entidade pública com destinação social, a ser definida pelo juízo da execução, e na prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dois anos, à razão de uma hora por dia de condenação, em local a ser determinado também pelo juízo da execução, facultando à condenada cumpri-la em prazo menor,

nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade. Absolveu a acusada Hedda Maria de Araújo das sanções do art. 132 c/c o art. 133, ambos do CP.

Narra a denúncia que a acusada Hedda Maria de Araújo, no dia 16.06.89, em horário não apurado, no Cartório de Registro Civil - Cartório Mendonça -, situado no Município de Timóteo, a denunciada registrou B.A.B. como sua filha, mesmo sabendo que a criança, nascida em 02.06.89, era filha biológica de outrem. Consta que a denunciada recebeu a criança da mãe biológica, C.R.B., logo após seu nascimento no Hospital Siderúrgica, em Coronel Fabriciano, e providenciou seu registro, apresentando-se como sua mãe. Tal fato tornou-se conhecido no mês de junho de 2003, por ocasião das denúncias de abandono e exposição a perigo por parte da denunciada contra a menor, que, à época, estava com quatorze anos, sendo, por isso, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Relata que, não bastasse o abandono, a saúde física e mental da menor também foi exposta a perigo, sendo submetida a constantes agressões físicas e morais, espancada, xingada, além de ter sido impedida de conviver com outros adolescentes. Nesse contexto, foi denunciada nas sanções dos arts. 242, 132 e 133, todos do CP.

Em suas razões de recurso de f. 202/213, alega a apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença por não ter o Juiz se manifestado quanto à tese da defesa em relação ao pedido de perdão judicial, apresentado em alegações finais. Quanto ao mérito, argumenta a necessária concessão do benefício do perdão judicial, restando provado que o registro da menor pela apelante foi realizado por motivo de nobreza e humanidade, afirmando a irmã da mãe biológica de B., T.M.R., que a mãe não tinha condições psicológicas, nem econômicas para cuidar da filha e que B. teria ganhado um prêmio ao ser adotada. Discorre acerca da aplicação do perdão, uma vez que o bebê estava sendo abandonado, sendo registrada pela acusada como sua filha, movida somente pelos sentimentos de bondade e de nobreza. Ultrapassada tal questão, contando atualmente com 65 anos de idade, primária, boa conduta social e bons antecedentes, requer a aplicação do *sursis*. Pede o provimento do recurso.

Contra-razões apresentadas pelo órgão acusador às f. 214/217, pelo desprovimento do apelo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 220/229, pelo acolhimento da preliminar de anulação da sentença, a fim de ser analisada a possibilidade de concessão do perdão judicial e, no mérito, pela aplicação do perdão judicial à apelante.

Preliminar.

Em suas razões de recurso de f.121/132, alega a apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença por não ter o Juiz se manifestado quanto à tese defensiva de concessão do perdão judicial.

Verifica-se à f. 192 fundamento do douto Julgador *a quo* para afastar o privilégio contido no parágrafo único do art. 242 do CP, constando:

Lado outro, apesar dos esforços do combativo defensor, não coaduno com a aplicação do parágrafo único do art. 242 do Código Penal. Não há nos autos prova suficiente a demonstrar a aplicação da citada figura privilegiada. Ou seja, não fora comprovada se a razão que levou a agente a assim agir foi nitidamente elevada ou superior, reconhecendo-se, assim, a nobreza de sua conduta.

A sentença restou bem fundamentada, enfrentando a tese defensiva, não havendo se falar em ausência de análise de tese defensiva.

O mero inconformismo da acusada não possui o condão de gerar vício eventualmente condizente à declaração de nulidade da decisão, que, diversamente do alegado, foi sucinta, mas fundamentada.

Nesse sentido a jurisprudência:

Concisão da fundamentação da sentença e da dosimetria da penalidade não equivale em falta de motivação, com razão de nulidade de decisão (TACrimSP - HC - Rel. Bourroul Pinheiro - JUTACrimSP 17/45).

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

Quanto ao mérito, razão assiste à recorrente.

A materialidade resta comprovada na portaria, f. 06; no boletim de ocorrência, f. 16/18; na certidão de f. 52 e 84 e nos demais elementos coligidos nos autos.

A autoria, da mesma forma, resta amplamente demonstrada, confessando a acusada judicialmente, f. 106, que o único erro cometido foi registrar B. como filha biológica sem que ela fosse.

Assim, materialidade e autoria restam amplamente comprovadas, não tendo sido objeto de insurgência recursal.

No entanto, tenho que a conduta da acusada, ainda que não seja lícita, melhor se enquadra na figura privilegiada do parágrafo único do art. 242 do Código Penal, pois se apresenta comprovado nos autos que a intenção da ré, ao perpetrar o delito, foi por motivo relevante, pois visou beneficiar a menor, existindo nos autos prova de que a mãe não quis a criança nem possuía condições para criá-la.

Consta à f. 146 declaração de próprio punho da irmã da mãe biológica, T.M.R., com firma reconhecida, constando que

C.R. nunca teve condições financeiras, psicológicas, nem morais, na época, de criar B. e a entregou para registro no próprio hospital.

Preceitua o art. 242 do CP:

Dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou



alterando direito inerente ao estado civil:  
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.  
Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 2(dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

*In casu*, não há qualquer indício de prova de que o registro da menor em nome da apelante tivesse por escopo a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil da criança, conforme preceitua o *caput* do art. 242 do CP, o que, entretanto, não afasta o cometimento da hipótese delitiva, sendo lícito ao Juiz, neste caso, deixar de aplicar a pena, comprovando-se que a acusada agiu imbuída de reconhecida nobreza, restando provado que a mãe não quis a criança e a abandonou.

A jurisprudência é ampla nesse sentido:

Parto suposto. Registro de filho alheio como próprio. [...] Sem o sentido de reprovabilidade da conduta, que caracteriza a culpa *lato sensu*, não merece punição o ato imputado a quem registra, como próprio, filho de pessoa em estado de penúria financeira e com seu consentimento. Seria constrangedor impor condenação a quem age com tal espírito de reconhecida nobreza. A concessão de perdão judicial como forma de extinção da punibilidade, abrangente dos efeitos primários e secundários da sentença, inclusive a não-inclusão de seu nome no rol dos culpados, atende ao princípio da proporcionalidade entre o desvalor da ação e as consequências jurídico-penais dessa ação (RT 613/334).

Não ocorrendo qualquer prejuízo ao recém-nascido, que estava abandonado, ao ser registrado pelos acusados como seu filho, movidos estes tão-somente pelos exclusivos sentimentos de bondade e de nobreza, não se configuram os delitos previstos nos arts. 242 e 299 do CP (RT 399/306).

Conclui-se que não há qualquer interesse escuso no registro de nascimento ora em comento, inexistindo provas nesse sentido nos autos, sendo que, ao contrário, teve o referido ato como principal motivação a generosidade e a solidariedade humana, devendo-se, portanto, conceder o perdão judicial em favor da apelada, nos termos do art. 242, parágrafo único, do CP.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso para desclassificar a conduta imposta para a figura privilegiada prevista no art. 242, parágrafo único, do CP, concedendo à acusada Hedda Maria de Carvalho o perdão judicial.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

## Estelionato - Apropriação indébita - Desclassificação do crime - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Fixação da pena - Critério trifásico - Nulidade não caracterizada

Ementa: Apropriação indébita majorada. Dar nova capitulação ao fato. Comprovação da prática do delito de estelionato. Posse ilícita da coisa alheia. Existência de *dolus ab initio*. *Emendatio libelli*. Art. 383 do Código de Processo Penal. Atenuante da confissão espontânea. Impossível reduzir a pena a quem do mínimo legal. Súmula nº 231 do STJ. Recurso parcialmente provido.

- Tendo em vista que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação, é possível dar nova capitulação ao fato, se restou comprovada a prática do delito de estelionato, e não de apropriação indébita majorada, em razão do instituto da *emendatio libelli*, determinado pelo art. 383 do Código de Processo Penal.

- Comete o crime de estelionato, e não apropriação indébita, o agente, funcionário da empresa, que se identifica como cobrador e solicita ao cliente que seja depositado, em sua conta particular, dinheiro devido àquela e não o repassa a quem de direito.

- O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não conduz à redução da pena a quem do mínimo legal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, fazendo-se a aplicação da Súmula nº 231 do STJ.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.04.122485-2/001 -  
Comarca de Contagem - Apelante: Carlos Antônio dos Santos Nunes - 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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - Pedro Vergara - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público, contra Carlos Antônio dos Santos Nunes, como incurso nas

sanções do art. 168 (apropriação indébita), § 1º (causa de aumento), inciso III (em razão de emprego), do Código Penal.

Narra a denúncia que o acusado, no final do ano de 2003, na Comarca de Contagem, apropriou-se de coisa alheia móvel, indevidamente, qual seja um numerário depositado em sua conta particular por um cliente, Raimundo Soares Carvalho, da empresa na qual trabalhava - Virtual Alimentos Ltda., bem como de mercadorias da empresa retromencionada, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

Consta da exordial que o acusado era “conferente e vendedor” da citada empresa vítima, e Raimundo Soares Carvalho, um cliente que, na última compra, fez o pagamento com cheque do Banco Credicoop, agência Pitangui, nº 000711, no valor de R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais), sem provisão de fundos (idem).

Em face de tanto, o acusado ligou para o citado cliente se apresentando como responsável pela cobrança da empresa e solicitou ao mesmo que efetuasse o pagamento em sua conta particular, o que foi providenciado pelo Sr. Raimundo Soares Carvalho, valor que nunca foi repassado à empresa vítima pelo acusado (idem).

Recebida a denúncia, foi o acusado regularmente citado, e não compareceu à audiência de interrogatório, razão pela qual decretou o douto Juízo *a quo* sua revelia, nos termos do art. 367 do Código de Processo Penal, nomeando-lhe a Defensoria Pública para patrocinar sua defesa, que apresentou as alegações preliminares de f. 59 (f. 48, 55/56, 57 e 58).

Durante a instrução, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram essas em diligência (f. 70, 87/88, 90 e 90-v.).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da denúncia, rogando a defesa a fixação da pena mínima e a substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos, com fulcro no art. 44 do Código Penal (f. 92/96 e 97/98).

Proferida a sentença, foi o acusado condenado nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, no regime aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária arbitrada no pagamento da importância apropriada (quatrocentos e cinquenta e dois reais) à vítima e prestação de serviços à comunidade (f. 99/101).

Inconformado com a decisão, recorreu o acusado, pretendendo a nulidade da sentença alegando supressão da segunda fase de dosimetria da pena ou que seja aplicada a atenuante da confissão espontânea no *quantum* mais favorável ao acusado, reduzindo a pena aquém do mínimo legal (f. 113/116).

Por sua vez, suplica o *Parquet* o improvimento, mantendo-se, na íntegra, o édito fustigado (f. 119/123).

Manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça, opinou essa pela desclassificação da conduta para o delito de estelionato (f. 127/133).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para a sua admissão.

II - Das preliminares - *Ab initio*, ainda que não tenha a defesa alegado em sede de preliminar, requereu a nulidade da sentença, impondo-se sua apreciação nessa fase.

Suscita a defesa nulidade do *r. decisum a quo*, por supressão da segunda fase de dosimetria da pena.

Todavia, tal não se depreende da *r. decisão* de f. 99/101 dos autos, porquanto, ainda que de forma sucinta, o douto Magistrado primevo mencionou serem favoráveis as balizas judiciais ao acusado e fixou sua pena-base no mínimo legal, impossibilitando a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, já que a atenuante não conduz a pena aquém do mínimo legal, e procedeu, na terceira fase de dosimetria, ao aumento mínimo de 1/3 (um terço) pela causa de aumento do art. 168, § 1º, inciso III, do CP, *in verbis*:

Considerando que lhe são favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínima cominada ao tipo, já subsumida a atenuante da confissão espontânea. Inexistem agravantes. Em razão da causa de aumento prevista no inciso III do § 1º do art. 168, acrescento um terço, concretizando a sanção em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, unicidade mínima, ausentes outros motivos autorizadores (f. 101).

Assim, depreende-se que o douto Magistrado primevo observou rigorosamente a regra do art. 68 do Código Penal, que estatui:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade da sentença, ainda mais em se considerando que a pena infligida ao acusado o foi no mínimo legal, não lhe acarretando nenhum prejuízo.

Equivocada se encontra a defesa ao alegar que a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea não conduziria a uma pena aquém do mínimo legal, em razão da majorante do art. 168, § 1º, inciso III, do CP.

Isso porque, conforme descrito acima, antes de proceder à diminuição ou aumento da pena pelas minorantes ou majorantes, impõe-se a apreciação das circunstâncias atenuantes e agravantes da pena na segunda fase de dosimetria, a teor dos arts. 59 e 68 do Código Penal, o que foi devidamente promovido pelo Juízo Sentenciante.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de apropriação indébita, na modalidade majorada, em razão de ofício, emprego ou profissão, consistindo a conduta típica em apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Resume-se assim a questão à possibilidade ou não de redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, aquém do mínimo legal.

Primeiramente, antes de adentrar o pedido defensivo, impõe-se apreciar o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto necessária se faz nova capitulação da conduta delituosa.

O acusado restou condenado nas sanções do crime de apropriação indébita majorada, previsto no art. 168, § 1º, do Código Penal, contudo entendo que a conduta se amolda a delito diverso.

Compulsando os autos, entendo plausível dar nova capitulação aos fatos em apreço, enquadrando-o no delito de estelionato, descrito no art. 171 do Código Penal, em razão da *emendatio libelli* autorizada pelo art. 383 do Código de Processo Penal, que estabelece que:

Art. 383 - O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

A materialidade delitiva se encontra suficientemente comprovada, principalmente, através dos documentos de f. 07/09 dos autos.

Lado outro, restou a autoria integralmente comprovada pela prova testemunhal produzida nos autos.

O caso em voga tem início com a devolução de cheque sem fundos da pessoa de Raimundo Soares de Carvalho pelas compras efetivadas no estabelecimento comercial denominado Virtual Alimentos Ltda.

Em face de tanto, o acusado, que trabalhava na citada empresa como conferente e vendedor, se identificou como responsável pela cobrança da empresa e solicitou à referida pessoa de Raimundo que depositasse a quantia do cheque devolvido, em sua conta pessoal, informando-lhes os dados para tanto.

Posteriormente, o acusado não repassou o valor à empresa vítima, apropriando-se do mesmo.

Todavia, o caso não é de apropriação indébita, já que o acusado não detinha a posse lícita da coisa alheia, conforme restará evidenciado a seguir.

O acusado nega o ilícito, afirmando na Depol que solicitou à pessoa de Raimundo Soares de Carvalho que depositasse em sua conta particular a quantia de R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais), a pedido do gerente da empresa de nome Virgílio, que negou, posteriormente, o recebimento da quantia mencionada (Carlos Antônio dos Santos Nunes, f. 11/12).

A testemunha Raimundo Soares de Carvalho e bem assim seu genro, Ricardo Nazareno Torres, confirmaram

que receberam a ligação do acusado solicitando o depósito da quantia referente ao cheque devolvido sem provisão de fundos, cumprindo tal requerimento, comprovado pelo comprovante de depósito anexado à f. 9 dos autos (f. 21/22, 36, 87 e 88).

Todavia, os fatos não se passaram como narrado pelo acusado, esclarecendo o gerente administrativo da empresa vítima, Virgílio Cardoso Alves, que "jamais autorizou e/ou solicitou a Carlos Antônio que emprestasse sua conta bancária pessoal, para recebimento de dívida da empresa, principalmente em relação ao fato específico" (f. 30).

No mesmo sentido, o gerente comercial do citado estabelecimento comercial, José Darci dos Santos, afirmou sob o crivo do contraditório que o acusado foi "incumbido de cobrar de Raimundo o valor do cheque para ser depositado na conta da empresa" (f. 70).

Assim, verifica-se que a posse do dinheiro pelo acusado não era legítima, afastando, portanto, a figura da apropriação indébita, que pressupõe posse ou detenção de coisa alheia móvel de forma lícita.

Nesse sentido, ensinam os renomados doutrinadores sobre o delito de apropriação indébita:

O pressuposto do crime de apropriação indébita é a anterior posse lícita da coisa alheia, da qual o agente se apropria indevidamente. A posse, que deve preexistir ao crime, deve ser exercida pelo agente em nome alheio, isto é, em nome de outrem (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 236.)

5 - Posse ou detenção: a coisa precisa ter sido dada ao agente para que dela usufruísse, tirando alguma vantagem e exercitando a posse direta, ou pode ter sido dada para que fosse utilizada em nome de quem a deu, ou seja, sob instruções ou ordens suas. A posse ou a detenção devem existir previamente ao crime e precisam ser legítimas (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 560.)

Outra elementar apta a diferenciar a conduta do acusado do delito de apropriação indébita é o dolo; nesse a malícia do agente surge com a posse da coisa, já no delito de estelionato a intenção criminosa é anterior à posse pelo agente.

Assim, fácil perceber que a conduta do acusado se amolda ao tipo do crime de estelionato, impondo-se nova capitulação da conduta para o art. 171 do Código Penal, que estabelece:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Amparando a tese:

O estelionato distingue-se da apropriação indébita pelo momento em que o dolo surge. Nesta, não há um dolo ab

*initio*, mas um dolo *subsequens*, sobrevindo a malícia do agente à posse ou detenção lícita da res; naquele a intenção criminosa é anterior à posse do agente (TACRSP, JTACRIM 76/237).

Sendo o acusado funcionário da empresa-vítima e não tendo disponibilidade sobre o cheque que fora nominal a um terceiro, dele jamais lograria se apoderar se não fosse o malicioso estratagema utilizado - apor seu nome após o do destinatário como se credor também fosse. Só por isso do numerário correspondente logrou se apoderar. E, por isso, quer parecer, faz tipicamente o ilícito do art. 171 e não o do art. 168 do CP (TACRSP, RT 702/343).

E mais, como o apelante se defendeu dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação a ele atribuída, possível a *emendatio libelli*.

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

Apropriação indébita - Existência de dolo anterior à conduta criminosa - Estelionato configurado - Desclassificação - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Possibilidade de aplicação na instância revisora - Recurso desprovido. - No processo criminal, o réu defende-se dos fatos articulados na inicial, e não da classificação nela sugerida, nada impedindo que nesta instância revisora seja pretendida e aplicada a *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. Se agiu o réu, desde o início da ação criminosa, com dolo, não há que se falar em apropriação indébita quando o agente, somente depois de obter a posse lícita da coisa, resolve dar-lhe destinação diversa, como se sua fosse. Pratica o crime de estelionato o indivíduo que obtém para si vantagem econômica ilícita em prejuízo alheio, induzindo alguém em erro, mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento (Apelação Criminal nº 1.0079.00.019693-5/001, Rel. Des. William Silvestrini, 4ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 13.02.2007.)

Por fim, registre-se a possibilidade de nova capitulação do delito pela *emendatio libelli*, em segunda instância, visto que, no caso em voga, importa em *reformatio in melius*, conduzindo à redução da pena, nos termos do art. 171 do Código Penal.

Este é o posicionamento doutrinário de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Cumpra observar, porém, que, embora possível, a *emendatio* em segundo grau sofre as mesmas limitações pertinentes aos efeitos devolutivos dos recursos, em geral. Vige aqui a regra da proibição da *reformatio in pejus*, ou reforma para pior, segundo a qual o julgamento do recurso não poderá ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 503.)

Assim, em razão da nova capitulação para o delito previsto no art. 171 do Código Penal, passo a fixar-lhe a pena da seguinte forma:

Na primeira fase: atendendo à culpabilidade normal do apelante, aos bons antecedentes, tendo em vista a inexistência de certidão cartorária nos autos, presumindo-os favoráveis, 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, desfavoráveis em face do prejuízo acarretado à empresa vítima, e, finalmente, ao comportamento da vítima, que não concorreu para o delito, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Na segunda fase: mantenho a atenuante da confissão espontânea reconhecida pelo Magistrado primevo, em que pese não concordar, já que o acusado negou a autoria delitiva na fase extrajudicial e não foi ouvido em juízo, todavia inexistente recurso ministerial nesse sentido, sendo vedada a *reformatio in pejus*; mas deixo de considerá-la, visto que a pena-base já se encontra no mínimo legal.

Sobre a *quaestio* em voga, motivo ensejador do presente recurso defensivo, importante consignar que as circunstâncias atenuantes e agravantes, diferentemente das causas de diminuição e aumento de pena, não têm o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nem de aumentá-la acima do máximo permitido.

Tal questão, já reconhecida pelos doutrinadores pátrios, restou sumulada neste Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais, como de se ver:

Súmula nº 42: Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

Da mesma forma, o eg. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 231, que preconiza:

Súmula nº 231 STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

A final, na terceira fase: fica a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano de reclusão e ao 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, devendo o apelante cumprir a reprimenda no regime aberto, à míngua de outras circunstâncias modificadoras, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Ademais, preenchendo o acusado os requisitos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena corporal por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, que fixo em 1 (um) salário mínimo, atualizando-a, na forma da lei, destinada à empresa vítima, Virtual Alimentos Ltda., na forma do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao presente recurso, acatando o parecer do Ministério Público de Cúpula, para dar nova capitulação ao fato, pelo instituto

da *emendatio libelli*, enquadrando-o no delito de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, concretizando a pena do apelante em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei, no regime aberto, substituindo-se a pena corporal por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária fixada em 1 (um) salário mínimo, atualizando-a, na forma da lei, destinada à empresa vítima, Virtual Alimentos Ltda.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

**Crime contra a ordem econômica - Crime societário - Denúncia - Requisitos - Inépcia não configurada - ICMS - Constituição do crédito tributário - Ausência de impugnação - Ato administrativo - Presunção de veracidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Fraude - Insolvência - Excludente de ilicitude não caracterizada - Dolo - Condenação**

Ementa: Penal e processo penal. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento a menor de imposto mediante fraude na documentação fiscal. Inépcia da inicial. Inocorrência. Crime societário. Fato criminoso descrito com todas as suas circunstâncias. Ausência de prejuízo ao exercício da ampla defesa. Preliminar rejeitada. Materialidade do delito. Comprovação por documentos resultantes de processo de fiscalização tributária. Suficiência. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Ausência de impugnação pelo contribuinte do crédito tributário regularmente constituído. Suposta insolvência do contribuinte. Irrelevância. Fato que não justifica conduta fraudulenta. Dolo. Ciência da saída de mercadoria sem a correta documentação fiscal. Má-fé do administrador. Ausência de intenção de saldar as dívidas tributárias. Recurso improvido.

- Em crimes societários, nos quais as decisões são tomadas no restritíssimo âmbito da cúpula da pessoa jurídica, é virtualmente impossível a definição prévia da

exata participação de cada acusado, razão pela qual é suficiente, para que a denúncia seja considerada apta, a descrição pormenorizada do fato criminoso. Preliminar rejeitada.

- Gozando o ato administrativo de constituição do crédito tributário de presunção de legitimidade e veracidade, cabe ao interessado impugná-lo - quando, então, instaurar-se-á procedimento administrativo no qual se asseguram o contraditório e a ampla defesa -, sob pena de, não o fazendo, aceitar as conclusões da Fazenda, relativas às condutas irregulares e ao valor devido.

- A insolvência, embora possa justificar o não-pagamento de tributos devidos, não autoriza o contribuinte a valer-se de expedientes fraudulentos para ludibriar o Fisco.

- É inequivocamente dolosa a conduta do administrador que permite a saída de mercadorias em desconformidade com as escriturações fiscais, disso resultando o recolhimento a menor de imposto devido.

Recurso improvido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.05.163424-7/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Luiz Carlos Chaves Pereira - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008. - *Hélcio Valentim* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros, contra Luiz Carlos Chaves Pereira, Bruno Barbalho Barbosa e Lúcia Helena Barbalho Barbosa, imputando-lhes a prática de fato tipificado como crime contra a ordem tributária, de redução de tributo, através de fraude à fiscalização tributária e negativa de fornecimento de nota fiscal, nos termos do art. 1º, II e V, da Lei 8.137/90.

Narra a denúncia que, nos anos de 2002 e 2003, os denunciados, na qualidade de sócios da empresa denominada Tendelle Ltda., comercializaram mercadorias sem emissão de documento fiscal, do que resultou recolhimento a menor de ICMS.

A inicial acusatória veio acompanhada de procedimento administrativo da Superintendência Regional da Fazenda VI (f. 5/165).

Recebida a denúncia (f. 167), os acusados foram regularmente citados (f. 175/176 e 179) e interrogados (f. 186/188). Na oportunidade, Luiz Carlos disse jamais ter comercializado mercadorias sem documento fiscal, Bruno aduziu que não exercia funções de administração e Lúcia Helena disse que sua participação na empresa se limitava a questões afetas ao *marketing*.

Defesa prévia às f. 189/190.

Durante a instrução, foram ouvidas testemunhas e juntados vários documentos (f. 203/476).

Na fase do art. 499 do CPP, o Ministério Público requereu informações à Receita Estadual acerca de eventual pagamento ou parcelamento do débito tributário. A defesa, a seu turno, pediu que fosse oficiada a Receita Federal, para informar o faturamento anual da empresa.

As diligências foram cumpridas, e as informações solicitadas, acostadas às f. 484/566.

Em alegações finais, o Promotor de Justiça pugnou pela condenação do réu Luiz Carlos e a absolvição dos demais. A defesa, a seu turno, sustentou, preliminarmente, a inépcia da denúncia. No mérito, pediu a absolvição dos réus, afirmando que o débito se constituiu sem ampla defesa no procedimento administrativo, que a insolvência da empresa é causa supralegal de exclusão da ilicitude e que não restou comprovado o dolo.

Sentença às f. 584/593, pela qual restou o réu Luiz Carlos Chaves Pereira condenado, como incurso nas iras do art. 1º, II e V, Lei 8.137/90, a 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos. Os demais foram absolvidos.

Inconformada, apelou a defesa (f. 602), em cujas razões insiste na preliminar de inépcia da inicial e no pedido de absolvição de Luiz Carlos Chaves Pereira, pelos argumentos apresentados em sede de alegações finais.

Em contra-razões, o *Parquet* manifesta-se pelo conhecimento e improvemento do recurso, no que é secundado no parecer 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.

Diz a defesa, em preliminar, que a denúncia é inepta.

Assim não é, no entanto, como enxergo a peça de inquérito.

Tratando-se de crime contra a ordem tributária, consistente na diminuição de tributos devidos, é claro que as decisões são tomadas no restritíssimo âmbito da cúpula da pessoa jurídica, sendo virtualmente impossível definir a exata contribuição e conduta de cada um dos administradores. Por isso, sob pena de consagração da impunidade e total impossibilidade de proteção ao

erário e a outros bens jurídicos violados por atuação corporativa, a jurisprudência flexibiliza a exigência de descrição pormenorizada das condutas na denúncia em crimes societários, como o dos autos. Nesse sentido:

Aos delitos de autoria coletiva, nos quais emerge a grande dificuldade de descrição, de início, das condutas de cada indivíduo, dispensável a individualização minuciosa do comportamento de cada acusado na narrativa da exordial (TJMG - 2ª Câmara Criminal - HC 1.0000.05.418286-0/000 - Rel.º Des.º Márcia Milanez - j. em 17.05.05).

Nos ditos crimes societários, não se exige a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, sendo suficiente a narrativa dos fatos delituosos e sua suposta autoria, de maneira a permitir o exercício da ampla defesa (TJMG - 4ª Câmara Criminal - Ap. 2.0000.00.514663-6/000 - Rel. Des. Walter Pinto da Rocha - j. em 30.11.05).

Como a denúncia, *in casu*, descreveu pormenorizadamente o delito e suas circunstâncias, restando genérica apenas em relação à medida de atuação de cada um dos denunciados, que foi esclarecida ao longo da instrução, não houve prejuízo à ampla defesa, visto que o acusado pode compreender perfeitamente todos os fatos que lhe foram imputados, tanto que deles se defendeu.

Mérito.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante, uma vez que a judiciosa sentença proferida no Juízo singular é irretocável. Poderia até mesmo ser aqui transcrita, pois a sua fundamentação é irresponsável e, exatamente por isso, não há muito o que inovar no afastamento das teses defensivas.

A materialidade está cabalmente demonstrada através dos documentos emitidos pela Superintendência Regional da Fazenda VI, os quais, sobretudo o de f. 17, comprovam a discrepância entre os valores das mercadorias vendidas e o valor declarado ao fisco pela empresa-contribuinte, do que se conclui que, ao menos parte do valor não tinha lastro documental fiscal, permitindo o recolhimento, a menor, de imposto devido.

A prova da materialidade, é certo, é unilateral, produzida aparentemente sem contraditório. Todavia, é bem de ver que o ato administrativo goza de presunção de validade e legitimidade. Assim, o lançamento tributário não depende de participação do contribuinte, que, no entanto, pode impugnar o seu conteúdo. O contraditório, portanto, não é afastado do procedimento administrativo-tributário, mas depende da iniciativa do devedor em questionar a atuação da fiscalização fazendária nas searas administrativa ou judicial, o que não ocorreu *in casu*.

De todo vazia a alegação da defesa de que o réu não foi intimado da constituição do crédito tributário. Consta do documento de f. 13 (auto de infração) que:

fica o contribuinte intimado a promover, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento deste, o pagamento do crédito tributário acima por meio de DAE, ou a parcelá-lo,

nos termos da legislação vigente, ou ainda a impugná-lo, sob pena de revelia e reconhecimento do crédito tributário.

Ora, o apelante acompanhou a fiscalização (f. 130), sendo de se presumir, mormente em se considerando os atributos do ato administrativo, que recebeu o auto de infração. Não há nenhum indício de que não tenha tomado ciência do desenrolar do procedimento fiscal. Pelo contrário, há certidão de que se que- dou revel (f. 159).

A inércia do acusado, a par de afastar a alegação de violação ao princípio da ampla defesa, derruba a tese de incompatibilidade entre o valor do débito, que o acusado não se preocupou em questionar, e o faturamento da empresa. Com efeito, não é crível que o acusado permitisse, sem tomar qualquer atitude, que o Fisco lhe cobrasse valor indevido e desvinculado da movimentação financeira de sua empresa, permitindo não só o enriquecimento ilícito do Poder Público, mas também a sua bancarrota.

A suposta insolvência, que, de resto, não foi provada, já que se trata de um estado jurídico, a reclamar sentença constitutiva, ou mesmo as dificuldades financeiras enfrentadas na atividade empresarial podem até justificar o não-pagamento de tributos, que devem ser perseguidos pela via da execução fiscal, mas nunca poderiam justificar a conduta fraudulenta de falsear dados fiscais relativos a valores de mercadorias.

E da fraude, aliada à falta de interesse em pagar, ou mesmo parcelar ou financiar a dívida - com todo o incentivo fiscal para tanto -, emerge o elemento volitivo do dolo. O acusado quis recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços a menor e, para alcançar essa sua meta, valeu-se do expediente de registrar no livro de saídas de mercadorias valor diverso do que constava em seus arquivos. A má-fé é patente!

Chega a ser pueril a alegação de que não tinha o apelante ciência do recolhimento a menor do tributo, quando ele próprio, em afirmação corroborada por toda a prova dos autos, assume que era quem administrava a empresa (f. 186-v.), algo que fazia sem a participação dos demais sócios.

Por tudo isso, tenho por acertada a condenação em primeira instância, que deve ser confirmada por esta Corte.

Tudo considerado, rejeito preliminar e nego provimento ao recurso, para manter, tal como lançada, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

**Súmula** - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## **Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Discriminação - Princípio da isonomia - Garantia constitucional - Lei nº 11.340/2006 - Aplicação extensiva - Admissibilidade - Inconstitucionalidade afastada**

**Ementa:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Inconstitucionalidade suscitada pelo Juízo de 1º grau como óbice à análise de medidas assecuratórias requeridas. Discriminação inconstitucional que se resolve a favor da manutenção da norma, afastando-se a discriminação. Afastamento do óbice para a análise do pedido.

- A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, I, c/c o art. 226, § 8º, da Constituição Federal não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, I, c/c o art. 22, I, e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e se harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrente da relação familiar.

- Inviável, por isso mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade, sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos.

Recurso provido para afastar o óbice.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.240510-9/001 -  
Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais - Apelado: Virgílio Pereira de  
Brito - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Inconformado com a decisão que afastou providências pretendidas de aplicação de medida, com base na incidência da Lei Federal 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), apelou a acusação, a fim de afastar o fundamento de inconstitucionalidade decorrente da decisão que se afastou da aplicação da referida norma de contenção, para obter as medidas suscitadas no Juízo, decorrentes dos arts. 1º ao 9º; 10, parágrafo único; 11, V; 12, III; 13; 14; 18; 19; 22; 23; 24; 30 ao 40; todos da referida norma de contenção.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado, às f. 47/52.

Nesta Instância Revisora (f. 56/58), a douta Procuradoria-Geral do Estado opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

De início, em preliminar, resalto que o pretendido conhecimento do recurso, com base no art. 593, II, do Código de Processo Penal, suscitaria decisão definitiva, ou com força de definitiva, a respeito do tema objeto do recurso, e, malgrado o pronunciamento do ilustre Magistrado não tenha colocado fim ao processo, mas simplesmente determinado a sua devolução à autoridade policial para prosseguimento do inquérito, o fato é que afastou, definitivamente, a vigência das disposições constantes da Lei Federal 11.340/2006, por considerar inconstitucionais suas disposições, de modo que não há dúvida de que afastou, definitivamente, a possibilidade não apenas das medidas assecuratórias, mas das próprias imposições decorrentes da referida norma de contenção.

Portanto, não há dúvida de que o recurso de apelação se mostra viável para obter o conhecimento da medida assecuratória, mesmo porque, afastada a virtual inconstitucionalidade suscitada pela decisão, restaria ao Juízo a análise das medidas assecuratórias requeridas, que foram afastadas com base na sustentada inconstitucionalidade.

Por outro lado, a sustentação declinada na culta decisão hostilizada suscita a possibilidade de obtenção da mesma medida no Juízo Cível, de modo a contrariar a competência fixada no art. 33 da Lei Federal 11.340/2006, expressamente acometida ao Juízo Criminal, ficando patente que o silêncio a respeito do tema neste Tribunal suscitará a completa impossibilidade de obtenção daquela medida, porque, seja como for, o só acometimento da competência ao Juízo que suscita a inconstitucionalidade tomaria foros de decisão definitiva.

Logo, seja como for, conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Penal.

No mérito, pretende o representante do Ministério Público afastar a inconstitucionalidade sustentada pelo culto Juízo de 1º grau, a fim de obter um provimento jurisdicional sobre os pedidos de medidas assecuratórias urgentes à vítima.

A pretensa invalidade da Lei Federal 11.340/2006, que é denominada Lei Maria da Penha, a meu aviso, não suscita qualquer inconstitucionalidade formal, mas tão-somente cria uma discriminação inconstitucional capaz de ser resolvida de forma escorreita pela equiparação das situações entre homens e mulheres.

É que não há dúvida de que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal impõe ao legislador a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, de modo a dar sustentação à própria existência da legislação editada.

As ponderações preliminares do culto Juízo de 1º grau a respeito de condições religiosas, históricas, filosóficas, éticas e morais a darem sustentação às disposições legisladas não me parecem próprias como fundamentos a justificarem o afastamento da própria disposição legislada.

Na verdade, a Constituição Federal, ao adotar a liberdade religiosa como conteúdo emblemático de suas disposições, não autoriza o aplicador da lei a buscar como fundamento válido para a sustentação da norma jurídica um específico fundamento religioso a afastar uma determinada imposição legislativa, mesmo que entenda o Magistrado que tais considerações teriam sustentação histórica, filosófica ou moral.

De outro lado, não me parece conveniente que a invocação preambular de Deus na norma constitucional possa suscitara a condição herética de uma determinada postura legislativa, até porque não vislumbro como seja possível adotar as virtuais condições bíblicas para dar sustentação às normas produzidas pelo Estado brasileiro, que, na verdade, não possui um alinhamento religioso específico a dar condução às disposições do direito constitucional positivo.

Não há uma lógica religiosa intrínseca a sustentar uma visão a respeito da igualdade entre homens e mulheres, porque o contexto histórico, em que foram forjadas as condições bíblicas, já desautorizaria a invocação de virtuais descompassos da norma de contenção criada com os ensinamentos seculares religiosos, uma vez que a igualdade jurídica só foi forjada após milênios de lutas.

A só diversidade do momento em que se forjaram determinadas verdades de prevalência do elemento masculino sobre o feminino já justificaria a idéia de que as considerações religiosas, filosóficas ou históricas não dariam qualquer justificativa para a dominação declinada como condição naturalmente aceita e querida por



Deus, porquanto há muito já não mais se aceita a idéia de que o Estado tenha uma efetiva escora ou sustentação religiosa, se não sustentação na própria ordem jurídica que lhe dá lineamento e forja um sistema de freios e contrapesos para que o poder seja uma possibilidade limitada e respeite um mínimo de direitos dos cidadãos.

As modernas justificações constitucionais não se fundam nas disposições religiosas, mas no próprio ordenamento jurídico positivo, cujo lineamento é feito pela lei em sentido formal.

Não seria mesmo possível sustentar como fundamento válido uma posição religiosa, muito menos a religião cristã a única a suscitar o lineamento da ação humana.

As virtuais tendências religiosas do aplicador da lei, nesse contexto, são literalmente irrelevantes para fins de aferir a conformação entre a norma produzida e a norma fundamental.

Não posso deixar de anotar que a conotação de prevalência do universo masculino sobre o feminino, declinada no despacho produzido, é a mais pura negação do direito de igualdade jurídica entre homens e mulheres e literal afronta à própria condição constitucional positivada, não havendo mesmo uma sustentação filosófica, lógica ou axiológica, capaz de justificar tal predomínio.

Na verdade, pedindo escusas ao Juízo, o despacho exarado é impregnado de preconceitos religiosos absolutamente inconsistentes, porque forjados por uma visão cristã do início dos tempos, cujas verdades estão literalmente ultrapassadas pelas conquistas históricas e justificações filosóficas a respeito da igualdade formal dos direitos entre homens e mulheres, de modo a não justificar, sequer, a idéia de que haveria fundamento a sustentar as improdutivas considerações que se extraem daquela decisão.

Não me parece que o ilustre Magistrado tenha efetivamente tentado alcançar o espírito da norma constitucional que firmou a condição de igualdade jurídica entre homens e mulheres, pelo contrário, o que vejo do despacho produzido é a literal negação dessa mesma igualdade e a sustentação de uma posição axiológica sobre a mulher um tanto canhestra, mesmo porque procura sustentação de um domínio masculino na própria condição da mulher, quando a norma de contenção procura a igualdade formal de direitos entre ambos.

Penso que tais considerações, cujo conteúdo reputo de ordem pessoal, não serviriam, de forma alguma, para sustentar, ou mesmo justificar, a virtual inconstitucionalidade da norma produzida, antes pelo contrário.

Acredite ou não na igualdade de direitos entre homens e mulheres, ao Juízo não é dado interpretar a lei fundamental com bases religiosas ou direções internas, mas com base na ordem jurídica vigente, e essa ordem jurídico-constitucional é específica em declinar a condição de igualdade de direitos entre homens e mulheres, no art. 5º, I, da Constituição Federal.

Não me parece justificativa plausível, para o afastamento legislativo, a existência de razões religiosas, históricas ou filosóficas a darem sustentação a uma verdade que estaria expressamente prevista na norma constitucional, porque ao magistrado não se confere o poder de subtrair-se ao ordenamento jurídico, se não nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente, devendo aplicá-las, ainda que não concorde com o conteúdo normativo dela latente ou iminente, mesmo que não se alinhe intimamente à posição axiológica que dela decorra e mesmo que suas próprias convicções religiosas recomendem aplicação diversa.

Nesse contexto, o que resta saber é se a inconstitucionalidade declinada como motivo determinante para afastar o pedido de medidas assecuratórias requerido teria sustentação jurídico-formal, porque a assertiva de que a discriminação criada entre homens e mulheres na norma em comento seria óbice absoluto para sua aplicação parece conflitar com a idéia de que a norma constitucional, ao criar uma discriminação, possa manter efeitos gerais de seu conteúdo sem discriminação possível quando outorgar benesse legítima.

É que não há dúvida de que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal autorizou a criação de mecanismos capazes de coibir a violência no âmbito das relações familiares, de modo a autorizar a conclusão de que conferiu ao Poder Legislativo a possibilidade de criação de uma norma específica capaz de garantir as condições de cancelar determinadas situações cautelares a serem providas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, não há dúvida de que a Lei Maria da Penha - Lei Federal 11.340/2006 - teria outorgado, de forma legítima, os mecanismos capazes de coibir a violência no âmbito das relações familiares, restringindo, no entanto, tais benefícios às mulheres, incidindo, portanto, em virtual inconstitucionalidade em virtude do princípio da isonomia.

Nesse contexto, não vejo dúvida, assim como o culto Juízo, de que a norma em cotejo suscitaria uma situação de discriminação de direitos entre homens e mulheres, ao fixar o âmbito subjetivo a gerar a violência doméstica às mulheres, por afastamento de sua aplicação aos homens em igual situação, o que fica patente já no art. 1º da Lei Federal 11.340/2006, cuja redação é a seguinte:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A referência do âmbito da aplicação legislativa, no entanto, sugere a existência de uma inconstitucionalidade formal de fácil solução, porque não há dúvida de que a norma constitucional possibilita a criação de mecanismos capazes de coibir violência nas relações familiares ou domésticas, cuja competência foi cometida ao Poder Legislativo particularmente, de modo a possibilitar o seu exercício para cancelar legitimamente o benefício previsto para análise do Poder Judiciário.

Entretanto, se vislumbro a discriminação inconstitucional, não me ponho de acordo com as ponderações do culto Juízo de 1º grau, no sentido de que a inconstitucionalidade referenciada conduziria ao afastamento da própria legislação do ordenamento jurídico.

Defendo, aliás, a lúcida posição do mestre José Afonso da Silva, que pontifica:

Há duas formas de se cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo ao outorgar o benefício a quem o fez. Decretá-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 208).

Ora, se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada, afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente.

Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças.

A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, a fim de que sejam plenamente lícitas suas disposições.

Nesse contexto, inexistente a condição de inconstitucionalidade decorrente da discriminação produzida, mas tão-somente uma imposição inconstitucional, que deve ser suplantada pelo intérprete, equiparando as condições de homem e mulher, de modo a permitir a análise da pretensão, que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma.

Isso porque, conquanto o ilustre Juízo pretenda afastar a competência criminal para o conhecimento e deslinde do tema proposto, o art. 33 da Lei Federal 11.340/2006 é taxativo em consignar a prevalência da competência criminal para a análise e deslinde do tema, até que venham as varas especializadas, ao firmar:

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar [...], as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar [...], observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente (supressões nossas).

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.

Logo, não vejo como manter a decisão hostilizada, sendo o caso de dar procedência à pretensão para que o Juízo avalie a possibilidade, ou a necessidade das medidas assecuratórias pretendidas pela vítima, sob pena de estar o Poder Judiciário se furtando ao próprio monopólio jurisdicional que lhe foi cometido na norma constitucional.

Aliás, o meio de acatamento previsto na referida norma de contenção busca, como razão teleológica, afastar exatamente a absoluta inércia do Estado para com os riscos inerentes da proximidade das relações familiares e suas conseqüências violentas mais imediatas, propiciando meios capazes de tornar a jurisdição meio eficaz para arrostar o mau que invariavelmente acometia as vítimas de violência doméstica, não mais sendo possível cruzar os braços para se esperar uma efetiva ação do agente contra seus familiares, o que presidia a análise dos pedidos de acatamento antes da existência da Lei Federal 11.340/2006.

Poder-se-ia objetar que a decisão aqui produzida deveria, por reconhecer a constitucionalidade da norma de contenção, fixar os virtuais direitos dela decorrentes, mas o fato é que a negativa da prestação jurisdicional de 1ª instância não habilita o julgamento, sob pena de supressão de instância.

Se o óbice material para a análise do pedido foi afastado, o caso será de devolver ao Juízo de 1º grau a sua plena jurisdição para o deslinde da possibilidade ou não de acatamento das medidas pretendidas com base na própria Lei Federal 11.340/2006, porque, de outra forma, estará o Tribunal avançando na competência jurisdicional de 1º grau.

De outro lado, mais prudente será aguardar a decisão de 1º grau, porque mais próximo aos fatos e às circunstâncias que derivam do processo, não me parecendo qualquer afronta à independência jurisdicional o só afastamento da inconstitucionalidade que propiciaria a análise do pedido acautelatório, até porque é sempre possível que o Juízo determine estudos e provas antes da análise da pretensão postulada, o que seria inviável neste Tribunal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para afastar o óbice de inconstitucionalidade à análise das medidas assecuratórias pretendidas pela vítima, com base na Lei Federal 11.340/2006, determinando a devolução dos autos ao Juízo Criminal competente para que exerça sua jurisdição após a determinação dos estudos e provas que entender convenientes à análise da pretensão postulada.

Custas, pelo apelado, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO e MÁRCIA MILANEZ.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

**Furto - Resistência - Concurso material - Autoria - Materialidade - Agente de polícia - Depoimento - Validade - Valoração da prova - Condenação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Posse da *res* - Crime consumado - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Assistência judiciária - Isenção de custas**

Ementa: Penal. Processo penal. Resistência. Depoimento policial. Validade. Condenação mantida. Furto. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Desclassificação. Tentativa. Rejeição. Custas. Isenção deferida.

- A oposição, mediante violência, a ato legal, em desfavor do funcionário competente para executá-lo, caracteriza o delito de resistência.

- O princípio da insignificância não foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, incabível a sua aplicação pelo Judiciário, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes.

- Se o agente retira a *res furtiva* da esfera de disponibilidade da vítima, configura-se o delito de furto consumado.

- Tendo o réu sido assistido por advogada nomeada, com atuação em núcleo universitário de prática jurídica, faz jus à isenção do pagamento das custas processuais, a teor do disposto no art. 10 da Lei nº 14.939/03.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.449124-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marcos da Silva Correia - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL APENAS PARA CONCEDER A ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS.

Belo Horizonte, 9 de abril de 2008. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Apelação interposta por Marcos da Silva Correia, inconformado com a r. sentença condenatória de f. 83/88, que o condenou como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, e art. 329, na forma do art. 69, ambos do CP, respectivamente, às penas definitivas de 1 ano e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa, no mínimo legal, e 6 meses de detenção, fixando-se o regime prisional aberto, negados quaisquer benefícios.

Narra a denúncia que no dia 31 de dezembro de 2003, por volta das 16 horas, no Bairro Nova Cintra, nesta Capital, o apelante subtraiu, para si, dois frascos de condicionador para cabelo. Consta ainda que se opôs à prisão em flagrante, mediante violência ao policial militar responsável por sua abordagem.

Intimações regulares, f. 91.

Pleiteia o apelante, em síntese, f. 94/100, a absolvição do delito previsto no art. 329 do CP. Requer ainda a desclassificação do furto consumado para a modalidade tentada e, de conseqüência, a redução das penas no patamar de 2/3 e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. Alternativamente, pugna pela aplicação do princípio da bagatela ao crime contra o patrimônio. Por fim, pretende a isenção das custas processuais.

Apelo devidamente contrariado, f. 101/106, oportunidade em que se pleiteia o seu desprovimento, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 110/115.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

No que concerne ao delito de resistência, a materialidade restou devidamente demonstrada via auto de

corpo de delito, f. 21, positivo quanto à ofensa à integridade do policial militar, Ronaldo Gualberto da Silva.

Da mesma forma, a autoria é certa e indubitosa, sendo confesso o apelante na fase de inquérito, oportunidade em que narrou os fatos com riqueza de detalhes. Destaco os seguintes trechos:

... foi abordado por policiais militares, tentando correr quando avistou os policiais, mas foi agarrado, tendo entrado em luta corporal com um deles, vindo a cair no chão machucando a cabeça, tendo levantado do chão e segurou a arma do policial..., f. 13/14.

Não obstante a retratação proferida em juízo, a resistência à prisão, mediante violência, restou delineada, sob o crivo do contraditório, nos depoimentos do próprio militar, responsável pelo flagrante:

... o réu resistiu à detenção desferindo socos e chutes contra o declarante, entrando em luta corporal; que foi obrigado a usar de força física moderada, juntamente com seu colega de farda, para deter o réu, sendo que este ainda conseguiu retirar do coldre a arma do declarante; que depois de muito custo o réu foi dominado e algemado; que o declarante sofreu lesões leves... (Ronaldo Gualberto da Silva, f. 63).

No mesmo diapasão, relata Vanderley Alves Martins, f. 64.

Deve-se prestigiar as declarações dos policiais, pois são indivíduos credenciados a prevenir e reprimir a criminalidade, não tendo interesse em acusar inocentes, merecendo crédito até prova robusta em contrário.

De fato:

Posiciona-se a doutrina, bem como a jurisprudência deste Superior Tribunal, no sentido de que os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. em 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

Validade do depoimento testemunhal de agentes policiais. - 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 penal, age facciosamente, ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (STF, 1ª Turma, HC nº 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. em 26.03.96, in DJU de 18.10.96).

Portanto, constitui fato incontroverso que o apelante resistiu à prisão, reagindo mediante violência contra funcionário competente para executá-lo, grifando, por oportuno, que a eventual contradição nos teste-

munhos destacados nas contra-razões recursais refere-se a pontos secundários, sendo insuficientes para desautorizar a materialidade, autoria e tipicidade do delito de resistência, em desfavor do apelante.

Em relação ao delito contra o patrimônio - materialidade e autoria incontestes.

*Data venia*, inviável incidência do princípio da insignificância.

Tenho que é princípio orientador do Legislativo quando da seleção de condutas a serem tipificadas penalmente, conforme seu grau de ofensa e lesividade ao bem juridicamente tutelado.

Nesse contexto, acompanho a corrente doutrinária que não admite sua utilização pelo Judiciário, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. Com efeito, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

A seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o princípio da insignificância. (...) Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes (*Manual de direito penal* - parte geral. Editora Saraiva, v. 1, p. 19).

A jurisprudência deste Tribunal, no mesmo diapasão, orienta:

Furto. Conjunto probatório suficiente à condenação. Insignificância. Impossibilidade. - Indubitosa materialidade e autoria, entende-se haver suficientes razões para que o decreto condenatório seja mantido. O princípio da insignificância não possui previsão no nosso ordenamento jurídico penal. Apelação desprovida (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0223.04.141038-0/001, Rel. Des. Edival José de Moraes, j. em 21.06.2006, publ. em 19.07.2006).

Penal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Não-acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Princípio da irrelevância penal do fato. Não-aplicação. Réu com uma série de registros criminais. Recurso improvido. - O princípio da insignificância não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal, porque forjado em realidade distinta, em que a reiteração de pequenos delitos não se apresenta como problema social a ser enfrentado também pela política criminal. Embargos rejeitados (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Ap. 2.0000.00.504628-4/001, Rel. Des. Hécio Valentim, j. em 25.04.2006, publ. em 02.06.2006).

Aqui importa ressaltar que, em que pese o pequeno valor da *res furtiva*, avaliada em R\$ 8,00 (oito reais), f.

31, o apelante é reincidente (f. 81/82), o que impede o reconhecimento do privilégio inserto no § 2º do art. 155 do Código Penal.

Noutro giro, sem razão quando pugna pela incidência do *conatus*. O crime se consumou.

A consumação do delito de furto ocorre quando o agente obtém a posse tranqüila da coisa, ainda que temporariamente, colocando-a fora da esfera de vigilância da vítima. Basta que, como no caso, a *res furtiva* tenha saído da esfera de disponibilidade e proteção da vítima, mesmo que a posse pelo agente não se prolongue.

*In casu*, o apelante teve a posse tranqüila da *res*, tanto que foi preso em flagrante, por policiais militares, minutos após a subtração.

O norte jurisprudencial:

Tem-se por consumado, e não tentado, o furto, se a *res furtiva* chega a sair da esfera de disponibilidade e proteção do ofendido, mesmo que a posse do agente não seja prolongada” (RT 773/686).

Considera-se consumado o furto a partir do momento em que a coisa subtraída sai da esfera do domínio de seu dono, ainda que o agente não obtenha o benefício patrimonial almejado (RT 610/394).

Para que o furto seja tido como consumado, não é preciso posse definitiva ou prolongada da *res* subtraída, bastando, pois, mero estado tranqüilo, ainda que transitório, de detenção da coisa. Assim, quem, exaurindo o ato delituoso, vem a ser preso em decorrência de buscas promovidas para a sua localização, tendo ainda consigo o produto do crime, responde por crime consumado e não apenas tentado (RT 517 /379).

Trata-se, pois, de furto consumado, restando prejudicados os pedidos de redução e substituição das penas, pleiteados com fulcro na tese desclassificatória.

No mais, tenho que as penas e o regime de seu cumprimento - aberto - foram bem dosados, condizentes com as condutas incriminadas.

No tocante ao benefício da gratuidade judiciária, reconheço controvertida a matéria, tendo-me manifestado em oportunidades pretéritas pela suspensão da exigibilidade das custas processuais (efeito da condenação), ainda que o réu condenado seja legalmente pobre e defendido por defensor público ou dativo, nos termos do art. 804 do CPP c/c o art. 12 da Lei 1.060/50.

Todavia, o Estado de Minas Gerais, em sua competência concorrente (art. 24, IV, da CR/88), editou a Lei Estadual nº 14.939/03, regulamentando a matéria especificamente para este Estado, e concede a isenção das custas processuais, afastando a mera suspensão da exigibilidade, prevista no art. 12 da Lei 1.060/50.

Assim, tendo o réu sido assistido por advogada nomeada pelo Juiz *a quo*, integrante de Núcleo de Prática Jurídica, faz jus a tal benefício, a teor do disposto no art. 10 da Lei nº 14.939/03:

Art. 10. São isentos do pagamento de custas:

I - (...)

II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

Logo, concedo aos sentenciados a isenção do pagamento das custas processuais.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso apenas para conceder ao apelante a isenção do pagamento das custas processuais, mantendo, no mais, a r. sentença condenatória.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER PINTO DA ROCHA e RENATO MARTINS JACOB.

**Súmula** - DERAM PROVIMENTO PARCIAL APENAS PARA CONCEDER A ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS.

...

**Atentado violento ao pudor - Crime continuado -  
Execução da pena - Regime fechado -  
Doença grave - Tratamento médico -  
Direito à saúde - Prisão domiciliar -  
Admissibilidade**

Ementa: Prisão domiciliar. Regime fechado. Sentenciado acometido de doenças graves e degenerativas. Impossibilidade de tratamento onde cumpre pena. Viabilidade excepcional do benefício.

- A prisão domiciliar, em princípio, só pode ser deferida ao condenado que esteja em regime aberto, assim mesmo nas hipóteses restritas do art. 117 da LEP. No entanto, excepcionalmente, é possível a concessão do benefício, nos casos em que o réu é acometido de doença grave e diante da absoluta inexistência de estabelecimento especial adequado à sua condição pessoal, ainda que o regime prisional não seja o aberto.

- Se, no caso concreto, foi determinada tão-somente a suspensão do cumprimento do mandado de prisão e a solicitação de vaga em instituição adequada, para onde, oportunamente, o condenado será encaminhado e cumprirá sua pena, conceder-se-á, excepcionalmente, a prisão domiciliar.

- Devem ser sopesados tanto o rigor da lei, como o direito do cidadão à saúde, constitucionalmente previsto. Deve o juiz decidir com sensibilidade, sem ater-se ao formalismo excessivo ou ao rigorismo extremado.

RECURSO DE AGRAVO Nº 1.0000.07.460491-9/001 -  
Comarca de Juiz de Fora - Recorrente: Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais - Recorrido: R.B.B. - 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, 8 de maio de 2008. - *Hyparco Immesi* - Relator.

## Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo recorrido, o Dr. José Carlos Stephan.

DES. HYPARCO IMMESI - Foi o recurso de agravo *sub judice* interposto pelo Ministério Público contra o r. decisório de f. 87/89, da lavra do dinâmico Juiz Dr. Amaury de Lima e Souza, que concedeu a prisão domiciliar ao agravado R.B.B., condenado a cumprir sua pena de 08 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo cometimento das infrações tipificadas nos arts. 214, 224, a, 225, § 1º, II, c/c o art. 226, II e III, c/c o art. 71, todos do Código Penal.

Inconformado, recorre o ilustre Promotor (f. 69 e 73/78), Dr. José Célio Martins de Abreu, às seguintes alegações de: a) que a Lei de Execuções Penais não autoriza que o apenado, enquanto estiver a cumprir sua pena em regime fechado, tenha direito à prisão domiciliar; b) que o agravado "...não se enquadra, tecnicamente, em qualquer dos incisos do mencionado dispositivo legal (art. 117 da LEP)..." (f. 74); c) que somente condenados a cumprir pena em regime aberto têm direito ao referido benefício.

Almeja o provimento do recurso, para ser reformada a r. decisão verberada, determinando-se o retorno do agravado ao cárcere.

Há contra-razões (f. 79/85).

Em juízo de retratação, foi mantido o r. decisório verberado (f. 142).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça, Dr. Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista (f. 147), recomenda o desacolhimento da pretensão recursal.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Como cedoço, a prisão domiciliar, em regra, só pode ser deferida a condenado que esteja em regime aberto, assim mesmo nas limitadas hipóteses do art. 117 da LEP.

No entanto, devem ser sopesados tanto o rigor da lei, na imposição do regime fechado para cumprimento da pena imposta ao réu, como o direito constitucional dos cidadãos à saúde.

Assim, excepcionalmente, este egrégio Tribunal tem entendido que a concessão da prisão domiciliar é viável, nos casos de regime prisional diverso do aberto, se ficar comprovado não só que a doença é grave, mas também que o sistema penitenciário não pode oferecer tratamento adequado ao apenado.

Compulsados os autos, infere-se que a prova conduz à conclusão de que o agravado é portador de enfermidade grave, demandando sua saúde cuidados que não podem ser oferecidos pela instituição prisional, em que pese ter sido condenado ao cumprimento da pena em regime inicial fechado.

Note-se que a declaração médica de f. 101/103 menciona ser ele portador de diabete *mellitus*, necessitando de controle regular, em razão de distúrbio metabólico. Além disso, ainda sofre ele de disfunção renal, doenças crônicas degenerativas, já apresentando graves complicações, necessitando o sentenciado de rigoroso tratamento, além de realização constante de exames. Sofre ele, ainda, de epilepsia parcial complexa (f. 112).

Assim, é inegável que o agravado deve receber tratamento contínuo e acompanhamento freqüente e constante.

Ademais, há nos autos, também, informes de que o estabelecimento prisional onde o agravado cumpre sua pena está superlotado, sendo precária a assistência aos detentos, sem suficientes servidores policiais, enfermeiros, médicos, psicólogos, para atender a toda a população carcerária (f. 139).

Se assim é, percebe-se que a situação do agravado deve ser examinada com reserva. Por se tratar, como salientado alhures, de portador de doenças graves, é de se aplicar, *in haec specie*, o art. 117 da Lei de Execução Penal, que dá ao condenado acometido de doença grave o direito à prisão domiciliar.

Por isso, *data venia*, é de se manter o r. decisório que concedeu ao agravado a prisão domiciliar.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser possível a concessão do benefício, nos casos em que o réu é acometido de doença grave e diante da falta de estabelecimento especial adequado à sua condição pessoal. À colação, jurisprudência oportuna:

Processual penal - Recurso ordinário de *habeas corpus* - Roubo qualificado - Doença grave - Aids - Prisão domiciliar. - I - A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, *ex vi* art. 117 da Lei de Execução Penal. - II - Excepcionalmente, concede-se a prisão domiciliar ao réu portador de doença grave que, no regime fechado, demonstra a impossibilidade da aplicação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido. - III - Não restando

provado de plano que o réu depende de tratamento médico que não pode ser prestado no estabelecimento prisional, a ordem não pode ser concedida. Recurso desprovido (Processo nº 10.961 - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - Relator: Ministro Felix Fischer, j. em 22.05.2001).

Processo e execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 14 da Lei nº 6.368/76, c/c art. 8º da Lei nº 8.072/90. Sentenciado cumprindo pena no regime fechado. Estado de saúde debilitado. Prisão domiciliar. - I - A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi do art. 117 da Lei de Execução Penal (precedentes do Supremo Tribunal Federal). - II - Excepcionalmente, porém, esta Corte tem entendido que, mesmo no caso de regime prisional diverso do aberto, é possível a concessão de prisão domiciliar, em face de comprovada doença grave, se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado. - III - Todavia, no caso em exame, não houve demonstração cabal da alegada fragilidade do estado de saúde do paciente, sendo que a documentação juntada se restringe a laudos de exames clínicos que não comprovam a atualidade do quadro de saúde sugerido. - IV - É necessária a demonstração de que o tratamento médico prestado no estabelecimento prisional em que o paciente se encontra recolhido não é satisfatório ou suficiente para as suas necessidades (Precedentes). Ordem denegada (Processo nº 33.777/RJ - *Habeas Corpus* - Relator: Ministro Felix Fischer, j. em 21.09.2004).

À luz do exposto, nega-se provimento ao recurso. Custas, ex lege.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente. Diante da peculiaridade do caso, tão bem destacado pelo d. advogado, acompanho o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com o Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Homicídio qualificado - Tentativa - Lesão corporal grave - Tribunal do Júri - Quesito - Contradição - Não-ocorrência - Quesito especial - Desistência voluntária - Princípio da lealdade processual - Observância - Conselho de Sentença - Valoração da prova - Soberania do veredicto - Crime continuado - Caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Fundamentação - Perda de cargo público - Inadmissibilidade**

Ementa: Júri. Quesito. Contradição nas respostas. Inocorrência. Inversão da ordem de formulação. Concorrência da defesa. Decisão contrária à prova. Não-caracterização. Pena. Concurso material. Reconhecimento. Impossibilidade. Continuidade delitiva. Perda do cargo.

Efeito da condenação não fundamentado. Impossibilidade.

- Não há que se falar em renovação de votação, por contradição nas respostas dos jurados, se a divergência se deu em séries distintas de quesitos e relativas a vítimas diversas, sendo que o resultado de uma não compromete o da outra, por tratar-se de julgamentos independentes.

- É imprópria a formulação de quesito especial em face da tese da desistência voluntária.

- Em tema de nulidades, é regra elementar, decorrente do princípio da lealdade processual, a de que "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido".

- A decisão popular somente pode ser cassada, por contrariedade à prova, quando o posicionamento dos jurados se mostrar arbitrário, distorcido e manifestamente dissociado do conjunto probatório.

- Duplo homicídio contra vítimas diferentes. Possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, diante da norma expressa do parágrafo único do art. 71 do CP, acrescentado pela reforma penal de 1984.

- Deve ser afastado da condenação o efeito relativo à perda do cargo se o juiz não fundamentou a sua decretação, como exige taxativamente o parágrafo único do art. 92 do Código Penal.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.464138-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Waldir de Oliveira Pereira - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2008. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

#### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Fabiano José da Silva Florio.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Waldir de Oliveira Pereira foi julgado pelo I Tribunal do Júri desta Capital e condenado nos termos dos arts. 121, § 2º, IV,

c/c o art. 14, II (duas vezes) e art. 129, I, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, recebendo a pena total de 9 anos de reclusão (4 anos para cada homicídio e 1 ano pelo crime de lesões corporais), no regime inicialmente fechado, sob a acusação de haver, no dia 30 de setembro de 2004, por volta de 16h30min, na Rua Lingüinito, altura do nº 316, Bairro Santa Efigênciã, nesta Capital, juntamente com terceira pessoa, efetuado disparos de arma de fogo contra Rodrigo de Carvalho Romanhol, Rodrigo de Souza Silva e Hebert de Paula Martins, neles causando lesões corporais (ACDs de f. 278, 294/295 e 296/297).

Inconformado, apelou o réu, arguindo, em preliminar, a nulidade do julgamento. Sustenta que houve contradição nas respostas dadas ao terceiro quesito das três séries, tendo em vista que, nos referentes à 1ª e 3ª séries (vítimas Rodrigo Romanhol - 1ª - e Hebert de Paula Martins - 3ª), o Conselho de Sentença afastou a tese defensiva da desistência voluntária, enquanto no referente à 2ª série (vítima Rodrigo de Souza Silva) terminou por acatá-la. Salaria que, em virtude da contradição verificada, a votação deveria ser renovada, na forma exigida pelo art. 489 do Código de Processo Penal, providência esta não adotada pelo MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri. Como segundo motivo de nulidade, alega que, nas três séries, houve inversão na ordem de votação dos quesitos, considerando que o quesito da desistência voluntária foi apresentado aos jurados entre os quesitos desmembrados da tentativa, formulando-se as perguntas na seguinte ordem: "Assim agindo, iniciou-se a execução de um crime de homicídio? O crime de homicídio não se consumou em virtude do agente ter voluntariamente desistido de prosseguir na execução do crime? O crime de homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade da terceira pessoa?", quando, na realidade, somente poderia ser proposto após encerrada a votação sobre a caracterização da tentativa. No mérito, requer a cassação do veredicto popular, alegando que a decisão proferida pelos jurados, admitindo - na 1ª e 3ª séries - a sua participação nos fatos, bem como que a consumação, não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, e, por fim, negando a desistência voluntária, contrariou manifestamente a prova reunida nos autos. Pleiteia, ainda, absolvição quanto ao crime de lesões corporais - julgado pelo Juiz togado em face do reconhecimento da desistência voluntária -, argumentando que não ficou provada a sua participação no referido delito. Insurge-se, por fim, contra a aplicação das penas, aduzindo que o reconhecimento do concurso material entre os delitos foi equivocado, uma vez que, na realidade, está caracterizada a continuidade delitiva, enfatizando, mais, que a aplicação da sanção de perda do cargo de policial militar não se fez devidamente justificada na sentença, que não atendeu, nesse aspecto, ao disposto no art. 92, I, b, do Código Penal.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, e, nesta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento, para se decotar da condenação a sanção de perda do cargo.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procedem as preliminares argüidas nas razões recursais.

Com efeito, não se reconhece a contradição nas respostas dos jurados, quando a divergência se verifica em séries distintas, como ocorreu, na espécie, uma vez que, havendo pluralidade de vítimas, é da íntima convicção dos juízes leigos reconhecer a existência de desistência voluntária em relação a uma delas e afastar a tese em relação à(s) outra(s).

Colhe-se da jurisprudência:

Não há que se falar em renovação de votação, por contradição nas respostas dos jurados, se a divergência se deu em séries distintas de quesitos e relativas a vítimas diversas, onde o resultado de uma não comprometia o da outra, por tratar-se de julgamentos independentes.

E, mesmo que as circunstâncias fáticas fossem exatamente idênticas em relação a todas as vítimas - o que não é o caso, uma vez que aquelas em relação a quem não se reconheceu a desistência voluntária, ao primeiro sinal dos disparos, fugiram, enquanto o outro ofendido, em relação a quem a tese foi acolhida, ficou estirado ao solo à mercê dos réus -, poder-se-ia obrigar os jurados a ter idêntico posicionamento nas três séries e repetir a votação, com o que, inclusive, se estaria a contrariar o princípio da soberania, já que os jurados, que julgam por íntima convicção, valem-se do seu senso de justiça e de sua consciência para decidir o caso concreto.

Por outro lado, vê-se que a inusitada e extravagante apresentação aos jurados - buscando o afastamento da figura do art. 14, II, CP - da tese da desistência voluntária entre os quesitos desmembrados da tentativa se deu com a anuência da defesa.

Como se vê da ata de julgamento (f. 713/714), o digno Promotor de Justiça se insurgiu contra a formulação do quesito pertinente à tese referente à desistência voluntária, argumentando que bastaria a formulação do quesito clássico da tentativa (assim agindo, o réu iniciou a prática de um homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade), já que a resposta negativa acolheria implicitamente a tese defensiva (desistência voluntária), enquanto a resposta positiva a afastaria.

Apesar do acerto do posicionamento do representante do Ministério Público, pois, como ensinam os mestres Adriano Marrey (*Teoria e prática do júri*. 7. ed., p. 496-497) e Hermínio Marques Porto (*Júri - Procedimentos e aspectos do julgamento - Questionário*. 11. ed., p. 231), é imprópria a formulação de quesito especial



em face da tese da desistência voluntária, o ilustre Defensor - que agora se insurge com a indagação da citada tese - não concordou com o digno Promotor de Justiça, insistindo na apresentação dos quesitos na forma proposta.

Ora, em tema de nulidades, é regra elementar, decorrente do princípio da lealdade processual, a de que "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido" (art. 565, CPP).

Assim sendo, rejeito as preliminares.

Examinando o mérito, constato que não assiste razão à defesa quando pretende a cassação da decisão popular, por considerá-la como afrontosa à prova colhida, pois o veredicto popular tem firme apoio nos elementos de convicção reunidos no processo.

Apesar de o apelante negar, em todas as oportunidades em que foi ouvido, a sua participação nos fatos, a esse respeito não existem dúvidas, decorrendo a certeza a respeito, primeiramente, do seguro reconhecimento feito pelas vítimas, que, nas suas declarações, o apontaram como um dos envolvidos nas tentativas de homicídio contra elas praticado (f. 15/16, 43/45, 57/59, 150/152, 168/169, 698/699)

É bom lembrar que, ainda no hospital em que foram socorridos, os ofendidos indicaram o envolvimento do réu, ora apelante, nos fatos narrados na denúncia.

É o que se constata dos depoimentos dos policiais militares Luciano de Abreu Ramos (f. 05 - 153) e Wilton Custódio Soares (f. 06). Vejamos:

[...] que, no dia dos fatos, a guarnição do declarante foi acionada para comparecer ao local, recebendo a determinação do tenente Geisel para assumir a ocorrência 20; que, lá chegando, já havia um policial em uma motocicleta, ou seja, cabo Carvalho; que as informações recebidas pelo Copom e também pelo cabo Carvalho eram de que um indivíduo conhecido por 'Serginho Gordo' e outro por 'Piazza' que teriam praticados os delitos; que o declarante chegou a ter contato com a vítima que estava sendo atendida no local, mas ela estava muito ensangüentada; que no hospital essa vítima, bem como as outras duas, informaram que os autores do delito teriam sido os acusados já mencionados [...] (f. 153).

[...] na data de hoje, encontrava-se no local supramencionado onde depararam com dois indivíduos sendo socorridos pelo Samu por terem sido alvejados por disparos de arma de fogo por dois elementos que estavam em uma moto da marca Twister Azul, sendo que um deles é 'Serginho Gordo' e o outro é conhecido como 'Piazza' e é cabo da PMMG; que, então, o declarante foi para o HPS juntamente com a guarnição, e, chegando lá, um outro rapaz que também foi atingido por uma bala confirmou que os autores dos disparos foram os mesmos relacionados acima [...] (f. 06).

Ora, é evidente que, se as vítimas não tivessem certeza sobre os autores do delito, não teriam declinado o nome deles no calor dos fatos, enquanto ainda estavam sendo medicadas no hospital.

É certo que realmente existe certa hesitação nas declarações dos ofendidos Rodrigo de Carvalho Romanhol e Rodrigo Souza Silva, no que tange ao autor dos dis-

paros, uma vez que o primeiro afirmou que foram efetuados por Sérgio, sendo Waldir o condutor da motocicleta, enquanto o segundo afirmou justamente o contrário, ou seja, que a motocicleta era conduzida por Sérgio, enquanto os tiros foram dados por Waldir.

No entanto, essa divergência de versões quanto ao autor dos disparos de modo algum retira a credibilidade da palavra dos ofendidos, uma vez que a confusão se explica em face da rapidez com que ocorreram os fatos, bem como do próprio estresse decorrente da situação aflitiva por eles vivenciada naquele momento, uma vez que se encontravam sob iminente risco de morte.

O que importa é que as vítimas não titubearam quanto ao principal, ou seja, o reconhecimento dos réus como responsáveis pela agressão a tiros que sofreram.

Portanto, a declaração das vítimas, apontando a participação do réu nos fatos, perfaz uma versão perfeitamente aceitável.

Mas não é só a palavra das vítimas que incrimina o ora apelante. Segundo o depoimento do policial militar Robson Geisel da Cruz, Waldir, ao ser por ele abordado, momentos depois dos fatos, portava um revólver calibre 38 e dois carregadores de pistola semi-automática. Entretanto, na delegacia de polícia, o apelante negou que estivesse portando tais carregadores.

São palavras da testemunha:

[...] foi até a casa do policial Piazza; que, lá chegando, o referido policial estava cortando uns matinhos na frente de seu prédio e com uma criança do lado; que o policial estava com uma pochete na cintura, quando o declarante pediu para ver o que tinha na bolsa; que o próprio acusado disse que estaria armado com um revólver calibre 38, da corporação; que o acusado tinha dentro de sua bolsa dois carregadores de arma de fogo PT semi-automática, além de muitas munições de 38; que o declarante pediu ao acusado Piazza para acompanhá-lo até a delegacia, mas ele pediu para ir até a sua casa avisar que estaria indo até a Depol; que saíram da casa de Piazza e passaram no HPS para ver como estava a vítima; que, na delegacia, o declarante pediu ao acusado Piazza para apresentar a sua arma, as munições e os carregadores, crendo que, quando ele foi até a sua casa, os dispensou; que o declarante perguntou a Piazza o que ele havia feito com os dois carregadores da pistola semi-automática, quando ele disse para o declarante que não estava portando tais carregadores [...] (f. 234/235).

Como reforço à convicção dos jurados, têm-se, ainda, que o álibi sustentado pelo apelante não ficou comprovado.

Com efeito, no auto de prisão em flagrante e em suas declarações perante o Juiz sumariante, sustentou Waldir que:

[...] no dia e horário dos fatos, se encontrava em uma alfaiataria militar, ou seja, na Avenida Amazonas, próximo ao batalhão; [...] na companhia da sua esposa, que também é militar (f. 90).

Apesar de juntar aos autos a cópia de uma nota fiscal de compra de uma farda, com data de 30.09.04 (dia

do crime), emitida pela alfaiataria onde afirmou se encontrar, tal documento, que está em nome de sua esposa, nem sequer comprova que o apelante esteve mesmo naquele local.

E não seria para ele difícil fazer tal comprovação. Bastaria que arrolasse como testemunha algum funcionário da referida empresa, ou até mesmo a sua esposa, que seria ouvida na qualidade informante.

Entretanto, nem mesmo a esposa de Waldir compareceu aos autos para comprovar o álibi levantado pelo marido, o que causa profunda estranheza.

Por outro lado, a defesa afirma que várias testemunhas viram o ora apelante entre 16h e 17h (estranhamente nenhuma delas fornece a hora exata), fazendo trabalhos de jardinagem no prédio em que reside (f.195/196, 198, 199, 200).

Ocorre que o próprio apelante afirma - sem comprovar - que no horário do crime (ocorrido por volta de 16h25min) estava na alfaiataria militar.

Como se vê, existe contradição em relação ao local em que se encontrava o apelante no momento dos fatos, dizendo ele que estava na aludida alfaiataria, enquanto a sua defesa tenta fazer crer que ele estava trabalhando no jardim do prédio em que reside, tanto que, nas razões recursais, afirma que várias testemunhas "viram-no e com ele falaram, conforme afirmam, a partir das 16h até o momento em que fora preso, o que se deu por volta das 17h".

É sabido que quem oferece um álibi deve comprová-lo satisfatoriamente, sob pena de ainda mais robustecer a imputação contra si lançada.

Colhe-se da jurisprudência:

Álibi. Prova. - A afirmativa de álibi exige a comprovação por quem alega negativa de autoria (RJTJERS 203/224).

Quem afirma um álibi deve comprová-lo, sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria (JCAT 59/288-289).

A decisão popular também não contraria a prova dos autos, no ponto em que reconheceu que o homicídio em relação às vítimas Rodrigo de Carvalho Romanhol e Hebert Ferreira de Castro Júnior não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos réus.

É que essas vítimas fugiram, sendo razoável supor que, em virtude da fuga, saíram do raio de ação dos agentes, que, por isso mesmo, não puderam concretizar o seu intento homicida, não por terem desistido voluntariamente.

Ora, a decisão popular somente pode ser cassada, por contrariedade à prova, quando o posicionamento dos jurados se mostrar arbitrário, distorcido e manifestamente dissociado do conjunto probatório, o que, definitivamente, não é o caso dos autos, já que a decisão do Conselho de Sentença tem seguro apoio na prova reunida.

Correta, também, a condenação pelo crime de lesões corporais graves, proferida pelo Juiz-Presidente do Tribunal, para quem a competência se fez declinada pelo

Conselho de Sentença, por entender que, em relação à vítima Rodrigo de Souza Silva, o apelante desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do crime de homicídio.

Como se viu, o apelante foi seguramente reconhecido pelas vítimas, que, certamente, não iriam incriminá-lo a troco de nada e proteger o verdadeiro o culpado.

As declarações prestadas pelas vítimas têm ressonância no contexto probatório, máxime no depoimento do policial Robson Geisel da Cruz, valendo destacar, ainda, que o álibi levantado pelo apelante não ficou comprovado.

Portanto, a prova reunida é mais que suficiente para a condenação.

Entretanto, a meu sentir, o digno Sentenciante realmente não agiu com seu costumeiro acerto na aplicação das penas, assistindo razão à defesa no que diz respeito à não-caracterização do concurso material.

Ora, sendo os crimes da mesma espécie, praticados na mesma hora e local e com idêntico modo de execução, forçoso concluir que se encontram preenchidos todos os requisitos necessários para a caracterização da continuidade delitiva, valendo lembrar que, após a reforma havida no Código Penal em 1984 (Lei 7.209/84), tornou-se possível, nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com grave ameaça ou violência à pessoa, o reconhecimento do crime continuado (art. 71, parágrafo único).

Colhe-se da jurisprudência:

Duplo homicídio contra vítimas diferentes. Possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, diante da norma expressa do parágrafo único do art. 71 do CP, acrescentado pela reforma penal de 1984 (STJ - REsp - Rel. Min. Assis Toledo - RT 706/377).

Assim, afastado o concurso material e reconhecida a continuidade delitiva, é de rigor a adequação da pena imposta ao apelante.

Considerando que a sanção maior foi fixada em 4 anos, aumento-a de metade (art. 71, parágrafo único), ficando a pena do apelante, pelos homicídios, concretizada em 6 anos, a qual deve ser somada à pena de 1 ano referente ao crime de lesões corporais (espécie distinta), ficando a sanção totalizada em 7 anos de reclusão, montante que permite o cumprimento no regime semi-aberto.

Afasto, ainda, da condenação o efeito relativo à perda do cargo, pois o MM. Juiz não fundamentou a sua decretação, como exige taxativamente o parágrafo único do art. 92 do Código Penal.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para os fins constantes deste voto.

Custas, na forma da lei.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

DES. HERCULANO RODRIGUES - De acordo.

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

...

**Violência doméstica - Lei Maria da Penha -  
Princípio da isonomia - Inconstitucionalidade -  
Não-ocorrência - Conflito de competência -  
Justiça comum**

Ementa: Conflito de competência. Lei Maria da Penha. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Competência do Juízo suscitante.

- A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo.

- As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher, enquanto sujeitos passivos da violência doméstica.

- O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.

**CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.07.466156-2/000 - Comarca de Além Paraíba - Suscitante: Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Além Paraíba - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Além Paraíba - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Além Paraíba em face do Juiz de Direito da 1ª Vara daquela mesma comarca.

Em suma, alega o MM. Juiz suscitado, "ser inconstitucional o afastamento da aplicação da Lei 9.099/95

nos crimes de competência absoluta do Juizado Especial, quando a vítima for do sexo feminino" - f. 14/15.

Após, o MM. Juiz do Juizado Especial da Comarca de Além Paraíba se manifestou pela suscitação do presente conflito de competência para o julgamento dos crimes praticados contra a mulher no âmbito das relações doméstica e familiar, abrangidos pela Lei 11.340/06 (f. 17 e 18/19).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador José Alberto Sartório de Souza, opina pelo reconhecimento da competência do Juiz suscitado (f. 25/28).

É o relatório.

Conheço do conflito, em face do ajuste legal.

Versam os autos sobre a competência para o julgamento do feito em que se imputa a Valdiney Jorge Ferreira a prática de ameaça - art. 147 do CP - contra sua esposa, Cristiane Aparecida da Silva.

Razão assiste ao Magistrado suscitante.

O art. 41 da Lei 11.340/06 dispõe que:

Art. 41 - Aos crimes praticados com a violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

E o art. 33 da citada lei dispõe:

Art. 33 - Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Assim, resta clara a opção do legislador em conferir à Justiça comum, e não aos Juizados Especiais, a competência para julgamento dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico.

Ademais, através da leitura de outros dispositivos da Lei Maria da Penha, evidenciou-se a intenção do legislador em imprimir tratamento prioritário e mais rigoroso aos delitos ali abrangidos ao, por exemplo, possibilitar que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada; modificar a pena máxima, que antes era de seis meses a um ano, para até três anos, com a possibilidade de ser aumentada em até um terço, caso a mulher agredida seja portadora de deficiência; proibir a aplicação de penas alternativas pecuniárias como pagamento de multa ou cesta básica pelo agressor; além de tipificar e estabelecer as formas de violência doméstica como física, moral, psicológica, patrimonial e sexual, dentre outras.

Não há que se falar em inconstitucionalidade dos supracitados arts. 33 e 41, já que, inicialmente, entendo que a Lei Maria da Penha atende ao princípio constitucional da igualdade, que, a meu ver, não permite que

se tratem igualmente situações desiguais ou desigualmente situações iguais.

O Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente discutindo o teor e alcance jurídico do postulado constitucional da igualdade. Pode-se afirmar que duas conclusões se extraem dos julgados pretorianos analisados para fins de resolução da matéria versada neste recurso: a igualdade requer, para sua tutela, a delimitação de parâmetros que permitam a identificação dos iguais e desiguais; lado outro, mas como consequência, a igualdade tem a sua vertente formal e a face material ou substantiva.

Nesse sentido, o julgado a seguir transcrito elucidada os contornos do princípio da isonomia supracitados:

A proibição veiculada pelo preceito atacado não substancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. O preceito inscrito no art. 77 da Lei Federal nº 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil. 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (STF - ADIN 3305/DF - Rel. Min. Eros Grau).

É possível então concluir que uma ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional, já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo.

Neste instante, o conceito de violência de gênero tratado pela Lei 11.340/06 desempenha papel extremamente relevante para entendimento da *quaestio*.

O que se pretende, então, afirmar é que as ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher, enquanto sujeitos passivos da violência doméstica.

O tratamento diferenciado que existe - e isso é fato - na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, mas, pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla.

Essa violência é geradora de uma situação de desigualdade material entre homem e mulher, determi-

nando, assim, uma especial atenção do legislador na busca da sua prevenção.

Não se pode, dessa forma, igualar situações, ainda que unidas pela característica da violência, se apresentarem diversidade de valor. É dizer: o marido que espanca a esposa não comete a mesma violência da esposa que agride o marido.

Não se trata de situações idênticas, a não ser que os olhos do intérprete estejam cerrados para o conceito de violência de gênero e a forma como os valores sociais são consolidados ao longo dos tempos.

A busca pela igualdade material é lícita, constitucional e não deve ser objeto de intromissão do Judiciário, que, pelo contrário, deve promovê-la. A igualdade meramente formal é importante, mas não esgota a função estatal de efetivação do bem-estar público.

Nesse contexto, o excelente artigo do Professor Márcio Nuno Rabat, consultor legislativo da Câmara dos Deputados:

O intérprete da Constituição deve lidar com a ambigüidade do Estado de direito democrático contemporâneo. A ordem constitucional vigente resulta de um compromisso entre duas concepções de justiça social que, levadas ao extremo, não poderiam conviver uma com a outra. Cabe ao intérprete discernir, em cada caso que lhe é colocado, a solução que melhor articule o princípio da igualdade formal com o ideal da expansão substantiva da cidadania [...] De qualquer forma, a própria centralidade da articulação entre igualdade formal e igualdade substantiva nas ordens constitucionais contemporâneas permite discernir um critério de interpretação dificilmente elidível: nem a ênfase na igualdade formal pode ser de tal ordem que ponha em causa o intento de se atuar positivamente para a garantia de cidadania integral para todos; nem a ênfase na igualdade substantiva pode ser de tal ordem que ponha em causa a dinâmica social capitalista e o projeto de neutralização do Estado frente aos grupos sociais. Qualquer interpretação que exceda desses parâmetros implicará, em último termo, modificação estrutural da ordem constitucional vigente, seja em benefício da exclusividade de um dos princípios acima expostos, seja pela assunção de um terceiro (in *Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial*, disponível em <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/01119.pdf>).

E conclui, com precisão:

As políticas de ação afirmativa, no âmbito das relações raciais, têm sido combatidas, entre nós, principalmente com apelo a dois argumentos. Primeiro, o de sua incompatibilidade com o princípio da igualdade, tal como estabelecido na Constituição Federal. Até aqui, procurei contrapor-lhe o argumento da duplicidade do Estado de direito democrático contemporâneo, que se sustenta em dois pilares: de um lado, a igualdade formal perante a lei; de outro lado, o combate a desigualdades materiais em nome da expansão da cidadania. A interpretação do princípio da igualdade oscila entre os dois pólos, como demonstrado pela aceitação da reserva legal de vagas, em função do gênero, nas listas de candidatas a cargos nas casas legislativas - e pela própria ambigüidade do dispositivo legal que a introduz.

Por fim, acrescenta-se que, sob esse real significado do princípio da igualdade, é que foram criados outros diplomas legais visando à proteção de minorias em situações de similar hipossuficiência, tais como os idosos (Lei nº 10.741/03), crianças e adolescentes (Lei 8.069/90) e consumidores (Lei 8.078/90).

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci (in *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª tiragem, Editora RT, p. 884):

[...] os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o *quantum* da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95. Embora severa, a disposição do art. 41 em comento é constitucional. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal delegou à lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia, e não da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11.340/2.006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a 'pena de cesta básica', além de outros benefícios (art. 17 desta lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95.

Colaciono ainda, decisões deste egrégio Tribunal, que, em todas as suas Câmaras isoladas, já se manifestou pela constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha:

Conflito negativo de jurisdição. Lei Maria da Penha. Art. 41. Constitucionalidade. Competência do Juízo comum. Precedentes desta Corte. - Este agosto Tribunal firmou o entendimento de que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 é constitucional, ficando, portanto, excluída a competência do Juizado Especial Criminal para a apreciação das condutas relativas à violência doméstica contra a mulher. (Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.460485-1/000 - Relator Des. Eduardo Brum - 1ª Câmara Criminal - p. em 1º.11.2007.)

Conflito negativo de jurisdição. Juiz da Justiça comum e Juiz do Juizado Especial Criminal. Crimes praticados com violência doméstica. Competência da vara comum. Procedência do conflito. Declaração de competência do Juízo suscitado. - Os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o *quantum* da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95 (Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.452252-5/000 - Relatora Des.ª Beatriz Pinheiro Caires - 2ª Câmara Criminal - p. em 18.07.2007).

Conflito negativo de jurisdição. Violência doméstica contra mulher. Lei Maria da Penha. Inexistência de Justiça especializada. Incompetência do Juizado Especial para julgar. - Estabelecendo a Lei Maria da Penha que os crimes pratica-

dos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplicam à Lei dos Juizados Especiais e, inexistindo juizados especializados para julgar as causas referentes a estes crimes, a competência deve ser a da Justiça comum (Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.455079-9/000 - Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel - 3ª Câmara Criminal - p. em 23.10.2007).

Apelação criminal. Lei Maria da Penha. Ofensa ao princípio da isonomia. Competência. Art. 5º da Resolução nº 529/2007. Provimento parcial. - A política de repressão à violência contra a mulher, efetivada pela Lei 'Maria da Penha', está intimamente ligada à necessidade de concretização do princípio constitucional de isonomia, procurando diminuir a desigualdade de condições entre homens e mulheres na busca da dignidade da pessoa humana, diante do fato público e notório da quantidade de agressões sofridas pelas mulheres na intimidade doméstica. Nos termos do art.1º da Resolução nº 529/07 deste Tribunal, é da competência da Vara Criminal a apreciação das matérias cíveis e criminais relativas à Lei 11.340/06 enquanto não forem criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar (Apel. Crim. nº 1.0672.07.245610-2/001 - Relator Des. Walter Pinto da Rocha - 4ª Vara Criminal - p. em 23.10.2007).

Conflito de competência - Violência doméstica - Justiça comum x Juizado Especial - Constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06 - Competência do Juiz suscitado. - Os crimes praticados mediante violência doméstica, segundo conceito da Lei 11.340/06, não são de menor potencial ofensivo, sendo excluídos do âmbito do Juizado Criminal, por seu art. 41 (Conflito de Competência nº 1.0000.07.458417-8/000 - Relatora Des.ª Maria Celeste Porto - 5ª Câmara Criminal - p. em 16.10.2007).

Por tais considerações, dou pela competência do Juiz de Direito suscitado.

Sem custas.  
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e HÉLCIO VALENTIM.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

...

**Habeas corpus - Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo - Prisão em flagrante - Ausência de nulidade - Laudo pericial - Dispensabilidade - Crime inafiançável - Liberdade provisória - Impossibilidade - Constrangimento ilegal não caracterizado - Denegação da ordem**

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Lei 11.343/06. Prisão em flagrante. Regularidade do flagrante. Laudo de constatação juntado posteriormente. Mera irregularidade, incapaz de ensejar a nulidade do

flagrante. Inexistência de dúvida quanto à natureza da substância. Liberdade provisória. Custódia cautelar devidamente motivada. Alegação de primariedade, domicílio certo e trabalho lícito. Condições meritórias que, por si sós, não têm o condão de autorizar a liberdade provisória. Novo posicionamento jurisprudencial do STF e STJ.

- A vedação da liberdade provisória aos crimes hediondos é de caráter constitucional, derivando da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza, conforme o disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Liberdade provisória vedada no art. 44 da Lei 11.343/06. Constrangimento ilegal não configurado.

Ordem denegada.

**HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.469010-6/000 - Comarca de Elói Mendes - Paciente: Leandro Lourenço Silva Pereira - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Comarca de Elói Mendes - Relator: DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 6 de março de 2008. - Reynaldo Ximenes Carneiro - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Marçal Figueiredo e Júlio César Ferreira Teodoro da Silva, em favor de Leandro Lourenço Silva Pereira, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por estar preso desde a data de 19.01.2008, por suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Sustenta ser primário, de bons antecedentes, com residência fixa no distrito da culpa e trabalho lícito. Alega que a prisão preventiva é medida de exceção e, no caso *sub judice*, não se encontram presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Aduz que a Lei 11.464/07 revogou o art. 2º da Lei 8.072/90, de modo que a liberdade provisória é perfeitamente aplicável ao presente caso. Sustenta que a decisão que indeferiu o seu pedido de liberdade provisória não se mostra devidamente fundamentada. Alega ainda a nulidade do flagrante por falta do laudo de constatação, inexistindo, portanto, prova da materialidade do delito no momento da prisão, já que o referido laudo só foi juntado aos autos no dia 23.01.08. Por fim, pugna pela concessão da ordem para que possa

responder ao processo em liberdade (f. 02/13-TJ). Instruiu o pedido com cópias de documentos (f. 14/95-TJ).

A liminar foi indeferida à f. 100. As informações foram prestadas pelo d. Juiz monocrático, às f. 104/105-TJ, acompanhadas de cópias de peças processuais (f. 106/ 113-TJ).

O parecer da d. Procuradoria de Justiça é no sentido da denegação da ordem (f. 115/118-TJ).

Eis o relatório.

O paciente foi preso em flagrante por suposta prática do crime capitulado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, tendo o seu pedido de relaxamento de prisão e liberdade provisória sido indeferido pelo d. Juiz *a quo*.

Ao contrário do alegado pelo impetrante, após um exame do APF anexado aos autos, não se vislumbra qualquer vício ocorrido na prisão em flagrante que pudesse inquiná-la de nulidade. A meu ver, o auto de prisão em flagrante lavrado está formalmente correto, estando dentro das exigências previstas pelo art. 304 do CPP.

Por outro lado, o fato de o laudo de constatação ter sido juntado aos autos tardiamente, ou seja, somente no dia 23.01.08, não configura nulidade absoluta, não tendo o condão de, por si só, tornar o flagrante nulo, ou mesmo de ensejar o relaxamento da prisão, já que em momento algum se teve dúvida da natureza da substância apreendida, fato este que foi, inclusive, admitido pelo paciente no momento do flagrante.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

*Habeas corpus* - Tráfico - Prisão em flagrante - Regularidade - Laudo de constatação - Lavratura do flagrante - Dispensabilidade - Liberdade provisória - Impossibilidade - Crime equiparado a hediondo. - Para a validade do flagrante, não se faz necessário o laudo de constatação provisória, quando indubitosa a natureza da substância entorpecente.

- Réu preso em flagrante e denunciado por tráfico de drogas não tem direito à liberdade provisória, ainda que seja primário, de bons antecedentes e com a vantagem de não ter contra si quaisquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (TJMG, 2ª Câmara Criminal, HC 1.0000.06.439493-5/000, Rel.º Des.º Beatriz Pinheiro Cáires, v.u., j. em 06.07.2006, in DOMG de 08.08.2006).

Há que se salientar que não é suficiente para autorizar a liberdade provisória o fato de o paciente ser primário, possuir residência fixa e trabalho lícito, uma vez que tais condições meritórias, por si sós, não possuem força suficiente para a aquisição da liberdade provisória ante a legalidade da prisão.

Cumprê destacar ainda que a decisão que indeferiu a liberdade provisória se mostra devidamente motivada, ademais tem-se que o novo posicionamento jurisprudencial firmado pelo STF e STJ é no sentido de que, para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, não se faz necessária ampla fundamentação, com exame aprofundado dos pressupostos do art. 312 do CPP, uma vez que a vedação da liberdade provisória

aos crimes hediondos deriva da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza preconizada no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, de modo que a simples hediondez do delito já justifica a denegação da liberdade provisória em razão da vedação constitucional.

Há que se salientar que a nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06) veda expressamente, em seu art. 44, a liberdade provisória ao agente que pratica o delito do art. 33, *caput* e § 1º, bem como os tipos penais capitulados nos arts. 34 e 37 da referida lei.

Com essas considerações, por entender inexistir constrangimento ilegal passível de justificar a concessão do remédio heróico, denego a ordem.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

...

**Tráfico de entorpecentes - Conflito de competência - Investigação criminal - Prisão em flagrante - Denúncia - Recebimento - Prevenção - Inaplicabilidade - Competência pelo lugar da infração**

**Ementa:** Conflito negativo de competência. Tráfico de entorpecentes. Investigações preliminares. Prisão em flagrante em outra comarca. Recebimento da denúncia. Local da infração. Regra geral.

- Nos termos da lei processual penal (art. 70 do CPP), a competência para o processamento e julgamento do feito é do juiz do local da infração em tese cometida, ou seja, o lugar da consumação do delito.

- Apesar das investigações preliminares realizadas, tendo o delito ocorrido em outra comarca, com a prisão em flagrante do acusado e o recebimento da denúncia, prevalece o requisito do local da infração para fixação da competência, excluindo-se a subsidiariedade dos demais critérios.

**CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.08.472313-9/000 - Comarca de Itaguara - Suscitante: Marco Antônio Oliveira Guimarães - Suscitados: Juiz de Direito da Comarca de Cláudio, Juiz de Direito da Comarca de Itaguara - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ITAGUARA.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - *Adilson Lamounier* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de conflito de competência suscitado por Marco Antônio Oliveira Guimarães em face do MM. Juiz de Direito da Comarca de Cláudio e do MM. Juiz de Direito da Comarca de Itaguara.

Em síntese, argumenta o suscitante que o Juiz da Comarca de Cláudio autorizou a busca e apreensão na residência do mesmo no Município de Itaguara, sendo que anteriormente também havia autorizado a interceptação telefônica, atendendo a requerimento da autoridade policial. Não obstante, os autos de inquérito policial foram remetidos ao Juízo da Comarca de Itaguara, não sendo ainda oferecida denúncia.

Afirma que os atos pré-processuais realizados caracterizam a prevenção do Juízo da Comarca de Cláudio, nos termos do art. 83 do CPP, motivo pelo qual se torna competente para conhecer do processo-crime.

Às f. 40-TJ e 51/52-TJ, foram prestadas informações pelos Juízos suscitados.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Procurador de Justiça Dr. Antônio José Leal (f.72/74-TJ), opina pelo indeferimento do conflito negativo suscitado, com a manutenção da competência do Juiz de Direito da Comarca de Itaguara.

É o relatório.

Decido.

Conheço do conflito suscitado, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Em que pesem as lançadas razões do impetrante, com a devida vênia, não há como acolher a pretensão manejada, pois, ao contrário do alegado na inicial, a competência para conduzir a ação penal interposta é do Juízo da Comarca de Itaguara.

Compulsando os autos, verifica-se que o suscitante foi preso em flagrante delito na Comarca de Itaguara pela prática, em tese, de delito de tráfico de entorpecentes, tendo sido denunciado pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, conforme corroborado no auto de prisão em flagrante às f. 59/62-TJ.

Verifica-se que a autoridade policial da Comarca de Cláudio, em face de indícios de uma provável rede de traficantes na cidade, requereu autorização judicial para interceptação telefônica, na qual, por meio de escutas, constatou-se o envolvimento de oito investigados, residentes nas cidades de Cláudio, Itaguara e Itapeverica, com o delito de tráfico de drogas.

Tendo em vista os fundados indícios de autoria do delito, representou pela decretação da prisão temporária

dos investigados e a realização de busca e apreensão, o que foi deferido pelo d. Juiz em face da garantia do bom andamento das investigações policiais.

Como se depreende, os policiais militares, ao efetuarem o cumprimento do mandado de prisão temporária na residência do suscitante, na Comarca de Itaguara, adentraram a residência e localizaram um tablete de uma substância esverdeada semelhante a maconha, bem como uma arma. Diante de tais fatos, os policiais reconheceram a situação de flagrância e prenderam o suscitante.

Por conseguinte, o próprio Magistrado da Comarca de Cláudio, apesar das medidas cautelares por ele determinadas, declinou da competência em favor do Juízo da Comarca de Itaguara, uma vez que a custódia do suscitante decorreu do flagrante originado naquela comarca, sendo inclusive remetido o inquérito policial e oferecida a respectiva denúncia (f.13-TJ).

Como é cediço, nos termos da lei processual penal (art. 70 do CPP), a competência para o processamento e julgamento do feito é do juiz do local da infração em tese cometida, ou seja, o lugar da consumação do delito.

Diferentemente do que alegou o suscitante, na hipótese em exame, não se aplicam as regras do art. 83 do CPP, sobretudo porque o foro geral, conforme já visto, é o lugar da infração.

Veja-se que não houve qualquer delito ocorrido na Comarca de Cláudio, ocorrendo somente investigações policiais iniciadas acerca da possível configuração de rede de traficantes residentes em diversas localidades do Estado, o que por si só não basta para configurar a prevenção daquele Juízo. Saliento que na Comarca de Cláudio não havia nada instaurado contra o suscitante.

Já na Comarca de Itaguara, houve a configuração de um delito, perpetrado na residência do acusado, reconhecido o estado de flagrância.

Somente em caso de dúvida acerca do local da infração é que a competência se firmaria pela prevenção, tornando preventa a primeira autoridade judicial a se manifestar nos autos.

Esse não é o caso dos autos, em que, sendo certo o local da infração cometida, exclui-se a subsidiariedade dos demais critérios em face da regra geral.

Sobre o assunto, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Não sendo possível utilizar os vários critérios para estabelecer a competência do juiz, porque há mais de um que, pela situação gerada, poderia conhecer do caso, deve-se aplicar o critério da prevenção (...). Entretanto, convém mencionar a lição de Frederico Marques, diferenciando o critério da prevenção sob duas óticas: a) quando não se souber onde se deu a consumação do delito, bem como quando não se tiver ciência do local de domicílio ou residência do réu, a prevenção funciona como foro subsidiário (art. 72, § 2º, CPP); b) quando houver incerteza entre os limites territoriais de duas ou mais comarcas, bem como não se souber onde foi cometido exatamente o delito e, ainda, quando se tratar de

infração continuada ou permanente, a prevenção serve como regra de fixação da competência (arts. 70, § 3º, e 71, CPP) (in *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 167).

Como é cediço, o lugar da infração, fixado como regra geral para determinação da competência, é o mais indicado para apuração dos fatos, uma vez que é no lugar do crime que mais facilmente podem ser colhidas as provas do delito, realizar perícias e exames, bem como ouvir as testemunhas do fato delituoso.

Salienta-se que a própria denúncia já foi ofertada na Comarca de Itaguara (f. 45/47-TJ), cujo Magistrado inclusive já proferiu decisão acerca do indeferimento do pedido de liberdade provisória, se regulando, portanto, a competência daquele Juízo para conhecimento da ação penal e não justificando a remessa dos autos para outra comarca.

Isso posto, acolho o parecer do i. Procurador de Justiça e dou como competente para apreciar e julgar o feito o Juízo da Comarca de Itaguara.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e MARIA CELESTE PORTO.

*Súmula* - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ITAGUARA.

...

***Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Prisão preventiva - Requisitos - Gravidade genérica do delito - Ausência de fundamentação concreta - Constrangimento ilegal - Instrução criminal - Sentença condenatória - Direito de apelar em liberdade - Concessão da ordem**

Ementa: *Habeas corpus*. Processual penal. Tráfico de drogas. Pacientes que permaneceram soltos durante a instrução criminal. Sentença condenatória. Vedado o direito de apelar em liberdade. Determinação de recolhimento à prisão. Gravidade genérica do delito. Falta de fundamentação concreta da necessidade da custódia cautelar. Ordem concedida.

- Concede-se a ordem, porque, na parte em que se determina o recolhimento dos pacientes ao cárcere, não demonstrou a decisão condenatória as concretas circunstâncias estabelecidas no art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo tão-só referência genérica à gravidade do delito e procedendo à simples reprodução dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, sem



concreta referência à real indispensabilidade da medida para assegurar a ordem pública.

- O réu que foi preso cautelarmente, mas posto em liberdade por excesso de prazo da formação da culpa, e, solto, respondeu ao processo, tem a prerrogativa de, em liberdade, esperar o julgamento de seu recurso.

**HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.474986-0/000 - Comarca de Ouro Preto - Paciente: Carlos Alexandre Bernardo - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara Criminal da Infância e Juventude da Comarca de Ouro Preto - Relatora: DES.ª MARIA CELESTE PORTO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2008. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Referem-se os autos a *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Carlos Alexandre Bernardo e Eliane Inácio de Oliveira, através de advogados, ao argumento de que os pacientes se acham sob ilegal constrangimento, decorrente de o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto, ao condená-los pela prática de tráfico de drogas, juntamente com outros, lhes haver negado o direito de apelar em liberdade.

Destaca a inicial do *writ* que os sentenciados são primários e que a decisão está carente de fundamentação. Ademais, pelo fato de haverem respondido soltos ao processo, têm o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação a ser interposta.

As iniciais vieram instruídas com documentos.

Determinei a prévia requisição de informações para exame do pedido de liminar.

Prestados os informes pela autoridade apontada como coatora, acompanhadas de cópias de peças dos autos.

Concedida a liminar.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Esse é o relatório.

Buscam os impetrantes a concessão de ordem para que possam os pacientes em liberdade aguardar o julgamento de recurso a ser interposto contra sentença que os condenou a 7 (sete) anos de reclusão e 130 dias-multa (Carlos Alexandre) e 6 (seis) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa (Eliane), ambos pela prática dos delitos previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76.

Verifica-se que, efetivamente, os pacientes respondiam soltos ao processo, relaxado que fora o flagrante por excesso de prazo, como confirmado pela autoridade impetrada.

Na sentença condenatória, quando negou o direito de recurso em liberdade, o Magistrado sentenciante assim justificou (f.110):

7.5) Das disposições para todos os acusados

Denego o recurso em liberdade, com fulcro nos arts. 312 e 594 do CPP, aos denunciados acima, vez que o mesmo encontra-se atualmente preso, sendo sua custódia imprescindível para a garantia da ordem pública e para a aplicação da Lei Penal (sic).

Reveste-se de erro material nesse ponto a r. decisão, prolatada em 18.03.2008, ao considerar estarem presos os sentenciados. E, malgrado haja determinado a douta Sentenciante a expedição dos mandados de prisão após o trânsito em julgado da sentença, em seqüência, determinou que se expedissem mandados de prisão contra os pacientes e co-réus.

Nesse passo, pelo teor da sentença condenatória e das informações prestadas, o fundamento que deu suporte à negativa do direito de os sentenciados apelarem em liberdade foi exclusivamente a gravidade do delito, porquanto condenados pela prática dos crimes de associação para o comércio de substância entorpecente.

Vislumbro, assim, notadamente porque em liberdade se encontravam, a presença dos requisitos indispensáveis ao atendimento do pleito liberatório.

Despiciendo recordar que a custódia cautelar é medida excepcional e, como tal, somente deve ser imposta por meio de fundamentação idônea, colhida dos autos, quanto à eventual necessidade da medida, o que não se verifica na hipótese em análise.

O réu que foi preso cautelarmente, mas posto em liberdade por excesso de prazo da formação da culpa, e solto respondeu o processo tem a prerrogativa de, em liberdade, esperar o julgamento de seu recurso, conforme entendimento dos tribunais superiores.

No caso, ao determinar o recolhimento dos pacientes ao cárcere, não demonstrou a douta Sentenciante qualquer das circunstâncias estabelecidas no art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo tão-só referência genérica à gravidade do delito e equivocadamente à circunstância de que estariam presos os sentenciados.

Fundamentado, pois, na simples reprodução dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e equivocada quanto à situação processual dos apenados - que não se achavam presos, e sim responderam soltos o processo -, não pode, nesse ponto, o *decisum* prevalecer.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*Habeas corpus*. Processual penal. Tráfico de drogas. Paciente que respondeu à instrução criminal em liberdade. Sentença.

Negativa do direito de apelar em liberdade. Motivação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. O direito do réu de apelar em liberdade não lhe pode ser denegado, se permaneceu solto durante a instrução criminal e não restaram evidenciadas quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, quando da prolação da r. decisão condenatória (Precedentes).
2. Falta motivação convincente se não foi indicado qualquer fato novo que justificasse a expedição de mandado de prisão.
3. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar do ora paciente, se por outro motivo não estiver preso (*Habeas Corpus* nº 73.064/SP - 2006/0279739-1 - j. em 11.09.2007 - Relatora: Ministra Laurita Vaz).

Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Réu solto durante parte da instrução criminal. Sentença condenatória. Negativa do direito de apelar em liberdade fundamentada na reincidência, na gravidade abstrata do delito e na simples reprodução dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Motivação inidônea para respaldar a custódia. Ordem concedida. Regime de cumprimento da pena integralmente fechado. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* concedido de ofício.

1. Deve ser concedido o direito de apelar em liberdade ao réu que permaneceu solto durante parte da instrução criminal, em virtude da obtenção de liberdade provisória por excesso de prazo na formação da culpa, salvo quando demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP).
2. O simples fundamento da gravidade genérica do delito, aliado à consideração acerca da sua hediondez, é insuficiente para determinar o recolhimento do réu à prisão para apelar.
3. Da mesma forma, a singela reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do CPP.
4. Deve ser demonstrada a efetiva necessidade da medida restritiva de liberdade antecipada, evidenciando-se, de forma específica e objetiva, em que ponto reside a ameaça à ordem pública.
5. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de apelar em liberdade, expedindo-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. *Habeas corpus* concedido de ofício para afastar a proibição à progressão de regime de cumprimento da pena imposta ao paciente, cuja efetivação dependerá da análise, por parte do Juízo das Execuções Criminais, dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício reclamado (*Habeas Corpus* 61373/GO - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - j. em 12.12.2006 - DJ de 05.02.2007, p. 283).

Do quanto exposto, ratificando a liminar, concedo a ordem aos pacientes, Carlos Alexandre Bernardo e Eliane Inácio de Oliveira, para apelares em liberdade da decisão condenatória, se por outro motivo não estiverem presos.

Custas, ex lege.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e PEDRO VERGARA.

**Súmula** - CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR.

...

**Violência doméstica - Ameaça - Ação penal pública condicionada - Lei 11.340/06 - Princípio da especialidade - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Retratação - Ausência de nulidade - Desobediência - Princípio da consunção - Aplicabilidade - Denúncia - Rejeição - Habeas corpus de ofício - Trancamento de ação penal**

Ementa: Recurso em sentido estrito. Desobediência e ameaça. Violência doméstica. Nulidade da audiência preliminar. Expressa previsão do art. 16 da Lei nº 11.340/06. Ação penal pública condicionada à representação. Retratação. Validade. Recebimento tácito da denúncia. Inocorrência. Não-recebimento da denúncia mantido. Preliminar rejeitada e recurso desprovido. *Habeas corpus* concedido de ofício para trancar a ação penal.

- O art. 16 da Lei Maria da Penha, a fim de proteger os direitos da vítima, nas ações penais públicas condicionadas à representação, estabelece a judicialização da renúncia da condição de procedibilidade, em audiência específica, depois do oferecimento da denúncia, para submeter a decisão da ofendida ao controle do Ministério Público e do juiz, bem como para conscientizar a vítima quanto às possíveis conseqüências de uma eventual desistência. Daí, que a livre e espontânea retratação da ofendida perante o Órgão Julgador, fatalmente, acarreta o não-recebimento da denúncia.

- Não se pode falar de recebimento tácito da denúncia, quando tão logo foi a exordial oferecida, designou-se audiência preliminar, a qual necessariamente antecede a decisão de recebimento ou não da denúncia, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06.

- Se o delito previsto do art. 330 foi meio necessário para a consumação do crime do art. 147, ambos do *codex*, aplica-se o princípio da consunção. De mais a mais, se a ação do crime de desobediência fosse desenvolvida, haveria ingerência penal que provocaria sérios prejuízos à convivência doméstica, desvirtuando o sentido da retratação judicial da representação e propiciando a continuidade do drama familiar.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.07.571642-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Christian Cordeiro Damião - 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 REJEITAR PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, CONCEDER HABEAS CORPUS PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL PELO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2008. - *Eduardo Brum* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Christian Cordeiro Damiano, qualificado, foi denunciado perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, sob a acusação de incurso nas sanções dos arts. 147 e 330, c/c o art. 69, todos do Código Penal, porquanto, no dia 18 de junho de 2007, por volta das 19h, na Rua Batista de Andrade, nº 19, ameaçou de morte sua amásia Raquel Pereira da Cruz, mediante o arremesso de um pedaço de tijolo e do uso intimidador de uma machadinha.

Transcrevo o teor fático da exordial:

[...] o denunciado é amasiado com a vítima Raquel Pereira da Cruz, tendo com a mesma dois filhos menores de idade. No dia dos fatos, a vítima chegou em casa e viu seu amásio, o denunciado, fazendo uso de drogas e começou a discutir com o mesmo por não concordar com seu comportamento. Neste momento, o denunciado ficou nervoso e lançou um pedaço de tijolo em direção da vítima, acertando-lhe na região da virilha. Ato contínuo, o denunciado partiu para cima da vítima de posse de uma machadinha. A vítima, porém, conseguiu pegar a machadinha sem se ferir, e saiu para o lado de fora de sua casa com seus filhos, chamando os policiais militares. A machadinha foi apreendida [...] A vítima representou criminalmente contra o denunciado [...] Tem-se que o denunciado estava em flagrante descumprimento de ordem judicial de afastar-se do lar, bem como manter a distância mínima de 200 metros da vítima [...] Tal medida foi deferida em razão de outro crime de violência doméstica praticado pelo denunciado contra a mesma vítima (f. 2/3).

Ao depois, no dia 27 de julho de 2007, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06, a vítima retratou-se da representação criminal (f. 16), afirmando que não tinha interesse no prosseguimento da persecução penal nem nas medidas de proteção (f. 12), uma vez que ela e o recorrente haviam pacificado o conflito doméstico (f. 54).

Na seqüência, o recorrido foi posto em liberdade nos exatos termos do alvará de soltura de f. 55/56.

Em função disso tudo, às f. 58/59 o MM. Juiz a quo deixou de receber a denúncia em relação ao crime de ameaça e apenas a admitiu quanto ao delito do art. 330 do Estatuto Repressivo.

Da r. decisão recorreu *stricto sensu* o Ministério Público (f. 62), aduzindo de pronto as suas razões.

Preliminarmente, pugna pela nulidade da audiência de renúncia da representação, dos atos processuais

posteriores e da r. decisão que deixou de receber a denúncia quanto ao crime tipificado no art. 147 do Código Penal.

No mérito, bate-se pelo reconhecimento tácito da denúncia e, em alternância, pela reforma da decisão de rejeição da exordial com fulcro na retratação, a fim de que seja recebida a peça de entrada, seja dado prosseguimento à persecução penal (f. 63/70).

Contrariedade do recorrido manifestada às f. 103/106, pela manutenção do r. decisório.

A r. decisão ficou deveras mantida no denominado juízo de sustentação/retratação (f. 109/112).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pleiteia a realização de diligência para enviar os autos à comarca de origem, a fim de que a instância singela consume o juízo de retratação do art. 589 do CPP (f. 115/116).

Inicialmente, tomando a diligência ministerial como preliminar, estou a indeferi-la, uma vez que o juízo de retratação do v. *decisum* está às f. 109/110 e reiterado às f. 111/112, pouco antes da manifestação do il. Procurador de Justiça (f. 115/116).

Assim, satisfeitos os pressupostos condicionantes de admissibilidade, conheço do recurso.

*Ab initio*, registre-se que os argumentos ministeriais de primeiro grau, trazidos em sede de preliminar, confundem-se com aqueles afetos ao mérito recursal, razão pela qual serão analisados conjuntamente.

No caso em tela, razão não assiste ao Ministério Público.

Para o delito de ameaça em um contexto de violência doméstica, o art. 12, I, da Lei Maria da Penha, c/c o art. 147, parágrafo único, do Código Penal, estabelece a ação penal pública condicionada à representação.

Isso porquanto o crime de ameaça (em contexto de violência doméstica) atinge diretamente os interesses da mulher e mediatamente o interesse público.

Além disso, a representação é necessária por conveniência política, porquanto permite à vítima desistir de ver o agente do fato punido, a fim de que se evite a permanência da hostilidade privada.

Daí, o art. 16 da Lei nº 11.340/06, que é norma especial, prevalece sobre as normas gerais e estabelece a possibilidade de, nos crimes de ação penal condicionada à representação, realizar uma audiência, antes do recebimento da denúncia, exclusivamente para o Juiz saber se a ofendida tem interesse em ver processado o agressor.

Como bem destacou o culto MM. Juiz a quo:

Trata-se, na verdade, de norma específica, aplicada tão-somente em sede de violência doméstica e que permite a possibilidade da retratação (assim devendo ser entendida a expressão renúncia constante do dispositivo legal) até o recebimento da denúncia pelo Magistrado.

Referida alteração legislativa, por atender ao princípio da especialidade da matéria, não ofende e nem viola o disposto nos arts. 25 e 102, do CPP (*sic*), cuja observância se impõe para os demais casos regulados por aquela legislação processual penal (f. 110).

E, de outra face, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Não é incomum que mulheres, quando o crime depende de representação (ex.: ameaça), registrem ocorrência na delegacia de polícia, apresentem representação e, depois, reconciliadas com seus companheiros ou maridos, busquem a retratação da representação, que, alguns autores denominam de renúncia, evitando-se, com isso, o ajuizamento da ação penal ou o seguimento para a transação, quando viável [...] De toda forma, o art. 16 da Lei 11.340/2006 procura dificultar essa renúncia ou retratação da representação, determinando que somente será aceita se for realizada em audiência especialmente designada pelo juiz, para essa finalidade, com prévia oitiva do Ministério Público. Ocorrerá no Juizado de Violência Doméstica e Familiar. Na sua falta, deve seguir a Vara Criminal comum [...] o que se pretende, em verdade, é atingir um maior grau de solenidade e formalidade para o ato, portanto, busca-se alcançar maior grau de conscientização da retratação da mulher, que afastará a punição do agressor [...] (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.138).

E foi exatamente o que ocorreu no presente caso.

Como se vê, cessada a competência da Vara de Inquéritos Policiais (f. 48), o feito foi redistribuído ao Juízo de origem, onde o MM. Juiz marcou (f. 50) e realizou (f. 54) a audiência, nos exatos termos e fins do art. 16 da Lei 11.340/06.

Nesse passo, não há como acolher o pedido de nulidade trazido pelo digno Representante Ministerial, nem a pretensão de ver a denúncia recebida.

A vítima manifestou com clareza e espontaneidade (sem induzimento de qualquer origem) a sua vontade de não ver o suposto autor da ameaça punido, uma vez que se reconciliaram.

Aliás, a audiência preliminar foi realizada com a presença do Ministério Público, o qual não se manifestou sobre quaisquer vícios.

Sendo assim, consumou-se o fim precípua da audiência, que é o exercício da fiscalização da retratação da representação pelo Ministério Público e pelo juiz, para evitar que ela ocorra por ingerência e força do agressor.

Lado outro, suscita o recorrente diversas ponderações inaplicáveis ao caso *sub judice*, argumentando que o delito de lesões corporais leves e a contravenção penal de vias de fato seriam de ação penal pública incondicionada. Afirma, ainda, que a Lei nº 9.099/95 não seria aplicável ao acusado. No entanto, tais ilícitos não guardam relação com o presente feito, que se refere exclusivamente à apuração de uma imputação de crime de ameaça e de desobediência.

Ademais, o recebimento tácito da denúncia não ocorreu, uma vez que, tão-logo foi a exordial oferecida, designou-se audiência preliminar, a qual necessariamente antecede a decisão de recebimento ou não da denúncia, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06.

Noutro giro, em face da peculiaridade do caso, impõe-se a rejeição total da denúncia, sendo preciso aplicar o princípio da consunção.

O delito do art. 330 do *codex* exauriu-se na consumação do crime do art. 147 do CP.

O primeiro fato foi o meio empregado para o cometimento do segundo. A desobediência foi imprescindível à consumação da ameaça em um contexto de violência familiar. As duas ações delituosas do recorrido obedeceram a uma única finalidade (brutalidade doméstica) que orientou a seqüência dos fatos, iniciada pelo descumprimento da ordem legal e finalizada pelo crime do art. 147 do CP, c/c o art. 7º da Lei nº 11.340/06.

Banda outra, na conjuntura dos autos, a vítima reconciliou-se com o réu a fim de finalizar a hostilidade privada. Ela demonstrou que não queria a intervenção penal em sua vida doméstica.

As suas motivações não me cabe questionar. Devo respeitar sua decisão, que acredito ter sido concretizada depois de sopesar todas as circunstâncias e conseqüências.

Em razão disso, esta instância deve evitar a reativação do drama familiar.

Se a ação penal do crime de desobediência fosse desenvolvida, a ingerência penal provocaria sérios prejuízos à convivência doméstica.

Se Raquel da Cruz fosse intimada ou ouvida sobre o delito previsto no art. 330 do CP, provavelmente, seria exposta a perigo de dano, bem como os seus filhos. Ou suas ações reconciliatórias não lograriam êxito.

Em conclusão, rejeito a preliminar, nego provimento ao recurso e concedo *habeas corpus* de ofício, para trancar a ação penal referente ao delito de desobediência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e EDELBERTO SANTIAGO.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, CONCEDERAM *HABEAS CORPUS* PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL PELO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

...

**Roubo qualificado - Concurso de pessoas -  
Princípio da proporcionalidade - Art. 157, § 2º,  
do Código Penal - Constitucionalidade -  
Crime complexo - Princípio da insignificância -  
Inaplicabilidade - Posse da *res* -  
Crime consumado**

Ementa: Roubo em concurso. Autoria e materialidade comprovadas. Reconhecimento dos réus pela vítima. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Ofensa a bens jurídicos distintos. Precedentes jurisprudenciais.

Bem que escapa da esfera de disponibilidade da vítima. Consumação.

- O emprego de violência no crime de roubo, além de evidenciar o desvalor da ação, ofende bem jurídico diverso do patrimônio, impossibilitando a aplicação do princípio da insignificância.

- Se o bem saiu da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por pouco tempo, resta consumado o crime, irrelevante se os agentes foram capturados logo após.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.582726-5/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: Diogo de  
Oliveira Lima - 2º Apelante: Luciano Medeiros Neres -  
Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais -  
Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na 8ª Vara Criminal da Capital, Diogo de Oliveira Lima e Luciano Medeiros Neres, já qualificados, foram condenados nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, às penas de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 13 dias-multa, no seu valor unitário mínimo, porque, na noite do dia 19 de agosto de 2004, na Rua Luísa Batista Guedes, no Bairro São Marcos, mediante violência, com unidade de desígnios, subtraíram, em proveito próprio, pertences da vítima Grazielle Kellen Lomba da Silva.

Irresignados, apelaram os réus.

Diogo de Oliveira Lima busca, preliminarmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 157 do Código Penal, por contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade, e, no mérito, pleiteia a sua absolvição diante da insuficiência probatória ou por aplicação do princípio da bagatela e, alternativamente, pede a substituição da pena por restritiva de direitos e a alteração do regime prisional.

Luciano Medeiros Neres pleiteia a desclassificação da conduta para o crime de furto, visto que não comprovada a agressão, bem como o reconhecimento da tentativa e a redução da pena no grau máximo,

além da aplicação da pena no mínimo e sua substituição por restritiva de direitos.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria de Justiça abraçam a conclusão da sentença.

No principal, é o relatório.

Presentes os pressupostos da admissibilidade, conheço dos recursos.

Inexiste qualquer inconstitucionalidade ou ofensa aos princípios elencados quanto à consideração do concurso de pessoas como qualificadora ou causa de aumento nos crimes de roubo e furto.

De fato, pretendeu o legislador punir com maior rigor os referidos crimes quando cometidos por mais de uma pessoa, o que atende à reserva legal e, a meu aviso, é regra que preserva a proporcionalidade em relação à gravidade da conduta praticada.

A discussão doutrinária existente no caso é quanto à consideração da mesma regra como qualificadora quanto ao furto e causa de aumento no roubo, propondo alguns seja a mesma tomada apenas como causa de aumento em ambos os delitos.

No entanto, a questão encontra-se superada, valendo esclarecer que a inconstitucionalidade da norma combatida não foi, ainda, declarada em decisão no controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, pelo que prevalece a capitulação adotada na sentença.

Afinal, *habemus legem*.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

Exsurge dos autos que, no dia 19 de agosto de 2004, na Rua Luísa Batista Guedes, Bairro São Marcos, dois indivíduos abordaram a vítima Grazielle Kellen Lomba da Silva, dando-lhe uma gravata e subtraindo sua bolsa com documentos e dinheiro.

Em juízo, às f. 78/81, ambos os réus confessaram a autoria do crime, confirmando ainda a agressão perpetrada à vítima.

Grazielle, à f. 100, confirmando seu depoimento em fase extrajudicial, reconheceu ambos os condenados como autores do delito e informou que, somente após chegar a sua casa machucada, comunicou à Polícia Militar.

Importante ressaltar que, neste caso, dispensável é o exame de corpo de delito, visto que ambos os réus confessaram em juízo a agressão e foram corroborados pelo depoimento judicial da vítima, que confirmou a violência.

O policial José Henrique Vasconcelos Rosa de Oliveira, à f. 97, confirmando as informações do BO, às f. 06/08, informou que foram encontrados os pertences da vítima na posse dos denunciados.

A materialidade está provada no auto de apreensão (f. 09) e termo de restituição (f. 35).

Nesse contexto, a autoria, perpetrada em concurso mediante violência, está sobejamente comprovada nos autos, uníssona com a confissão judicial de ambos os réus e o restante da prova coligida.

Em relação à alegação da tentativa, não procedem os argumentos expendidos, visto que os bens da vítima, efetivamente, saíram de sua esfera de disponibilidade, irrelevante que os réus tenham sido capturados logo após, verificando-se efetivamente consumada a subtração, não havendo falar em desclassificação.

No tocante à tese absolutória consubstanciada no chamado “princípio da insignificância”, incabível a mesma quanto ao crime de roubo.

É que o emprego de violência ou grave ameaça com emprego de arma, por si só, evidencia o elevado desvalor da ação, bem como a ofensa a bem jurídico diverso, impedindo a aplicação do mencionado princípio.

Confira-se o entendimento jurisprudencial:

*Habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime de roubo circunstanciado. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Delito complexo. Pluralidade de bens jurídicos ofendidos. Relevância da lesividade patrimonial. Pedido de liberdade provisória denegado com fundamento na gravidade do delito. Necessidade da custódia cautelar não demonstrada.

1. Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa suprallegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Precedentes. [...]

4. Ordem concedida em parte tão-somente para relaxar a prisão em flagrante dos pacientes, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos (STJ - HC 60.185/MG, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, 5º T., j. em 03.04.2007, DJ de 07.05.2007, p. 340).

Penal. Recurso especial. Crime de roubo. Delito complexo. Pluralidade de bens jurídicos ofendidos. Pequeno valor da coisa efetivamente roubada. Irrelevância. Ofensa à liberdade individual ou à integridade da pessoa. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Recurso provido.

1. A adequação típica da conduta incontroversa é passível de apreciação em sede de recurso especial, pois os limites do conhecimento deste referem-se à impossibilidade de revolvimento da matéria fática, e não à adequação típica dos fatos reconhecidos no acórdão impugnado.

2. O crime complexo revela-se pela fusão de dois ou mais tipos penais, constituindo uma unidade jurídica, restando incabível uma análise fragmentada das condutas que o integram.

3. Por tutelar bens jurídicos diversos, o patrimônio e a liberdade ou a integridade da pessoa, resta inviável a aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo.

4. A violência torna a conduta irremediavelmente relevante, restando afastada a arguição de atipicidade pela eventual bagatela da coisa roubada.

5. Recurso provido para restabelecer a condenação imposta na sentença (STJ - REsp 468.998/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5º T., j. em 17.08.2006, DJ de 25.09.2006, p. 298).

A pena e o regime prisional foram corretamente fixados e devidamente fundamentados, não sendo cabível nenhuma reforma.

Impossível é a substituição da pena, visto que os réus não satisfazem os requisitos objetivo e subjetivo.

Do exposto, nego provimento aos recursos.  
Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Homicídio qualificado - Pronúncia -  
Materialidade - Autoria - Prova indiciária -  
Tribunal do Júri - *In dubio pro societate* -  
Motivo fútil - Agressão física -  
Qualificadora não caracterizada**

Ementa: Recurso em sentido estrito. Júri. Pronúncia. Homicídio duplamente qualificado. Concurso de agentes. Materialidade comprovada. Indícios fortes de autoria. Alegada ausência de provas inaplicável em juízo de admissibilidade da acusação. Princípio *in dubio pro societate*. Motivo fútil. Qualificadora improcedente. Morte precedida de séria briga entre a vítima e um dos réus. Utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima. Demonstração nos autos. Vítima, a pé, cercada pelos réus em várias motocicletas. Extensão dos efeitos ao co-réu que não recorreu. Recursos parcialmente providos.

- Não mata futilmente aquele que procura se vingar de um desafeto que acabou de agredi-lo gravemente.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.07.764486-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrentes: 1º) Bruno Leonardo de Mello; 2º) Carlos Henrique de Queiroz Fonseca - Recorrido: 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, ESTENDENDO OS EFEITOS AO CO-RÉU MARCO AURÉLIO CÂNDIDO DAMASCENO, NÃO RECORRENTE.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2008 - Edelberto Santiago - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. EDELBERTO SANTIAGO - Trata-se de recurso em sentido estrito, com fulcro no art. 581, IV, do CPP, contra decisão na qual a MM.<sup>a</sup> Juíza de Direito Sumariante do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte pronunciou Bruno Leonardo de Mello e Carlos Henrique de Queiroz Fonseca, juntamente com Marco Aurélio Cândido Damasceno, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 29, ambos do CP, porque, por volta das 5h40, do dia 1º de maio de 2005, na Rua Carmelita Moreira dos Reis, no Bairro Venda Nova, nesta Capital-MG, efetuaram disparos, utilizando arma de fogo, contra a vítima Marcos Rosa da Cruz, causando-lhe ferimentos que foram a causa eficiente de sua morte.

Inconformados, recorreram, pugnando pela absolvição sumária por ausência de provas.

Contra-arrazoando, o representante ministerial protesta pela ratificação da sentença recorrida. No mesmo sentido opina a douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Ronaldo César de Faria, sendo de se registrar que mantida foi, no juízo de retratação, a r. decisão hostilizada.

Em síntese, é o relatório.

Preliminarmente, conheço dos recursos, próprios, tempestivos e regularmente processados.

No mérito, a meu sentir, merece subsistir o r. *decisum* hostilizado, cujos fundamentos fáticos e jurídicos não foram abalados nas razões recursais.

Narra-se, na denúncia, que, na data dos fatos, a vítima Marcos Rosa da Cruz retornava de uma festa com amigos, quando se iniciou uma discussão com os denunciados Marco Aurélio Cândido Damasceno, Bruno Leonardo de Melo e Carlos Henrique de Queiroz Fonseca. Consta que a vítima e o denunciado Marco Aurélio chegaram às vias de fato, mas a primeira foi contida por terceiros e o acusado pôde fugir. Porém, após sair do local, o acusado Marco Aurélio apossou-se de uma arma de fogo e voltou ao encalço da vítima, que foi perseguida por duas motocicletas, ocupadas uma por Bruno e outra por Carlos Henrique e Marcos Aurélio, sendo que este, ao encontrá-la, efetuou disparos fatais contra a mesma.

Segundo a denúncia, os denunciados agiram por motivo fútil, consistente no fato de que a vítima havia ajudado na retirada de Bruno de uma festa que acontecera na semana anterior, em virtude de o mesmo ter promovido desordem no local. Restou apurado, também, que os denunciados se utilizaram de recurso que dificultou a defesa da vítima, tendo em vista que esta fugia a pé, enquanto aqueles a perseguiam de motocicleta.

Irresignados, os acusados Bruno Leonardo e Carlos Henrique recorreram da pronúncia, enquanto Marco Aurélio se encontra foragido.

A materialidade do delito restou comprovada no relatório de necropsia (f. 67/70).

Quanto à autoria, estão presentes indícios suficientes para recomendar a submissão dos recorrentes ao Júri Popular.

Inicialmente, Carlos Henrique de Queiroz, vulgo “Kiko”, alega, na defesa, que não restou provada sua participação no fato em tela, dessa forma, deveria ter sido aplicado o princípio *in dubio pro reo*.

Todavia, irrelevante que o acusado não tenha sido o autor do disparo que atingiu a vítima, pois agiu em co-autoria ao haver contribuído para o resultado lesivo, porquanto, conhecendo a intenção homicida do co-réu Marcos Aurélio, o levou ao encontro da vítima, de carona em sua moto, permitindo que ele disparasse contra a mesma.

Comprovando esse fato, tem-se a confissão do acusado Marco Aurélio, que, às f. 401/403, declarou:

[...] que desceu a rua e encontrou “Kiko” e “Baby”; que “Kiko” lhe deu carona na moto até onde a vítima se encontrava; que estava sob o efeito da raiva e da emoção e efetuou os disparos contra a vítima [...].

Em relação à aplicação do princípio *in dubio pro reo*, como é sabido, para a pronúncia, basta que o julgador se convença da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, conforme dispõe o art. 408 do CPP. Em caso de dúvida, impõe-se a pronúncia, cabendo a decisão ao Tribunal do Júri, porquanto, nesta fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Por sua vez, o apelante Bruno Leonardo de Melo, vulgo “Baby”, argumenta que não teve participação no delito em questão, uma vez que o acusado Marco Aurélio assumiu unilateralmente a autoria.

Entretanto, o depoimento da testemunha Leandro Ragazy demonstra a participação do recorrente no homicídio, qual seja, ajudando a cercar a vítima e informando o local no qual a mesma se encontrava:

[...] que todas as motos se viraram, ou seja, manobraram no meio da rua, mas apenas uma moto desceu atrás da vítima; que, enquanto as motos manobravam, escutou a voz de Bruno dizendo: ‘eles estão aqui’ [...]; que quando ouviu a voz de Bruno, o mesmo estava na moto verde e durante a manobra curvou o corpo e gritou: ‘olha eles ali’ [...] (f. 318/319).

Se as provas dos autos não permitem seja de plano reconhecida a inocência do acusado, deve-se manter a pronúncia, deixando ao Conselho de Sentença a decisão final, pois eventuais dúvidas ou contradições levantadas pela defesa resolvem-se, nesta fase, em favor da sociedade.

Embora nessa fase também seja recomendável deixar ao arbítrio do Conselho de Sentença a apreciação quanto às circunstâncias qualificadoras do delito, o

acolhimento destas, para fins de pronúncia, deve encontrar algum respaldo no conjunto probatório constante dos autos, o que não vislumbro no tocante à motivação fútil.

O Ministério Público sustenta que a conduta foi motivada por desavenças anteriores entre réus e vítima, especificamente pelo fato de esta haver ajudado a expulsar o recorrente Bruno Leonardo de uma festa que aconteceu na semana anterior.

Entretanto, mais do que isso, dos autos se depreende que a rixa se agravou além daquele evento. Consta que teria havido outra festa, sendo que o estopim da ação consistiu em uma nova briga, ocorrida momentos antes do crime, na qual a vítima (vulgo “Capetão”) agrediu duramente o acusado Marco Aurélio, conhecido por “Esquilo”.

O testemunho de Leandro Ragazzy, anfitrião da “festa”, mostra-se bastante elucidativo quanto à ocorrência dessa grave desavença momentos antes do crime:

Que, na noite dos fatos, o depoente estava dando outra festinha, ou melhor, uma reunião de amigos em sua casa; que Karine e Leonel resolveram ir embora e a vítima resolveu ir junto; que no caminho ocorreu uma briga no bar, a qual não foi presenciada pelo declarante; que Karine foi chamá-lo e, quando chegou perto dos amigos, eles estavam na rua e o depoente viu Fábio e a vítima Marcos brigando com o réu ‘Esquilo’ (...); que entrou no meio, pois achou covardia dois baterem em ‘Esquilo’, que era pessoa mais frágil; que mandou ‘Esquilo’ correr e a vítima foi atrás; que Karine conseguiu segurar Marcos e puxou-o; que estavam muito cansados e sentaram na porta de um depósito; que então viu quatro motos [...]; que todas as motos manobram no meio da rua, mas apenas uma moto desceu a rua atrás da vítima; [...] foi aí que as motos vermelha e azul ficaram fechando a rua e depois que escutaram o tiro saíram correndo [...] (f. 318/319).

No mesmo sentido estão as declarações de Fábio Ferreira (f. 26/28 e 320) e do acusado Marco Aurélio, segundo o qual:

[...] teve tapa, soco e pedrada [...] então eu caí no chão, eles me pegaram e me seguraram e o Capetão foi que me bateu mais, ele socou a minha cara, machucou e saiu sangue, ele tava com os dedos da mão acho que com a direita cheio de anéis grandes [...] (f. 99).

Ora, não mata futilmente aquele que procura se vingar de um desafeto que acabou de agredi-lo gravemente. Se a vítima agrediu seriamente o executor direto do crime, só não o fazendo de forma mais séria, porque foi detido por terceiros, se havia séria rixa entre eles, chegando às raías da vingança, descartada está, a meu sentir, a futilidade do motivo, o qual, embora reprovável, não se mostra insignificante, banal, nem está em absoluta desproporção com a ação perpetrada.

Quanto ao emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, entendo que as circunstâncias do crime indicam a ocorrência da qualificadora, tendo em vista que a vítima fugia a pé, enquanto os réus a perseguiram

e a cercavam em várias motocicletas.

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento aos recursos, apenas para decotar, da pronúncia, a qualificadora prevista no § 2º do inciso II do art. 121 do CP, decisão cujos efeitos se aproveitam ao co-réu Marco Aurélio Cândido Damasceno nos termos do art. 580 do CPP.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e EDUARDO BRUM.

**Súmula:** DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, ESTENDENDO OS EFEITOS AO CO-RÉU MARCO AURÉLIO CÂNDIDO DAMASCENO, NÃO RECORRENTE.

...

**Tortura - Autoria e materialidade - Valoração da prova - Estricto cumprimento do dever legal - Excludente de ilicitude não caracterizada - Desclassificação do crime - Lesão corporal - Inadmissibilidade - Fixação da pena - Reincidência - Não-caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Perda de cargo público - Auto-aplicabilidade**

Ementa: Crime de tortura. Apelos defensivos. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Conjunto probatório robusto e coeso. Estricto cumprimento do dever legal. Inocorrência. Condenação mantida. Redução da reprimenda. Admissibilidade. Recurso ministerial. Perda do cargo público. Interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura. Aplicação automática. Recursos conhecidos, desprovidos o ministerial e o do 2º apelante e parcialmente provido o do 3º recorrente.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.02.856084-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Robson Augusto de Melo, 3º) Marcello Barros Romualdo - Apelados: Marcello Barros Romualdo, Robson Augusto de Melo e 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM



NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS MINISTERIAL E DE ROBSON E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO DE MARCELLO. INDEFERIDO O PEDIDO DE ADIAMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2008. - *Márcia Milanez* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>ª</sup> MÁRCIA MILANEZ - Robson Augusto de Melo e Marcello Barros Romualdo, devidamente qualificados nos autos do processo em epígrafe, foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 3º, *i*, e 4º, *b*, da Lei nº 4.898/65, *c/c* o art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, na forma dos arts. 69 e 29 do CP. Isso porque, no dia 20 de setembro de 2002, por volta das 8h30min, na 12ª Delegacia Distrital desta Capital, os acusados teriam submetido o detento Wilson Pereira de Araújo, que se encontrava sob a guarda daqueles carcereiros, a intenso sofrimento físico e mental, com emprego de violência, como forma de aplicar castigo pessoal.

Após regular instrução, a MM. Juíza de Direito, acolhendo parcialmente a peça vestibular, devido à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva dos delitos descritos na Lei de Abuso de Autoridade, condenou os acusados às sanções do art. 1º, II, da Lei de Tortura, ao cumprimento individual da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado (f. 323/329).

Interpostos embargos de declaração pelo *Parquet*, foram eles rejeitados (f. 347/348 e 349/350).

Inconformados, apelam o representante do Ministério Público e as defesas de ambos os sentenciados (f. 352, 356 e 366).

Em suas razões recursais, o *Parquet* requer a perda do cargo público dos agentes, bem como a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (f. 377/382).

Por sua vez, a defesa de Robson pugna pela desclassificação do delito de tortura para o crime de lesões corporais (f. 360/365).

Já o causídico de Marcello busca a absolvição, argumentando pela configuração da excludente prevista no art. 32, III, do CP. Alternativamente, pede a desclassificação para o crime menos gravoso, além da fixação da reprimenda em seu mínimo legal (f. 422/431).

As contra-razões foram ofertadas às f. 383/393, 398/400, 408/411 e 435/445.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovemento das apelações (f. 446/450).

É, em síntese, o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de suas admissibilidades.

Consta dos autos que, no dia 20 de setembro de 2002, por volta das 8h30min, na 12ª Delegacia Distrital desta Capital, os acusados teriam submetido o detento

Wilson Pereira de Araújo, que se encontrava sob a guarda daqueles carcereiros, a intenso sofrimento físico e mental, com emprego de violência, como forma de aplicar castigo pessoal.

Conforme apurado, o ofendido encontrava-se no pátio da delegacia quando os increpados, carcereiros do local, jogaram um balde de água fria em sua pessoa. Nesse instante, Wilson reclamou, sendo imediatamente repreendido pelos agentes públicos, que ainda o golpearam violentamente por diversas vezes, submetendo-o, pois, a intenso sofrimento físico e mental.

Mister analisar o caderno probatório completo antes de adentrar as teses defensivas.

A materialidade do delito encontra-se devidamente evidenciada através do ACD de f. 61, corroborada ainda por outros elementos de convicção reunidos.

A autoria dos réus, por sua vez, também se mostrou incontestada, vejamos.

Na fase inquisitorial, Robson informou que, na data dos fatos, os presos da cela 01 se encontravam no pátio da delegacia e

[...] o carcereiro Romualdo avisou que oficiais de justiça estavam na porta da cadeia para a ciência a presos sobre sentenças; que o carcereiro Romualdo disse que deveriam então recolhê-los no xadrez, uma vez que deveriam escortar os oficiais de justiça com os presos que seriam alvo de intimações de sentença; que, quando resolveu recolher os presos para dar atendimento aos oficiais de justiça, o declarante desceu na frente dando ordem que entrassem, contudo os presos se recusaram e se rebelaram, chamando o declarante e Romualdo de 'folgados, filhos da puta', passando a proferir ameaças, dizendo que o declarante tinha 'trinta e oito' e na rua ele tinha 'quadrada', referindo-se a uma pistola, e o preso de apelido Índio disse que não iria entrar, porque tinha somente dez minutos que tomava banho; que o declarante disse que teria que entrar, e, indo em direção ao preso, o mesmo foi em cima do declarante, na direção de sua arma de fogo, e o declarante para se defender usou um cabo de vassoura, justamente o que estava sendo utilizado para a limpeza do pátio; que, ato contínuo, o carcereiro Romualdo, que estava na retaguarda e desarmado, segurou o preso usando de força física necessária, no sentido de recolher o mesmo dentro da cela (f. 48).

Insta registrar que o carcereiro Romualdo é o co-réu Marcello Barros Romualdo e o detento Índio, a vítima.

Lado outro, Marcello aduziu que o motivo do "banho de sol" ter encerrado mais cedo foi o fato de o ofendido ter permanecido perto do cadeado da cela 02, não respeitando os pedidos dos réus de se afastar do local. Alegou que Wilson teria investido contra Robson, tentando retirar sua arma de fogo, sendo contido pelo ora declarante, com o uso apenas de força física para dominá-lo (f. 49/50).

Em juízo, as versões dos réus também apresentam contradições. Se não, vejamos.

Robson afirmou que recolheram os presos mais cedo em face da chegada das Promotoras de Justiça que

iriam entrevistá-los e que dois detentos teriam se rebelado. Atesta que Wilson pulou em sua direção, momento no qual o co-réu pegou uma vassoura e proferiu golpes contra o ofendido (f. 168/169).

Por sua vez, Marcello declarou que estava na sala dos carcereiros prestando serviço administrativo quando percebeu que Wilson se atracou com Robson, razão pela qual foi socorrer o co-réu. Ao chegar ao pátio, cinco presos o cercavam, sendo que a vítima tentava tomar o molho de chaves das celas que estava na cintura daquele. Assim, os ora apelantes muniram-se com uma vassoura e com um rodo e aplicaram golpes em todos os seis detentos. Disse ainda que as Promotoras de Justiça só chegaram uns dez minutos depois dos fatos (f. 184/185).

Ora, depreende-se, assim, que as várias versões contraditórias e fantasiosas apresentadas pelos réus demonstram apenas a tentativa de se esquivarem da responsabilidade criminal.

*In casu*, as declarações da vítima são de extrema importância para a elucidação do evento criminoso. Ela, ainda no calor dos acontecimentos, narrou que foi agredida covardemente, sem qualquer chance de defesa:

[...] presos foram tirados das celas pelos carcereiros Romualdo e Robson para um banho de sol, e sem motivo jogaram água no declarante, que reclamou, e, ao final, todos os presos voltaram para a cela, enquanto o declarante foi deixado para o lado de fora, pois os carcereiros disseram que queriam conversar com o declarante e iriam dar uma 'dependura' porque tinha conversado demais; que, dessa forma, os carcereiros lhe agrediram com um pedaço de borraça que estava com Robson, e, quanto a Romualdo, lhe agrediu com um bastão; que, durante as agressões, bateram na porta da cadeia, e eram Promotores de Justiça, foi quando os carcereiros correram para colocar o declarante na cela e disseram que depois atenderiam; que já estava na cela quando os Promotores entraram e viram o declarante espancado [...] (f. 11).

Nesse mesmo sentido são as palavras dos presos que dividiam a cela com o ofendido e que presenciaram Robson jogando um balde de água fria na vítima, além do retorno da mesma para a cela visivelmente torturada (José Carlos da Rocha, Alex Luiz da Silva, Otonildo dos Santos, Wellington Ferreira de Souza Esteves, Wanderley Rocha, Deivison Geraldo Lima, Edilson Luiz Soares e Éder Ferreira de Souza - f. 20, 39, 40, 41/42, 43/44, 45, 46,47).

Ouvidos na fase judicial, José Carlos e Deivison Geraldo Lima ratificaram integralmente seus depoimentos anteriormente prestados (f. 251/254).

Registra-se, contudo, que, em juízo, Wanderley, possivelmente com medo de represálias, retratou seu depoimento dizendo que ocorreu apenas que os presos se exaltaram e que os policiais tiveram que agir com mais rigor (f. 221).

Corroborando ainda mais, estão os valiosos depoimentos das Promotoras de Justiça, que confirmaram que, ao chegarem à delegacia, os detentos estavam muito

exaltados, já que Wilson teria sido agredido, além de verificarem que este apresentava ferimentos aparentes no rosto e corpo (f. 247/250).

As demais testemunhas ouvidas não presenciaram o fato criminoso.

Dessarte, restou comprovado que os réus submeteram Wilson a intenso e desnecessário sofrimento físico e mental, mediante emprego de violência física.

Também não há como dar guarida ao argumento de que restou configurada a excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal pelo réu Marcello, pois não há qualquer norma jurídica a autorizar a prática perpetrada pelos réus, sendo que seus atos se revelaram covardes e abusivos. Assim, a ação do carcereiro não emanava de um dever legal, nem o foi em seu estrito cumprimento.

Dessa forma, não há como prosperar o pedido de absolvição, não estando os argumentos da defesa a merecer maiores considerações, tendo em vista o caderno probatório alhures relatado.

Completamente descabido, outrossim, o pleito de desclassificação para lesões corporais, ao argumento de que a violência infligida não poderia ser considerada intensa a tal ponto de caracterizar a tortura.

Ora, para a consumação desse delito, basta que o sujeito passivo seja imerso em padecimento físico ou moral, tudo se traduzindo em ato desumano que se evidencia nas lesões físicas impostas ou no abalo das condições emocionais da vítima. Dessa forma, infere-se que nenhum indivíduo pode perder os seus direitos de ser humano, não podendo sofrer atos atentatórios à dignidade humana e que lhe causem dor ou sofrimento físico, sem necessidade. Torturar a vítima é produzir-lhe um sofrimento desnecessário.

Assim, no caso em comento, verifica-se que a conduta dos réus se amolda perfeitamente ao tipo penal do art. 1º, II, da Lei Federal nº 9.455/97, haja vista que submeteram o ofendido a sofrimento físico por meio de agressões não autorizadas em quaisquer normas executivas do ordenamento jurídico.

Ainda, a defesa de Marcello requer a minoração da reprimenda aplicada, assistindo-lhe razão nesse tópico.

É que a il. Sentenciante majorou a pena-base em 1/6 em face da agravante da reincidência (f. 328). Todavia, ao melhor analisar a CAC de Marcello, acostada às f. 240/246, percebe-se que ele não pode ser considerado como reincidente. Assim, decoto o aumento decorrente da agravante mencionada e mantenho como definitivo o *quantum* fixado para a pena-base, ou seja, o mínimo legal cominado ao tipo penal em análise (dois anos de reclusão). Mantenho ainda as demais disposições constantes da sentença.

Por fim, o representante do Ministério Público pede que seja declarada a perda do cargo público, bem como a interdição de seu exercício pelo dobro do prazo da pena.

Entretanto, nos termos do § 5º do art. 1º da Lei de Tortura, por se tratar de efeito de aplicação automática, a Juíza primeva não precisava determinar a perda nem a interdição na sentença, por ser efeito automático da condenação transitada em julgado, ao contrário de como se dá em relação ao art. 92 do CP, que necessita da manifestação expressa na sentença condenatória.

Pelo exposto, conheço dos recursos, nego provimento aos apelos ministerial e da defesa de Robson e dou parcial provimento ao pleito de Marcelo, apenas para minorar-lhe a reprimenda, nos termos supradelineados.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JUDIMAR BIBER.

**Súmula** - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS MINISTERIAL E DE ROBSON E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO DE MARCELLO. INDEFERIDO O PEDIDO DE ADIAMENTO.

...

**Estatuto da Criança e do Adolescente -  
Ato infracional - Infração análoga a  
roubo qualificado - Autoria e materialidade -  
Prova - Gravidade da infração - Medida  
socioeducativa - Internação provisória -  
Aplicabilidade**

Ementa: Apelação criminal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Sentença prolatada. Medida socioeducativa de internação. Cabimento. Gravidade do delito. Reincidência infracional. Descumprimento anterior de medida menos gravosa. Recurso improvido.

- As medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente têm caráter socioeducativo, sendo certo que a medida de internação prescrita no art. 112, inciso VI, da Lei 8.069/90 tem caráter excepcional, estando atrelada aos princípios da brevidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, o legislador bem prescreveu as condições de sua aplicabilidade, limitando-a a certas condições dispostas no art. 122 da legislação menorista e nos termos do art. 121 do mesmo diploma.

- Estando a conduta do menor infrator prescrita em todas as hipóteses do diploma supramencionado, resta por afastada a suposta impropriedade da medida aplicada,

não se mostrando ilegal ou desproporcional a aplicação da medida socioeducativa de internação imposta ao menor infrator, acusado de prática de ato infracional análogo a crime de roubo qualificado, em razão da gravidade do fato, da reincidência infracional e do descumprimento de medida menos gravosa, anteriormente aplicada.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.06.972409-4/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Menor infrator -  
Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais -  
Relator: DES. FERNANDO STARLING**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Fernando Starling* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. FERNANDO STARLING - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo menor R.J.G., devidamente qualificado, irredimido com a sentença proferida nos presentes autos, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público Estadual, pela prática de ato infracional análogo à conduta prescrita no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Consta da representação ministerial que o apelante, em companhia de outro menor, no dia 1º.11.2006, por volta das 9h20m, na Rua Deputado Cláudio Pinheiro de Lima, no Município de Belo Horizonte, teria invadido um estabelecimento comercial de revenda de telefones celulares e, munido de uma arma de fogo e utilizando-se de grave ameaça à pessoa, teria subtraído para si coisa alheia móvel, sendo rendido imediatamente após por circunstâncias alheias à sua vontade. Consta, ainda, que com o apelante também teria sido encontrada certa quantidade de substância entorpecente similar à maconha.

Recebida a representação em 02.11.2006, o MM. Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte, acolhendo requerimento ministerial, determinou a internação provisória do apelante pelo prazo de 45 dias (f. 29). Após regular instrução do feito, com o depoimento do representado (f. 35), parecer técnico circunstanciado (f. 36), defesa prévia (f. 42), depoimento da vítima (f. 49), oitiva da testemunha (f. 50) e alegações finais das partes (f. 53/59), o MM. Juiz sentenciante, em 06.12.2006, julgou procedente a representação ministerial para reconhecer o ato infracional praticado pelo menor infrator e determinar a aplicação da

medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, com revisão a cada seis meses, conforme disposto no art. 122 e incisos da Lei 8.069/90 (f. 62/70).

Irresignada, a defesa do apelante interpôs o presente recurso de apelação, pleiteando a reforma da decisão proferida, requerendo a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, que seria mais viável que a de internação, uma vez que esta última somente se aplicaria em casos extremos, visto que medida de exceção. Requer, ainda, que seja dado efeito suspensivo ativo ao presente recurso (f. 77/81).

Contra-razões apresentadas pelo Ministério Público às f. 84/85, pela manutenção da sentença recorrida.

Em juízo de retratação, a sentença de f. 341/368 foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 86).

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso (f. 89/90).

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A irresignação inserta na peça recursal diz respeito ao cabimento da medida aplicada em relação ao ato infracional cometido, alegando o apelante, para tanto, que a semiliberdade já teria caráter pedagógico suficiente, perfazendo-se, assim, também medida de exceção, mais indicada para o caso dos autos.

Analisando os fundamentos constantes na decisão hostilizada e as razões trazidas pelas partes, estou que razão não assiste à defesa.

Extrai-se dos autos que a materialidade é inconteste, diante das informações trazidas no boletim de ocorrência policial (f. 11/14), do laudo pericial de eficiência da arma apreendida (f. 44), do depoimento da testemunha e da vítima (f. 49):

[...] que, durante o assalto, um dos assaltantes fez abordagem enquanto o outro dava cobertura na porta do estabelecimento; que os assaltantes mandaram Delano fosse para os fundos e também mandou que o declarante entrasse na loja, do lado de dentro do balcão e que ficasse sentado; que em um dado momento o assaltante que estava com a arma puxou o cão para trás como se preparasse para atirar; que nesse momento então o proprietário Delano segurou a mão do assaltante e conseguiu tomar a arma dele; que então conseguiram dominar esse assaltante e o outro saiu correndo e entrou em um veículo que estava próximo lhe aguardando; que o assaltante que fugiu conseguiu levar todos os produtos subtraídos da loja.

Quanto à autoria, também se mostra indubitosa diante das informações supramencionadas e da própria confissão do menor infrator na fase policial, que foi confirmada sob o crivo do contraditório (f. 08):

[...] que, chegando ao local onde iria efetuar o roubo, avisou o dono da loja dentro do estabelecimento; que, na posse de uma arma de fogo, anunciou o assalto; que rendeu o

dono da loja e o levou para dentro do banheiro do estabelecimento; que estava apontando a arma para a vítima, mas que se descuidou e a vítima conseguiu tomar o revólver de suas mãos; que, depois de a vítima lhe tomar o revólver, saiu em disparada da loja; [...] que já foi apreendido antes por roubo, furto e por tráfico; que já pratica assaltos desde os treze anos de idade [...].

Em suas declarações, o policial militar que figurou como condutor na lavratura do APFD esclarece (f. 05):

[...] que o menor, juntamente com mais outro menor assaltaram uma loja de celulares que fica situada no Bairro Ipanema; que um dos menores conseguiu evadir-se, mas os populares conseguiram o outro; que, diante disto, trouxeram o menor para esta Unidade Policial para as providências cabíveis. [...].

Portanto, não há dúvida da ocorrência do ato infracional imputado ao apelante, qual seja o análogo ao delicto tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Diante do ato infracional verificado, a medida socioeducativa aplicada no caso vertente, inserta no art. 112, inciso VI, da Lei 8.069/90, ao meu sempre falível sentir, se mostra bem indicada dentro dos limites impostos pelo legislador, visando ao efeito pedagógico e à reinserção do menor na família e na comunidade.

Não se pode olvidar que as provas coligidas nos autos também autorizam a medida combatida, visto que indubitosa a autoria e a materialidade, estando acatado, portanto, o prescrito no art. 114 do ECA:

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Tenho que a internação aplicada no caso presente foi bem sopesada em razão das circunstâncias específicas, que foram bem analisadas na decisão hostilizada.

As medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente têm caráter socioeducativo, sendo certo que a medida de internação tem caráter excepcional, estando atrelada aos princípios da brevidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido, o legislador bem prescreveu as condições de sua aplicabilidade, limitando-a a certos requisitos dispostos no art. 122 da legislação menorista e nos termos do art. 121 do mesmo diploma, razão pela qual a função da medida excepcional encontra alicerce na necessidade, não de punição, mas sim de ressocialização do menor em desenvolvimento, com o pretendido caráter pedagógico da medida aplicada.

In casu, infere-se dos autos que a conduta do apelante se amolda a todos os dispositivos insertos no art. 121 da Lei 8.069/90, que prescreve:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. [...].

É o que se extrai da CAC de f. 45/46 e do parecer técnico circunstanciado (f. 36):

[...] Nos atendimentos técnicos o adolescente apresentou-se tranqüilo e cooperativo, foi orientado quanto à seriedade do ato cometido. Afirmou ser usuário de maconha, compareceu apenas duas vezes para cumprir medida socioeducativa de Liberdade Assistida e parou de ir. Não consegue elaborar um projeto de vida, apresenta irresponsabilidade e falta de compromisso. Não está estudando, relatou que não ia passar de ano, parou na 1ª série do segundo grau na Escola Estadual Padre Matias. [...].

Diante dessas observações, tenho que não se deve banalizar o ato infracional praticado pelo apelante em detrimento do ordenamento jurídico vigente, sob pena de estimular tal método, por omissão do Estado, este que se instituiu em razão da ordem e desenvolvimento públicos, pressupostos que também norteiam os fundamentos insertos na Lei 8.069/90, sempre no sentido da reinserção do menor infrator no meio social, estimulando-o no convívio familiar e em comunidade, como também impondo-lhe os limites das ações humanas, para que essas não venham a sobrepor o direito alheio, não só ao patrimônio, mas também ao bem jurídico mais valioso, como a vida.

Portanto, acertada a sentença que adotou a medida socioeducativa de internação inicial para o caso dos autos, em razão da gravidade da conduta observada, da reincidência infracional, do não-cumprimento de medida anteriormente aplicada, do relatório social e do fator pedagógico de sua aplicação.

Nesse sentido:

Não apresenta vício de ilegalidade medida socioeducativa de internação imposta a menor infrator, acusado de prática de infração equivalente a crime de roubo qualificado (STJ - 6º T. - HC 12.753 - Rel. Vicente Leal - j. em 03.08.2000 - DJU de 28.08.2000, p. 136).

A mudança de comportamento de um jovem e sua adequada inserção na família e na sociedade dependem da adoção de medida compatível com a gravidade do ato infracional praticado (TJSP - Câmara Especial - Acv 47.865-0 - Rel. Álvaro Lazzarini - j. em 02.03.2000).

Insta ressaltar que a medida socioeducativa de semiliberdade pleiteada pela defesa do apelante requer a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade, circunstância que não se amolda ao caso

presente, visto que exige, a princípio, a não-resistência à medida por parte do educando. Conforme já informado no parecer técnico (f. 36), o apelante não consegue elaborar projeto de vida e apresenta irresponsabilidade e falta de compromisso, sendo certo que deixou de cumprir medida socioeducativa anteriormente aplicada.

Por isso, podemos extrair a necessidade da medida aplicada, ressaltando os doutos fundamentos insertos na decisão fugigada (f. 69):

[...] Embora reconheça o caráter excepcional da medida de internação, revela-se oportuna e necessária à reeducação e recuperação do representado, como o único e último meio disponível para retirá-lo do processo de marginalização em que se encontra, que merece ser interrompido sob pena de mais um adolescente ter o mesmo destino de outros tantos infratores: a morte. [...].

Portanto, valorizando a decisão singular por seus doutos fundamentos, estou que a medida mais acertada deva ser a manutenção da medida socioeducativa de internação, sendo certo que, no seu transcorrer, poderá o Magistrado optar por medida menos gravosa, em razão dos relatórios técnicos elaborados por especialistas que acompanharão a execução da medida, tudo na forma do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por derradeiro, quanto à pretensão aduzida pela defesa para que o presente recurso seja conhecido e lhe seja dado o efeito suspensivo ativo, tenho que tal requerimento não merece guarida. Vejamos:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações: [...]

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

*In casu*, não vislumbro na decisão hostilizada perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, até porque a medida adotada, que terá o acompanhamento técnico sociopedagógico especializado (arts. 121, § 2º, e 123, parágrafo único, ambos da Lei 8.069/90), visa tão-somente ao resgate do menor para a convivência em sociedade.

Não é outro o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Criminal. RHC. ECA. Ato infracional equiparado a roubo qualificado. Sentença. Internação por tempo indeterminado aplicada ao paciente. Pleito de apelo em liberdade. Impossibilidade. Recurso de apelação que possui, em regra, apenas efeito devolutivo. Efeito suspensivo. Ausência de concessão expressa na hipótese. Imediato cumprimento da medida socioeducativa. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso desprovido. - Hipótese na qual se sustenta

ausência de motivos para a determinação de imediato cumprimento da medida de internação por tempo indeterminado imposta ao adolescente. - A teor do disposto no art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o recurso de apelação terá, em regra, efeito devolutivo, podendo, entretanto, ser atribuído efeito suspensivo em casos excepcionais, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. - Descabido o pleito de manutenção do adolescente em liberdade até o trânsito em julgado do processo, pois o recurso de apelação interposto pela defesa, consoante acima explicitado, possui, em regra, apenas o efeito devolutivo, não sendo óbice ao imediato cumprimento da medida de semiliberdade imposta ao paciente. Precedentes. Recurso desprovido (RHC 20.530/SP, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2006/0262809-0, Relator: Ministro Gilson Dipp, Órgão Julgador: T5, data do julgamento: 06.02.2007, data da publicação/fonte: DJ de 12.03.2007, p. 262).

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso interposto e mantenho a sentença de f. 62/70, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO e MÁRCIA MILANEZ.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Furto - Fixação da pena - Critério - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Princípio da individualização da pena - Regime semi-aberto - Co-réu - Autoria - *In dubio pro reo* - Absolvição - Fundamentação - Art. 386, VI, do Código de Processo Penal**

Ementa: Criminal. Furto. Redução da pena. Reincidência. Regime aberto. Circunstâncias judiciais.

- No processo de individualização da pena, sendo o réu reincidente, mas ostentando circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, justifica-se a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, mas sem exacerbação, pois a reincidência tem momento próprio para agravar a pena.

- Tendo o delito sido praticado sem violência, fixada a pena do réu reincidente em *quantum* inferior a quatro anos, possuindo circunstâncias em sua maioria favoráveis, na esteira da Súmula nº 269 do STJ, correta a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda corporal, não havendo como alterá-lo para o aberto, por expressa vedação do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Recurso do primeiro apelante parcialmente provido, improvido o recurso do segundo apelante.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0194.05.047416-3/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelantes: 1º) Adriano Laurentino dos Santos, 2º) João Crispim - 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO APELO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - Antônio Armando dos Anjos - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Coronel Fabriciano, Adriano Laurentino dos Santos e João Crispim, alhures qualificados, foram denunciados pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, I e IV, do CP.

Segundo a denúncia de f. 02/03, no dia 04.10.2004, os denunciados,

[...] em comunhão de desígnios, ingressaram na sede do sítio Iza, localizado no Córrego Lavrinha, zona rural do Município de Antônio Dias, nesta comarca, arrombando duas janelas da mesma, e, do seu interior, subtraíram um freio de animal, um receptor de antena parabólica e demais objetos descritos no auto de apreensão de f. 09, pertencentes à vítima José Gregório da Silva, obtendo efetivamente a posse tranqüila dos objetos materiais (f. 02).

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 195/201, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo o denunciado João Crispim, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, condenando Adriano Laurentino dos Santos nas sanções previstas no art. 155, *caput*, do CP, impondo-lhe as penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa.

Inconformados, a tempo e modo, apelaram os réus Adriano (f. 211) e João (f. 221). Em suas razões recursais (f. 234/235), o apelante Adriano pugna pela reforma da decisão, para que a pena privativa de liberdade seja reduzida para o mínimo legal, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a redução da pena de multa aplicada.

Por sua vez, o apelante João Crispim pugna pela alteração da fundamentação da sentença pela qual

restou absolvido, para que se reconheça a inexistência do fato (f. 264).

Os recursos foram devidamente contra-arrazoados (f. 236/240 e 265/269), batendo-se o *Parquet* pelo desprovemento do apelo, mantendo-se íntegra a r. sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, em parecer subscrito pelo Dr. José Alberto Sartório de Souza, il. Procurador de Justiça (f. 272/281), opina pelo desprovemento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

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

Não foram argüidas preliminares, e, não vislumbrando nulidades nem irregularidades a serem sanadas de ofício, passo ao exame do mérito dos recursos.

Como visto alhures, o apelante João Crispim requer a alteração da fundamentação da sentença pela qual restou absolvido, para que se reconheça a inexistência do fato.

Em que pesem as bem-lançadas razões recursais, a meu sentir, razão não assiste à defesa ao pleitear a absolvição com fulcro no art. 386, inciso I, do CPP - inexistência do fato.

A materialidade do crime de furto restou suficientemente comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 07/11), pelo auto de apreensão (f. 12), pelo termo de restituição (f. 14), pelo auto de avaliação (f. 19) e pelo laudo pericial (f. 34).

Contudo, o mesmo não pode se dizer acerca da autoria, haja vista que o apelante João Crispim, ao ser ouvido na fase judicial (f. 114), negou a prática do delito.

Por sua vez, Adriano, em seu depoimento na fase policial (f. 20/21), afirmou que cometeu o delito juntamente com João Crispim, narrando com detalhes a empreitada criminosa. Se não, vejamos:

[...] o declarante narra que, juntamente com João Crispim, arrombou a janela dos fundos e da frente da residência da vítima José Gregório da Silva, tendo então furtado diversos produtos [...], observando que esses objetos foram carregados tanto pelo declarante como por seu comparsa João Crispim; que esses objetos foram colocados no interior de um forno, retirado da residência da vítima, uma vez que temiam ser presos pela polícia [...].

Entretanto, tal depoimento restou isolado nos autos, visto que o próprio Adriano, ao ser ouvido em juízo (f. 104/105), assegurou que praticou o furto sozinho.

Ademais, como bem salientado pelo il. Magistrado, a autoria, em relação ao réu João Crispim, não restou suficientemente comprovada; logo, não há como condená-lo, em face da ausência de provas (art. 386, VI, CPP).

Ressalte-se que a causa de absolvição prevista no inciso I do art. 386 do CPP somente deve ser aplicada quando não houver dúvidas de que o delito não existiu.

Discorrendo sobre o tema, trago à colação a lição de Guilherme de Souza Nucci:

A inexistência do fato (inciso I) é uma das hipóteses mais seguras para a absolvição, pois a prova colhida está a demonstrar não ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação. Assim, desfaz-se o juízo de tipicidade, uma vez que o fato utilizado para a subsunção ao modelo legal de conduta proibida não existiu. Se a acusação é no sentido de ter havido, por exemplo, um constrangimento violento de mulher à conjunção carnal (estupro), provado não ter havido nem mesmo relação sexual, está excluído o fato sobre o qual se construiu a tipicidade, promovendo-se a absolvição do réu.

[...]

A prova insuficiente para a condenação (inciso VI) é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu - *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, podendo indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução Penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 627-628).

Nesse mesmo diapasão, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Vejamos agora, mais de perto, cada uma das causas da sentença absolutória.

a) estar provada a inexistência do fato (inciso I).

[...]

A decisão judicial aqui mencionada diz respeito não à insuficiência de provas, como é o caso da maioria das hipóteses do art. 386, mas à possibilidade de existir prova categórica da inexistência da própria materialidade apontada na denúncia ou queixa. O dispositivo é bastante ousado, na medida em que pretende possível a produção de certeza quanto à inexistência de algo, quando muito mais viável e factível se nos apresenta a possibilidade de se comprovar a existência do que quer que seja. [...] (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 498-499).

Logo, ao contrário do que pleiteia a defesa, a capitulação trazida pela sentença absolutória é a que melhor se coaduna à situação fática, devendo ser mantido o dispositivo que absolveu o ora apelante - inciso VI do art. 386 do CPP.

No que diz respeito à irrisignação do apelante Adriano, o qual pleiteia a aplicação da pena-base no mínimo legal, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a redução da pena de multa aplicada, com a devida vênia, assiste parcial razão ao apelante.

Como já ressaltado, dúvidas não há acerca da materialidade do delito. De igual modo, a autoria é estreme de qualquer dúvida, pois, não bastasse a confissão espontânea do ora apelante, em ambas as fases (f. 20/21 e 104/105), as provas colhidas ao longo da instrução são unânimes em apontá-lo como autor do delito em comento, tanto que a absolvição não é objeto do presente recurso.

Quanto ao pleito de redução da pena privativa de liberdade, entendo que razão assiste ao apelante, pois, apesar de reincidente, os demais registros criminais exis-

tentes em desfavor do sentenciado (f. 44/45 e 163/164), diante do princípio da não-culpabilidade, não devem influir na fixação da pena-base, nem para agravar o regime prisional.

Registre-se que, na conformidade do entendimento dominante no Pretório Excelso e no colendo STJ, diante do princípio constitucional da não-culpabilidade, inserto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, inquéritos policiais e até mesmo ações em andamento, ou mesmo a ocorrência de condenações sujeitas a recurso, não podem servir para exasperar a pena-base ou para agravar o regime inicial de cumprimento da pena corporal a título de maus antecedentes. Precedentes do STF e do STJ. Nesse sentido, trago à colação os seguintes acórdãos:

*Habeas corpus*. Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de inquéritos ou de processos penais ainda em curso. Ausência de condenação penal irreversível. Princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Pedido deferido, em parte. - O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes (STF, 2ª Turma, HC 79.966/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. em 13.06.2000, DJU de 29.08.2003, p. 34).

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal. Maus antecedentes. Ações penais em andamento. Impossibilidade. Regime aberto.

I - Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, conseqüentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto. Recurso provido (STJ, 5ª Turma, REsp 802.465/DF, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. em 18.04.2006, DJU de 12.06.2006, p. 538).

*Habeas corpus*. Roubos circunstanciados tentados e consumados em continuidade delitiva. Circunstâncias judiciais. Culpabilidade 'extrema'. Ausência de motivação idônea. Maus antecedentes. Processos em andamento. Impropriedade. Violação do princípio da não-culpabilidade. Regime prisional mais gravoso. Ausência de fundamentação.

1. A culpabilidade foi considerada 'extrema', sem a devida e necessária motivação concreta, sendo certo que a inexistência de 'motivo relevante à prática do crime' não se presta a tanto. 2. Inquéritos ou ações penais em andamento não se prestam para configurar maus antecedentes no momento da fixação

da pena-base, bem como para a fixação do regime prisional, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ordem concedida para, corrigidas as impropriedades, reformar a individualização da pena, nos termos do voto (STJ, 5ª Turma, HC 45.175/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, v.u., j. em 06.12.2005, DJU de 13.02.2006, p. 836).

Da mesma forma, a personalidade não deve influir na reprimenda, já que sua aferição reclama um laudo técnico, pois tem a ver com

[...] a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 555).

Logo, entendo que deve ser decotada a excessiva desfavorabilidade dos antecedentes do apelante, assim como da personalidade, da pena-base, pois a reincidência tem momento próprio e distinto para a sua aplicação, razão pela qual passo a reestruturar suas penas, seguindo as bem-lançadas razões de convencimento do Magistrado a quo, às quais empresto menor desfavorabilidade.

Assim, atento às diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a fazer as correções recomendadas, adotando, para tanto, a análise de suas circunstâncias judiciais feita na r. sentença, com as considerações já expendidas, razão pela qual, na primeira fase, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa; na segunda fase, militando em favor do apelante, a atenuante da confissão espontânea, na conformidade do previsto no art. 67 do CP, compenso-a com a agravante da reincidência, tornando provisória a pena-base fixada; por fim; na terceira fase, à míngua de causas especiais ou genéricas de diminuição ou aumento de pena, concretizo as penas em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Quanto ao pleito de alteração do regime de cumprimento de pena do semi-aberto para aberto, com a devida vênia, não há como acolhê-la, pois, como bem reconheceu o douto Magistrado em seu r. *decisum*, sendo o ora apelante reincidente, de acordo com o previsto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, o regime correto é mesmo o semi-aberto.

Não faz jus o apelante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, por vedação legal, pois, além da reincidência do apelante, não se mostraria suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso de João Crispim e dar parcial provimento ao recurso de Adriano Laurentino dos Santos,



apenas e tão-somente para abrandar as reprimendas, as quais concretizo em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo, mantendo os demais termos da r. sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÉRGIO RESENDE e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Civil e processual - Acórdão estadual - Nulidade não identificada - Julgamento *extra petita* - Inocorrência - Ação de indenização - Desconto indevido de encargos e taxas bancárias de conta corrente de cliente - Danos materiais - Súmula nº 7-STJ - Ressarcimento dos valores descontados - Critério - Juros compensatórios e de mora - Impossibilidade de exigir repetição calculada de acordo com operação de mútuo financeiro - Correção monetária

- Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas com conclusões adversas à parte.

- Julgamento *extra petita* não reconhecido, situada a decisão a quo dentro dos parâmetros do pedido exordial.

- Inviável a pretensão de restituição de valores na mesma base de cálculo dos encargos cobrados pela instituição financeira em empréstimos a clientes. Repetição calculada à base de juros remuneratórios de 1% ao mês, além dos moratórios e correção monetária, consoante orientação pacificada na 2ª Seção do STJ (REsp nº 447.43/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, por maioria, DJU de 16.08.2007), e sobre o montante assim apurado, incidente a indenização por danos imposta pela Corte estadual.

- Ocorrência de danos materiais reconhecida pelas instâncias ordinárias que não tem como ser revista pelo STJ, ante o óbice da Súmula nº 7.

Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

**RECURSO ESPECIAL Nº 437.222-MG - Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Recorrente: Banco Bandeirantes S.A. Advogados: José Manoel de Arruda Alvim Netto e outro. Recorrido: Têxtil Red Point Ltda. Advogados: Sérgio Murilo Diniz Braga e outro.

### Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2008 (data do julgamento). - *Aldir Passarinho Junior* - Relator.

### Relatório

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Banco Bandeirantes S.A. interpõe, pela letra a do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (f. 553):

Processual e civil. Ação de indenização. Lançamentos de indevidos débitos, pelo banco, na conta corrente do cliente. Obrigação de restituir as parcelas, com os encargos iguais aos exigidos pela instituição financeira, mais 100% do valor apurado, a título de indenização. Remessa dos autos ao Ministério Público e ao Banco Central.

Deve o banco restituir, com os acréscimos dos encargos com a mesma base de cálculo em que são cobrados dos seus clientes, as importâncias indevidamente debitadas na conta corrente da sua cliente, a autora.

Por se tratar de ilícito penal, devem ser remetidas cópias dos autos ao órgão do Ministério Público e ao Banco Central do Brasil, o órgão criador do Proer.

Alega o recorrente, em síntese, que ele próprio elaborou (f. 637/640), que:

a.1) Da primeira contradição: restou decidido, inicialmente, no v. acórdão recorrido, a necessidade de coibir-se o enriquecimento sem causa. Todavia, na seqüência, contraditoriamente, *data maxima venia*, determinou que o ora recorrente repetisse malsinados valores indevidamente lançados, corrigidos pelas mesmas taxas por ele praticadas, a despeito da existência de legislação própria para a correção do crédito constituído em favor do particular. Além disso, acentuando a contradição, antes mencionada, com o devido respeito, o v. acórdão ainda condenou o ora recorrente ao pagamento de quantia equivalente a 100% (cem por cento) do valor retromencionado, pelos mesmos danos materiais alegados.

a.2) Da segunda contradição: decidiu-se na f. 04 do v. acórdão recorrido que o valor a ser restituído ao autor em razão dos malsinados lançamentos indevidos seria aquele apurado pelo perito, ou seja, R\$ 15.752,69 (f. 369). Todavia, na seqüência, consignou-se o v. acórdão recorrido, em flagrante contradição, *data venia*, que o valor a ser restituído deveria observar o 'pedido posto na exordial e na peça do recurso', ou seja, R\$ 35.848,37, em 4 de dezembro de 1996 (item 3.1 da minuta de apelação manejada pela ora recorrida).

a.3) Da omissão: o v. acórdão recorrido condenou o ora recorrente ao pagamento de indenização por fundamento diverso da *causae petendi* eleita pela ora recorrida. Realmente, tanto na petição inicial quanto nas razões de apelação por ela apresentadas, a causa de pedir, referente à indenização de 100% (cem por cento) sobre o valor dos malsinados lançamentos indevidos, foi a ocorrência de

'danos econômico-financeiros' (p. 06 da petição inicial), ao passo que o fundamento, lançado no v. acórdão recorrido para a procedência desse pedido, refere-se à autêntica pena pecuniária, jamais cogitada. Referido vício já estava caracterizado desde a r. sentença proferida pelo eg. Juízo monocrático. Todavia, o eg. Tribunal a quo não só deixou de saná-lo - por conta do efeito traslativo do recurso de apelação -, mas, também, *data venia*, acentuou a divergência entre o fundamento do *decisum* e a causa de pedir deduzida pela ora recorrida, em evidente afronta aos arts. 128, 460 e 515 do CPC. Mesmo instado a sanar a ocorrência de julgamento *extra petita* através de embargos declaratórios, o eg. Tribunal a quo manteve a decisão anteriormente proferida, contrariando, assim, o art. 535, II, do CPC. Requer, assim, seja reconhecida a contrariedade ao art. 535, I e II, do CPC, nos termos expostos nos itens anteriores, com o fim de anular o v. acórdão recorrido para que outro seja proferido pelo eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

b) Se se decidir que o eg. Tribunal local apreciou sem qualquer omissão ou contradição as questões que lhe foram devolvidas através do recurso de apelação, restando superada a preliminar supra, o que se admite apenas para fins de argumentação, certo é que, nesse caso, o v. acórdão recorrido contrariou os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, ao conceder à ora recorrida indenização por danos materiais correspondentes a 100% do alegado valor debitado irregularmente de sua conta corrente, corrigidos pelas mesmas tarifas aplicadas pelo ora recorrente por fundamento diverso da causa de pedir. Conforme demonstrado, o fundamento da condenação ora enfocada representa autêntica pena pecuniária atribuída ao ora recorrente, ao passo que a causa de pedir eleita pelo autor refere-se a malsinados 'danos econômico-financeiros'. Nesse contexto, requer seja reconhecida a contrariedade aos arts. 128 e 460 do CPC para anular o v. acórdão recorrido para que outro seja proferido pelo eg. Tribunal a quo.

c) Caso sejam superadas as preliminares argüidas, o que se admite *ad argumentandum tantum*, certo é, com o devido respeito, que o v. acórdão recorrido contrariou o art. 4º, IX, da Lei Federal nº 4.595/64 e negou vigência ao art. 1.062 do Código Civil e ao art. 1º do Decreto-Lei 22.626/33, ao reformar a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de 1ª Instância no capítulo em que a mesma havia determinado que a correção dos malsinados lançamentos indevidos deveria ser realizada com base em juros legais de 6% a.a., para determinar que a correção fosse realizada com base nas mesmas taxas aplicadas pelo ora recorrente em suas operações. Isso porque os 'encargos' cobrados pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional - como é o caso do ora recorrente -, obedecem a uma disciplina jurídica própria e exclusiva prevista no art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64, a qual é inaplicável ao particular, que dispõe de regras próprias para regular a correção de seus créditos, notadamente o art. 1.062 do Código Civil e o art. 1º do Decreto-Lei nº 22.626/33. Requer, assim, caso sejam superadas as preliminares suscitadas, o que se admite *ad argumentandum tantum*, seja reconhecida a contrariedade ao referido art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64 e a negativa de vigência ao art. 1.062 do Código Civil e ao art. 1º do Decreto-Lei nº 22.626/33 e, por conseguinte, seja provido o presente recurso com o fim de afastar a aplicação das taxas praticadas pelo ora recorrente, como forma de atualização

dos valores tidos como indevidamente debitados na conta corrente do recorrido, ao qual, no máximo, poder-se-ia agregar juros legais de 6% a.a., nada mais.

d) O v. acórdão recorrido, *data venia*, contrariou, também, os arts. 159 e 1.056 do Código Civil ao condenar o ora recorrente a repetir os malsinados lançamentos indevidos atualizados pelos mesmos índices aplicados em suas operações, a despeito da existência de disciplina legal expressa para a correção de créditos constituídos em favor do particular, uma vez que eventual cumprimento deste *decisum* renderá ensejo a evidente enriquecimento sem causa da ora recorrida. Com efeito, à luz do quanto exposto neste petitório, as tarifas praticadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, como é o caso do ora recorrido, nem de longe refletem o lucro ou *spread* dos mesmos, senão expõe os elevados encargos sociais e tributários a que essas entidades sabidamente estão sujeitas. Requer, assim, seja reconhecida a contrariedade aos mencionados arts. 159 e 1.056 do CC e, por conseguinte, provido o presente recurso para afastar a incidência das mesmas taxas praticadas pelo ora recorrente do valor a ser, eventualmente, objeto de repetição em favor da ora recorrida.

e) Requer, por fim, seja reconhecida a contrariedade aos aludidos arts. 159 e 1.059 do Código Civil, em razão da condenação do ora recorrente de pagar à ora recorrida, além dos valores correspondentes aos alegados lançamentos irregulares consignados na base empírica do v. acórdão recorrido (R\$ 861,36) atualizados pelos mesmos índices por ele praticados, a quantia aleatória correspondente a 100% (cem por cento) do valor apurado, ambas correspondentes a uma reparação dos mesmos danos materiais alegados, em autêntico *bis in idem* a proporcionar o enriquecimento sem causa da ora recorrida. Os danos materiais cuja reparação se propugna, conforme orientação coligida na própria jurisprudência desta col. Corte, devem ser certos e atuais, ou, em outras palavras, devem ser comprovados, não podendo o magistrado, aleatoriamente, eleger um valor para esse fim, máxime se o mesmo fato já rendeu ensejo a outra indenização concedida, razão pela qual requer o provimento do presente recurso para afastar a condenação em dobro (100%) imposta em desfavor do recorrente pelo v. acórdão recorrido, em razão da afronta aos mencionados arts. 159 e 1.056 do Código Civil.

Contra-razões às f. 645/653, afirmando que a matéria é probatória, que o acórdão se manteve nos limites do pedido e que o ressarcimento foi adequadamente determinado para o integral ressarcimento.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (f. 655/658), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Agravo nº 416.145/MG.

É o relatório.

## Voto

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Têxtil Read Point Ltda. promoveu ação ordinária postulando a restituição, pelo Banco Bandeirantes S.A., de valores indevidamente deduzidos de sua conta corrente a título de "juros, despesas, diversos, outras tarifas, outros débitos,

débitos autorizados” (f. 2), bem como indenização por “danos econômico-financeiros causados” (f. 6).

Em primeiro grau, a sentença singular impôs a seguinte condenação (f. 498):

Isto posto, julgo procedente o pedido de Têxtil Read Point Ltda., condenando o Banco Bandeirantes S.A. a restituir-lhe a importância de R\$ 861,36, acrescida de juros de 0,5% ao mês, contados do ajuizamento, correção monetária pelos índices da eg. Corregedoria de Justiça, contados da data dos lançamentos indevidos, e ao pagamento de indenização por danos materiais no valor equivalente a 100% sobre o valor a ser restituído também acrescido de juros e correção monetária, pelos mesmos critérios acima, acrescidos de custas e honorários advocatícios ao patrono da autora, arbi-trados estes em 20% sobre o valor da condenação.

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais deu provimento à apelação da autora e negou à da ré, para assim determinar, segundo o voto condutor, às f. 557/558:

Deve, pois, o réu restituir as importâncias que, indevidamente, fez debitar na conta corrente da autora, no total de R\$ 861,36, tal como definido pela MM.<sup>ª</sup> Juíza sentenciante, mais o pagamento do correspondente a 100% sobre o total a ser restituído, com os mesmos acréscimos da correção monetária e juros, mais os encargos sucumbenciais como o contido na respeitável sentença.

Sobre as importâncias a serem restituídas, devem incidir os encargos como os que eram exigidos, e cobrados, à época, pelo réu, conforme o pedido posto na exordial e na peça de recurso.

O recurso especial suscita ofensa aos arts. 535, I e II, 128 e 460 do CPC, 159, 1.056 e 1.062 do Código Civil, 4º, IX, da Lei nº 4.595/1964 e 1º do Decreto-lei nº 22.626/1933.

Inicialmente, não identifico os vícios do art. 535, I e II, da Lei Adjetiva Civil, porquanto o acórdão apenas decidiu contrariamente aos interesses da parte ré, o que não representa contradição ou omissão.

No tocante ao julgamento *extra petita*, igualmente não se verifica na espécie.

De efeito, a inicial de f. 7 pede, além da repetição dos valores, uma indenização e multa diária “a ser arbitradas” (*sic*).

Destarte, não houve, absolutamente, descompasso entre a decisão e o pedido, não se achando jungido o juízo a prestigiar exatamente os mesmos fundamentos expostos na exposição da peça inicial.

Quanto à configuração ou não da lesão causada a título de danos materiais, a questão recai em reexame fático vedado ao STJ, ao teor da Súmula nº 7, na medida em que a sentença monocrática (f. 499), confirmada nessa parte pelo acórdão objurgado, reconheceu à autora “prejuízo para seu capital de giro e à sua liquidez”.

Assiste razão, por outro lado, ao recorrente, no que tange ao critério indenizatório, em evidente descom-

passo com a lesão causada e com a possibilidade de se atribuir, de modo indireto, à correntista, a mesma natureza de uma instituição financeira, de modo a que pudesse receber os valores repetidos, bem assim a indenização reconhecida, de 100% sobre os mesmos, com acréscimos equivalentes aos encargos cobrados em mútuos pelo banco.

Essa questão já foi dirimida pela 2ª Seção, que afastou, peremptoriamente, essa possibilidade, no julgamento do REsp nº 447.431/MG, conduzido pelo judicioso voto do eminente Ministro Ari Pargendler, onde restaram uniformizados os parâmetros para o ressarcimento, inclusive em ação também movida por outro cliente ao mesmo Banco Bandeirantes S.A., nesses termos:

Civil. Responsabilidade civil. Valores desviados pela instituição financeira da conta corrente do depositante.

Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido (maioria, DJU de 16.08.2007).

Oportuno transcrever, também, excerto do voto-vista do ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que hoje honra o Pretório Excelso, *verbis*:

Segundo o eminente Relator, só as instituições financeiras podem cobrar juros remuneratórios acima de 1% ao mês; as taxas cobradas pelas instituições em função da utilização do crédito não correspondem aos lucros; a indenização de perdas e danos, no Brasil, não tem função punitiva; na hipótese presente, os danos a serem indenizados são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista para a instituição financeira e as despesas decorrentes de saldo negativo que o correntista teve que suportar, acrescidos de juros de mora e de correção monetária na forma da lei.

Inicialmente, a alegada violação dos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil não existiu. De fato, consta da petição inicial que a importância a ser devolvida deverá ser corrigida ‘pelos mesmos índices praticados pelo réu (f. 4). Entretanto, como bem anotado pelo Tribunal de origem, o tema relativo aos índices de correção dos valores devidos constitui matéria de direito, não de fato, ausente qualquer preclusão. Assim, ainda que não tenha sido tratado expressamente na contestação, não enseja necessariamente a preclusão ou a procedência do pedido nesta parte, devendo o Juiz aplicar a lei à espécie considerando tratar-se da correção monetária a incidir sobre a devolução, podendo o Tribunal aplicar aquele que entender cabível. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos não contestados, não ao direito pleiteado pelo autor. Desse modo, já decidiu a Corte em outras ocasiões:

'Ação monitória. Citação por edital. Embargos intempestivos. Juros. Capitalização. TR. Precedentes da Corte.

1. Os efeitos da revelia, ainda que se considere presente a intempestividade dos embargos, porque citado por edital e nomeado curador especial o réu ingressou nos autos a destempe com advogado próprio, não conduzem necessariamente à procedência do pedido, ainda mais sendo a matéria de direito, como no caso.

2. A questão dos juros posta no patamar da Constituição Federal escapa ao controle desta Corte.

3. A capitalização em contratos da espécie somente é possível anualmente.

4. A TR, devidamente pactuada, serve como índice de correção monetária.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte (REsp nº 433.934/MS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.03)'.  
'Recurso especial. Processo civil. Ação rescisória. Violação literal de lei. Erro de fato. Exame de atos e documentos da causa. Possibilidade em razão da questão.

- Os efeitos da revelia não atingem às questões de direito, nem conduzem à inexorável procedência do pedido.

- Cabe ação rescisória, por erro de fato, se presumível que estivesse atento à prova, o Juiz teria julgado em sentido contrário.

- O recurso especial assentado em violação ao art. 485, IX, do CPC trata de questão de direito que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de lei (ocorrência, ou não, de erro de fato) passa pela análise de atos ou de documentos da causa (CPC, art. 485, IX) (REsp nº 733.742/MG, Terceira Turma, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.12.05)'.  
'Processual civil. Recurso especial. Arts. 302, III, 315 e 319 do CPC. Reconvenção. Ausência de contestação. Peculiaridades da espécie.

Diante das peculiaridades da espécie, não se reconhece violação das normas insertas nos arts. 302, III, 315 e 319 do CPC.

Recurso especial não conhecido (REsp nº 735.001/RJ, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 06.03.06)'.  
'Processual civil. Ação de cobrança. Energia elétrica. Revelia. Efeitos. Art. 319 do Código de Processo Civil.

1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do art. 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame, pelo magistrado, de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes.

2. Recurso especial improvido (REsp nº 689.331/AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Castro Meira, DJ de 13.03.06)'.  
'Recurso especial. Processo civil. Reconvenção. Revelia. Efeitos. Súmula 07/STJ.

I - Conquanto, em princípio, tenha aplicação o art. 319 do CPC ao reconvindo que não contesta, a presunção de veracidade dos fatos alegados na reconvenção em face da revelia é relativa, cedendo passo a outras circunstâncias constantes nos autos, tendo em conta que adstrito o julgador ao princípio do livre convencimento motivado. A consequência da falta de resposta à reconvenção não conduz, necessariamente, à procedência do pedido reconvenicional.

II - Por outro lado, o eg. Tribunal a quo, soberano na análise do acervo probatório, ao confirmar a decisão monocrática, asseverou que o material cognitivo não dava amparo às alegações deduzidas na reconvenção. Percebe-se, pois, que entender em sentido contrário demandaria a vedada incurção em seara probatória (Súmula 07/STJ)'.  
'Recurso não conhecido (REsp nº 334.922/SE, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 12.11.01).

Em seguida, aponta violação do art. 1.059 do Código Civil anterior, o qual dispõe que, 'salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar'. O Código Civil em vigor repetiu o comando no art. 402 ('Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar'). Por outro lado, os arts. 1.059 e 402 referidos são complementados, respectivamente, pelos arts. 1.061 do Código Civil/1916 ('As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional') e 404 do Código Civil/2002 ('As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional'). Por outro lado, julgando caso semelhante, a Terceira Turma, no REsp nº 453.464/MG, de minha relatoria, DJ de 19.12.03, no qual fiquei vencido juntamente com o Ministro Ari Pargendler, Relatora para acórdão a Ministra Nancy Andrighi, decidiu-se assim:

'Processual civil e comercial. Recurso especial. Contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

- É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

- O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

- Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

- A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituição do que lhe foi cobrado indevidamente.

- A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido'.  
Neste caso, na linha do precedente acima, deve incidir sobre o valor a ser devolvido juros remuneratórios. Com razão o Ministro Ari Pargendler ao estabelecer que os juros remuneratórios devem ser limitados a 12% ao ano, sendo certo que a cobrança de percentual acima do mencionado é permitida, tão-somente, em relação às instituições financeiras. Assim, no ponto, também voto no sentido de que, até a vigência do Código Civil atual, deverá incidir sobre o principal juros remuneratórios de 12%, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Com relação à não-incidência da correção monetária após a vigência do Código Civil atual, o voto do Relator prevaleceu sobre o entendimento do Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

A questão, portanto, resta presentemente pacificada, em sentido não coincidente com a decisão estadual, que merece reparos.

Portanto, não há como a autora, no caso, se transfigurar em um banco para fruição reflexa do resultado de operações próprias e exclusivas de instituições financeiras. A questão é de ser resolvida à luz dos arts. 1.059 e 1.061 do Código Civil anterior. É claro que a autora faz jus a receber uma remuneração pelo seu capital, que foi indevidamente retirado de sua conta corrente, porém, há que se fazer da forma acima preconizada, em observância às regras de ressarcimento pertinentes, que não dão azo à pretensão exordial.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou parcial provimento, para condenar o recorrente:

1) à restituição da importância irregularmente subtraída da conta corrente (R\$ 861,36 - f. 557), acrescida de juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês. Até a vigência do novo Código Civil, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação. Após a vigência do novo Código Civil, juros de mora na forma do seu art. 406, sem correção monetária, porque já embutida na taxa Selic;

2) ao pagamento dos danos materiais já impostos pelas instâncias ordinárias, no equivalente de 100% do valor encontrado pelos critérios acima estabelecidos;

3) custas de 30% para a autora e 70% para o réu e honorários advocatícios em favor da autora, já considerada a sucumbência parcial, de 12% (doze por cento) sobre a condenação.

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 especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de abril de 2008. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

(Publicado no DJe de 19.05.2008.)

...

### Processual penal - Habeas corpus - Peculato - Favorecimento da prostituição - Exercício arbitrário ou abuso de poder - Trancamento da ação penal - Peculato de uso - Ausência de tipicidade na conduta de prática de ato sexual - Revogação do artigo 350 do CP pela Lei 4.898/1965 - Preenchimento dos pressupostos do artigo 41 do CPP - Inexistência de constrangimento ilegal - Prosseguimento da ação. Ordem denegada

- O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

- Analogamente ao furto de uso, o peculato de uso também não configura ilícito penal, tão-somente administrativo. Todavia, o peculato desvio é modalidade típica, submetendo o autor do fato à pena do artigo 312 do Código Penal. Cabe à instrução probatória delimitar qual conduta praticou o paciente.

- Aquele que facilita, dando condições favoráveis à continuação ou ao desenvolvimento da prostituição, pratica o crime de favorecimento da prostituição.

- Há duas correntes jurisprudenciais, uma que entende pela revogação do artigo 350 do CP pela Lei 4.898/1965 e outra que vê a permanência desse crime na disciplina do Código Penal. A desclassificação da conduta competirá ao Juiz monocrático, que, ao analisar as provas dos autos, entenderá pela existência ou não do crime e qual a sua melhor capitulação.

Ordem denegada.

### HABEAS CORPUS Nº 94.168-MG - Relatora: MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG).

Impetrante: Renato Avelino Trade. Advogado: Expedito Lucas da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Renato Avelino Trade.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti

votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 1º de abril de 2008 (data do julgamento).  
- Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) - Relatora.

## Relatório

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Renato Avelino Trade, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou *writ* impetrado objetivando declaração de inépcia da denúncia, com o conseqüente trancamento da ação penal.

Alega o impetrante que o ora paciente foi denunciado, sendo-lhe atribuídos os crimes de favorecimento à prostituição, peculato e exercício arbitrário e abuso de poder, tendo impetrado *habeas corpus* junto àquela Corte Estadual, a qual denegou a ordem.

Sustenta não ter havido flagrância, uma vez que o paciente não estava acompanhado de menor e, portanto, nenhum crime estava a cometer, *in casu*.

Aduz a inépcia da denúncia em relação ao crime de peculato, vez que ela fala em utilizar veículo de propriedade da Polícia Civil, sendo que esse verbo não se amolda ao descrito no art. 312 do Código Penal.

Afirma a atipicidade do crime de favorecimento à prostituição narrado na denúncia, bem como a não-ocorrência do crime de exercício arbitrário ou abuso de poder.

Requer a concessão de liminar, para que cessem os atos processuais em trâmite nos autos nº 022307212940-4, junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis/MG, em especial a audiência prevista para 2008 e, ao final, pugna pelo trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Carlos Fernando Mathias, f. 452/453.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada coatora, f. 457.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, f. 466/473.

Os autos me foram atribuídos, f. 475.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

## Voto

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) (Relatora) - Analisei as razões da impetração, as informações prestadas e a documentação acostada e, sempre atenta ao parecer da Subprocuradoria-Geral da República, entendo que a ordem não deve ser concedida, senão vejamos:

Inicialmente, devo destacar que, segundo entendimento reiterado deste Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, somente admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade (RHC 19.036/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13.03.2007, DJ de 16.04.2007, p. 216). Vejamos:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 171, § 3º e art. 342, ambos do Código Penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inocorrência.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).

II - Na hipótese, a exordial acusatória não se descuidou de atribuir, a cada um dos acusados, a possível e efetiva participação nos fatos apurados. Com relação ao primeiro recorrente, no crime de estelionato. Já em relação ao segundo, a prática, em tese, do crime de falso testemunho.

III - Recurso ordinário desprovido (RHC 20.021/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.04.2007, DJ de 21.05.2007, p. 595).

Narra a denúncia, f. 196/198:

No dia 14 do mês de setembro de ano de 2006, por volta das 16h, no motel "Ellus", localizado às margens da rodovia MG-050, Km 133, nesta cidade e comarca de Divinópolis, o primeiro denunciado foi surpreendido em companhia da meretriz Michelle Cristina de Almeida, a qual havia contratado mediante a contraprestação de R\$ 50,00 (cinquenta reais) pelos serviços sexuais prestados.

O primeiro denunciado atraiu e facilitou Michelle Cristina de Almeida, que passava por problemas financeiros e tinha seu amásio Vanderlei Alves Ferreira envolvido na prática de diversos atos criminosos (f. 102/105 do apenso), à prostituição, mediante o pagamento do valor acima referido, em troca de serviços de natureza sexual.

Em pleno horário de expediente e no exercício de suas funções, o primeiro denunciado, de forma livre e consciente, utilizou em proveito próprio para o encontro sexual do veículo Astra/GM, cor prata, placa HDY-1029, de propriedade da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (f. 28), que tinha a posse em razão do cargo de Delegado de Polícia Regional e que constantemente era utilizado para encontros desta natureza.

Michelle Cristina de Almeida foi agenciada e também atraída à prostituição pela denunciada Alessandra Biscardi, responsável pelo encontro com o primeiro denunciado, assim como outro programa promovido para Michelle e para muitas prostitutas.

A denunciada Alessandra Biscardi tirava proveito da prostituição alheia e participava diretamente dos lucros auferidos com os programas, gozando de amizade e influência junto a vários policiais lotados nesta regional, que também se utilizavam de seus préstimos, inclusive participando de festas por ela promovidas em companhia de prostitutas.

Consta dos autos que a denunciada Alessandra Biscardi é agenciadora conhecida nesta cidade e residente nas proximidades da Delegacia de Polícia, além de possuir livre aces-



so e freqüentar regularmente o gabinete do denunciado Renato Avelino Trade com garotas de programa, avistadas em sua companhia, inclusive no carro oficial da instituição. Apurou-se também que nos dias 10 e 11 do mês de janeiro do ano de 2005, em horário que não se sabe precisar, o primeiro denunciado, Renato Avelino Trade, valendo-se de sua autoridade, submeteu a vítima Glauciene Maria de Azevedo Morais, detida no presídio local pela prática do crime de homicídio, que se encontrava naquele momento sob sua custódia, a constrangimento não autorizado em lei, exigindo que a mesma mantivesse relações sexuais no banheiro de seu gabinete, o que não foi aceito. Naquela data, a vítima se apresentou ao denunciado em companhia de seu advogado, que depois de certo tempo e por razões profissionais teve que se ausentar. No dia seguinte a vítima foi conduzida ao gabinete do denunciado, que determinou a saída de todos que ali se encontravam, exigindo da detenta a prática de relações sexuais. Logo após, foi cumprido mandado de prisão contra a vítima.

Pretende o impetrante o trancamento da ação penal por atipicidade das condutas descritas. Aduz que o peculato de uso não é crime, que a manutenção de relações sexuais, ainda que em horário de trabalho, também não o é e que não existem provas contra o paciente em relação ao delito de abuso de poder, apenas a palavra da vítima, presidiária; alternativamente, requer a declaração da prescrição desse crime, vez que ele teria sido revogado do Código Penal, passando a ser regulado pela Lei 4.898/1965, cominada pena mais branda.

No que tange ao delito de peculato, vejo que, pelos elementos que instruíram a presente ação, não é possível delimitar de plano, como exige o *habeas corpus*, que não comporta dilação probatória, a certeza se o que ocorreu foi o peculato de uso ou o peculato desvio.

Em se tratando de peculato de uso restará a absolvição do agente; acaso comprove-se o peculato desvio sofrerá ele as sanções correspondentes ao delito tipificado no artigo 312 do Código Penal.

Somente a instrução probatória poderá, sob o crivo do contraditório, delimitar qual conduta descreveu o paciente ao utilizar o carro da Polícia Civil para encontros sexuais, durante o horário de trabalho, em um motel. Fato este, incontroverso.

Desviar é desencaminhar e distrair. É a destinação di-versa que o agente dá à coisa, em proveito seu ou de outrem.

Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse e que se exsurge como pressuposto do crime, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de terceiro, já que se for em proveito da própria administração poderá haver desvio de verba. Esse é o ensinamento de Alberto Silva Franco (*Código Penal e sua interpretação*, p. 1.437).

Deve, pois, prosseguir a ação penal em relação a esse ilícito, tendo em vista o preenchimento dos pressupostos processuais.

Quanto ao favorecimento da prostituição tem-se que esse crime se consuma não somente pela descrição do verbo núcleo induzir ou atrair, também aquele que facilita o comércio da prostituta, dando-lhe condições favoráveis à continuação ou ao desenvolvimento daquele estado pratica o crime, eis que pratica atos secundários expressivos de um ambiente favorecedor a sua realização ou intensificação ou para ele concorre diretamente com a sua tolerância.

Dos testemunhos prestados na sindicância realizada pela Corregedoria da Polícia Civil mineira depreende-se, à primeira vista, que a delegacia de polícia sob a responsabilidade do paciente destinava-se ao trânsito de prostitutas para atender, em tese, a ele e a outros policiais. Tal fato era público e notório, incomodava as policiais femininas, e a comunidade se referia à delegacia como a “delegacia das putas”.

Mais uma vez, friso que somente a instrução processual poderá verificar com maior idoneidade os fatos e a participação do paciente.

No que tange ao crime do artigo 350 do Código Penal, exercício arbitrário ou abuso de poder, tem-se que a vítima, mesmo sendo presidiária, aliás é exatamente esse fato que a coloca na situação de sujeito passivo do crime, eis que estava sob a responsabilidade, custódia e guarda do delegado, representante do Estado em sua tutela, é suficiente para embasar a existência de indícios mínimos de autoria exigidos para a propositura da ação penal.

De fato existem duas correntes em relação à revogação ou não desse artigo pela Lei 4.898/1965. Para alguns ele ainda vige, para outros, a mencionada lei passou a disciplinar a conduta. Todavia, deverá a ação penal ter o seu curso para que se decida pela aplicação de um ou outro dispositivo, caso haja condenação e, somente então, será analisada a prescrição.

Tendo a denúncia capitulado o delito como artigo 350 do Código Penal, somente o Juiz, ao proferir a decisão, poderá realizar a desclassificação; até lá, a menos que haja aditamento da inicial, nada pode ser feito, eis que o magistrado pode optar pela corrente segundo a qual o artigo não foi revogado.

Posto isto, denego a ordem.

É como 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, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra

Relatora. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 1º de abril de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.  
(Publicado no DJe de 22.04.2008.)

...

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### Reclamação - Instauração de inquérito civil público - Mesmos fatos investigados em inquérito que tramita no STF - Usurpação de competência - Inocorrência das hipóteses previstas no regimento interno do STF - Reclamação julgada improcedente

- Inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais que pretende apurar eventual dano ao erário estadual, relacionado a atividades de empresas e pessoas detentoras de contrato com Governo estadual.

- A afirmação de que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais estaria investigando os mesmos fatos apurados em inquérito que tramita neste Tribunal não tem procedência. A investigação do Ministério Público estadual não possui natureza criminal, nem envolve Senador da República ou outra autoridade detentora de foro por prerrogativa de função.

Reclamação julgada improcedente.

#### RECLAMAÇÃO Nº 4.963-9-MG - Relator: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Reclamante: Marcos Valério Fernandes de Souza. Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva. Reclamado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Procedimento Investigatório nº 131/05).

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, em julgar improcedente a reclamação.

Brasília (DF), 4 de setembro de 2008. - *Joaquim Barbosa* - Relator.

#### Relatório

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - Cuida-se de reclamação ajuizada por Marcos Valério Fernandes de Souza contra ato da Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte.

Os fundamentos da presente reclamação estão sintetizados no seguinte trecho inicial:

Diante dos termos da Petição nº 3.579/MG da Procuradoria-Geral da República, que terminou a instauração do Inquérito nº 2.280, as investigações sobre possíveis repasses indevidos para a campanha do Senador Eduardo Azeredo - no ano de 1988 -, por determinação constitucional, correm perante o Supremo Tribunal Federal, o que determina a incompetência do Ministério Público de Minas Gerais para investigar o mesmo fato, sob qualquer prisma, até que seja positivada a impossibilidade da ocorrência de foro privilegiado.

O ato de improbidade equipara-se ao crime de responsabilidade e, no caso de envolvimento de Senador da República, responde ele e seus possíveis partícipes perante o Supremo Tribunal Federal, nos exatos termos do art. 102, I, letra b, da Constituição Federal:

‘Art. 102 [...]

I - processar e julgar originalmente:

[...];

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República [...].’ (sic).

Se vem (sic) certo que o suplicante está sendo investigado no Inquérito nº 2.280, em concurso com outras pessoas, inclusive com um Senador da República, na conformidade do art. 29 do Código Penal; a competência para processar e julgar sua possível participação nos fatos vem estabelecida na norma constitucional citada.

Isso posto, para que se evite a possibilidade de coação ilegal contra o reclamante, por não possuir o Ministério Público do Estado de Minas Gerais legitimidade para investigar atos praticados pelo requerente com participação de um Senador da República, o suplicante requer:

1. o deferimento da liminar para sobrestar as investigações promovidas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pela Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte no PI 131/05, sendo avocado o procedimento para o colendo Supremo Tribunal Federal;

2. seja julgada procedente a reclamação ora proposta e declarada a nulidade do procedimento investigatório feito pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Requisitadas as informações de estilo (f. 32), ainda no prazo legal para que fossem prestadas, considerando que o reclamante foi chamado a comparecer perante a Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte para prestar esclarecimentos, analisei o pedido de liminar, indeferindo-o (f. 36/37).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da reclamação, afirmando que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais é o órgão competente para apurar os possíveis danos causados ao patrimônio público estadual, mesmo porque “não há qualquer enfoque criminal sobre o objeto da investigação desenvolvida no inquérito civil público em exame, única hipótese que respaldaria a pretensão deduzida pelo reclamante” (f. 58/60).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais prestou as informações de praxe, asseverando que não há naquele órgão qualquer investigação de natureza criminal envolvendo Senador da República (f. 66/70).

É o relatório.

## Voto

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - A reclamação não merece provimento.

O reclamante argumenta que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pela Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte, instaurou procedimento tendente a investigar “suposto esquema de financiamento de campanha eleitoral majoritária de 1988 com recursos públicos do Estado de Minas Gerais” (f. 06), fatos estes que estariam sendo apurados no Inquérito 2.280, sob minha relatoria. Afirma que no Inquérito 2.280, deste Tribunal, investiga-se a participação, nos fatos, de Senador da República, e, por conseguinte, não teria o Ministério Público do Estado de Minas Gerais legitimidade para investigar atos praticados, em tese, pelo reclamante, com a participação de um Senador da República. Requer a avocação do procedimento instaurado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais por esta Corte.

Cuida-se, pois, de saber se a investigação em curso no Ministério Público do Estado de Minas Gerais usurpa a competência deste Tribunal, como fixada no Inquérito 2.280.

Consoante o art. 156 do Regimento Interno deste Tribunal, a reclamação é um instituto que visa à preservação da competência do Tribunal ou à garantia da autoridade de suas decisões.

Ora, a alegação não se sustenta, pois a portaria de instauração do Procedimento Investigatório nº 131/05, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, segundo revelam as informações prestadas (f. 67/68), tem o seguinte conteúdo:

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital, com base no art. 129, III, da Constituição Federal e nas Leis Federais 8.625/93 e 7.347/85, e considerando as notícias amplamente veiculadas pela imprensa escrita e falada, acerca de suposto esquema de financiamento de campanhas em Minas Gerais, nas eleições majoritárias de 1998, através de empréstimos bancários obtidos com garantias de contratos administrativos de prestação de serviço de publicidade por empresas de publicidade, dentre elas a empresa DNA Propaganda Ltda., ligada ao empresário Marcos Valério Fernandes de Souza, réu, juntamente com algumas de suas empresas e outras pessoas, em ações civis públicas por atos lesivos ao erário mineiro e de improbidade administrativa, e também ora investigado pela CPMI dos Correios, fatos estes que, se se confirmarem, pode haver resultado em danos ao erário estadual, instaura-se o presente inquérito civil público [...].

Colho, ainda, das informações enviadas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o seguinte esclarecimento quanto ao objeto do que é lá investigado (f. 68/69):

[...] Como se pode extrair dos termos de tal portaria, ato delimitador do objeto da apuração, o que se pretende é tão-somente perquirir acerca da ocorrência de dano ao erário estadual, relacionado a atividades de empresas e pessoas detentoras de contratos com o Governo Estadual, à época do pleito majoritário de 1998.

Não há, como não poderia haver, qualquer investigação de natureza criminal da PJEDPP-BH, envolvendo Senador da República, ou outras autoridades detentoras de foro especial por prerrogativa de função.

Nem mesmo se está a tratar de ato de improbidade administrativa, ou de possibilidade de ação por prática de atos de tal natureza, tendo em vista o decurso de lapso temporal suficiente para configurar a prescrição, conforme o art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

A estratégia do reclamante mostra-se duplamente equivocada, quando procura conferir tons de investigação criminal ao PI 131/05 - PJEDPP-BH, que, como já se asseverou, destina-se unicamente à apuração de eventual lesão aos cofres estatuais (sic), ensejadora da cabível ação de ressarcimento – e quando procurar equiparar o ato de improbidade ao crime de responsabilidade, em frontal desacordo ao que preconiza a jurisprudência desse Excelso Pretório.

[...]

Insista-se, contudo, que nem mesmo de conduta ímproba está-se tratando, inexistindo conseqüências outras, além do possível manejo de ação tendente ao ressarcimento do erário estadual.

Resulta claro das informações anexadas aos autos, como bem salientou o Procurador-Geral da República, em sua manifestação, que “a Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte instaurou inquérito civil público com o intuito de apurar eventual dano ao erário estadual, que pode resultar no ajuizamento de uma ação civil pública de ressarcimento” (f. 59/60).

Com efeito, não se verifica o menor enfoque criminal na investigação levada a termo do inquérito civil público já mencionado.

Assim, não identifico, na análise dos elementos dos autos, violação alguma da autoridade de decisão desta Corte, tampouco usurpação da sua competência.

Do exposto, julgo improcedente a presente reclamação.

É como voto.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, tenho dificuldades em adotar a visão que percebi, ante a votação simbólica implementada por Vossa Excelência, como a de meus pares. Por que tenho essa dificuldade? Não desconheço que as responsabilidades nos campos penal, cível e administrativo são independentes, mas tramita no Tribunal não sei se Ação Penal ou Inquérito nº 2.280, a envolver os mesmos fatos que estariam a moti-

var a instauração do inquérito, tendo em conta a ação civil pública a ser ajuizada pelo Ministério Público em Minas Gerais.

Surge a problemática: se os fatos são idênticos, é possível marchar-se, em órgãos diversos, com ações de natureza própria, visando à responsabilidade civil e penal, principalmente se quanto a esta há a atuação do órgão máximo do Judiciário brasileiro? A resposta, para mim, é negativa, em face de cláusula do Código Penal sobre o fato de a decisão condenatória penal transitada em julgado gerar a certeza - considerado o dano - sobre o fato, a ponto de ter-se como incontroversa a obrigação de indenizar. Refiro-me ao art. 91, inciso I - se não me falha a memória, vi há pouco, mas não busco gravar artigos, parágrafos incisos, alíneas -, do Código Penal.

O que surge no horizonte? A possibilidade de o Supremo, por exemplo, assentar, com repercussão no campo penal e também no cível, a inexistência do próprio fato, e essa inexistência repercute na referida seara cível.

Não vejo como, a um só tempo, considerados os mesmos fatos - repita-se -, ter-se em órgãos diversos, no Supremo e na primeira instância, o curso de procedimentos voltados a ressarcimento que poderá se tornar incontroverso, como preceituado pelo Código Penal, no julgamento do próprio processo-crime.

Peço vênia ao Relator para, no caso, julgar procedente o pleito formulado na reclamação - porque não encaro como recurso, mas instrumental peculiar - e avocar o inquérito que se encontra em curso, visando o que seria a propositura de ação civil pública na primeira instância, em Minas Gerais.

MINISTRO CEZAR PELUSO (Presidente) - Eu peço vênia ao eminente Marco Aurélio e acompanho o eminente Relator, porque me parece, com o devido respeito, que não temos competência para processar ação civil pública.

Razão pela qual não vejo caso de usuração.

#### Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente a reclamação. Votou o Presidente. Falaram, pelo reclamante, o Dr. Marcelo Leonardo e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 04.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no DJe de 10.10.2008.)

...

**Processual penal - Recurso especial - Magistrado - Denúncia - Acolhimento parcial - Provimento - Acolhimento total da denúncia - Ampla defesa - Contraditório - Devido processo legal - Contradição no acórdão - Julgamento *ultra petita* - Ocorrência - *Error in judicando* - Nulidade - Configuração - Ordem concedida**

- É encargo do Ministério Público a oposição de embargos declaratórios quando a decisão que dá provimento ao recurso especial criminal por ele interposto possa ensejar nulidade que aproveite à defesa.

- A discrepância entre a fundamentação e o dispositivo configura hipótese de *error in judicando*, que encerra hipótese de nulidade insanável.

Ordem concedida.

**HABEAS CORPUS Nº 91.651-1 - MG - Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

Paciente: Lauro Sérgio Leal. Impetrante: Cantinila Bezerra de Carvalho. Advogados: Eber Carvalho de Melo e outro. Coator: 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 Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus* para que os autos do processo penal voltem ao Tribunal de Justiça, considerado o estágio em que se encontrava na Corte.

Brasília, 3 de junho de 2008. - Ricardo Lewandowski - Relator.

#### Relatório

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Cantinila Bezerra de Carvalho em favor de Lauro Sérgio Leal, contra decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 832.853/MG.

Eis a ementa do julgado (f. 17):

Criminal. REsp. Peculato-apropriação. Empréstimo de arma de fogo. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Condenação em concurso material. Recurso provido.

I. O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

II. Evidenciado, na hipótese, que os crimes se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por todas as condutas, em concurso material.

III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Narra a impetrante, em síntese, que o paciente, magistrado do Estado de Minas Gerais, foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 312, *caput*, e 297, § 1º, do Código Penal, e art. 10, § 2º, c/c § 4º, da Lei 9.437/97 (peculato, falsificação de documento público e porte de arma de uso restrito, respectivamente).

Diz, mais, que, acolhida em parte a denúncia pelo Tribunal de Justiça, o Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça pleiteando o acolhimento integral da peça acusatória.

Afirma, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao recurso, além de ter afastado o princípio da consunção, determinou que a Corte *a quo* fixasse a pena aplicável, ao assim assentar (f. 4/5 da inicial):

Nestas condições, deve ser reconhecido o concurso material entre os delitos descritos no art. 312 do CP e no art. 10 da Lei 9.437/97, remetendo os autos ao Tribunal *a quo* para a fixação da pena.

Sustenta, em suma, a existência de patente ilegalidade perpetrada contra o paciente, na medida em que o recurso especial pretendia apenas atacar o recebimento parcial da denúncia (f. 5).

Alega, mais, que a decisão do STJ implica a existência de condenação sem ação, em ofensa ao devido processo legal, além de configurar julgamento *ultra petita* (f. 5/8). Segundo a impetrante, “se o processo caminhar, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais prestará obediência à instância superior e não julgará o mérito, apenas fixará a pena” (f. 9).

Requeru, ao final, o deferimento de medida liminar para sustar os efeitos da decisão atacada, bem como a concessão definitiva da ordem para anulá-la (f. 8/9).

Em 14.06.2007, deferi a medida liminar apenas para obstar a eventual imposição de pena (f. 47/48).

Vieram aos autos as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 06.07.2007 - reiteradas em 23.11.2007 (f. 61/79 e 103/124), e as do Superior Tribunal de Justiça em 30.10.2007 (f. 92/95).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves,

opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para reconhecer que os autos retornem ao tribunal de origem para que a ação penal tenha seu curso normal, mantendo-se, no mais, o acórdão hostilizado, que recebeu a denúncia na totalidade, ao acatar recurso do MP (f. 100).

É o relatório.

## Voto

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, entendo que assiste razão à impetrante.

Com efeito, como bem acentuou o *Parquet*, a contradição existente no acórdão do recurso especial poderia ser solucionada com a oposição de embargos declaratórios, uma vez que a decisão refere-se ao pedido deduzido pelo recorrente no sentido do acolhimento integral da denúncia.

Registro, no entanto, que a interposição dos embargos caberia ao próprio Ministério Público local, seja porque subscrevera o recurso especial, seja porque constituía seu dever, como fiscal da lei, velar para que não subsistam quaisquer nulidades nos feitos que contam com sua intervenção.

Não competia, pois, à defesa desincumbir-se de tal ônus processual.

Transcrevo, abaixo, a decisão atacada (grifos nossos):

*Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado, que recebeu, em parte, a denúncia oferecida contra Lauro Sérgio Leal, nos termos da seguinte ementa:*

‘Processo-crime de Competência Originária. Juiz de Direito. Apropriação de arma de fogo apreendida em processo criminal. Denúncia capitulando a conduta no art. 312 do CP. Fato não desmentido, mas com justificativas tendentes a excluir o crime. Falsificação de documento. Necessidade de aguardar a instrução. Denúncia que atende os requisitos do art. 41 do CPP. Absorção do crime do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97 pelo do art. 312 do CP. Recebimento parcial da denúncia (f. 185).

Lauro Sérgio Leal, Juiz de Direito da Comarca de Ervália/MG, foi denunciado como incurso no art. 312, *caput*, do Código Penal, no art. 10, § 2º, c/c o § 4º, da Lei 9.437/97 e no art. 297, § 1º, do Código Penal, na forma do art. 69, da mesma norma.

Narra a denúncia que o recorrido teria se apropriado de bem móvel público (rifle calibre 38) de que tinha posse em razão do cargo, em proveito próprio, levando-o para sua propriedade rural e emprestando ao seu empregado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais recebeu, em parte, a denúncia com relação às imputações dos delitos dos arts. 312 e 297, § 1º, do Código Penal, excluindo a imputação do art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97, ao entendimento de que este último estaria absorvido pelo delito de peculato.

Contra essa decisão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, apontando omissões e obscuridades no acórdão, relativos à ausência de fundamentação para rejeição de parte da denúncia.

Os embargos foram rejeitados.

No presente recurso especial, aponta negativa de vigência ao art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97 e ao art. 69 do Código Penal, sustentando que os arts. 312 do Código Penal e 10 da Lei 9.437/97 atingem objetos jurídicos distintos, a administração pública e a incolumidade pública, respectivamente, *daí ser forçoso o reconhecimento dos dois delitos em concurso material*.

Foram apresentadas contra-razões (f. 264/267).

Admitido o recurso (f. 269/270), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento.

É o relatório.

[...]

Voto.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado, que recebeu, em parte, a denúncia oferecida contra Lauro Sérgio Leal.

Em razões, aponta o Ministério Público negativa de vigência ao art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97 e ao art. 69 do Código Penal, sustentando que os arts. 312 do Código Penal e 10 da Lei 9.437/97 atingem objetos jurídicos distintos, a administração pública e a incolumidade pública, respectivamente, *daí ser forçoso o reconhecimento dos dois crimes em concurso material*.

O recurso é tempestivo. Os autos deram entrada na Procuradoria-Geral de Justiça em 30/11/05 (f. 248 v.), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada na mesma data (f. 250).

A matéria foi devidamente prequestionada, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido:

'Penso não se justificar o recebimento da denúncia quanto ao crime do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei nº 9.437/97, não pelos motivos apresentados pela defesa, mas, sim, porque, em tese, está absorvido pelo crime do art. 312 do CP. É que, se for considerado comprovado o desvio na forma descrita no art. 312 do CP, a posse teria sido decorrente de tal desvio, a integrar o delito, mas, se for havida como lícita a posse da arma pelo Juiz enquanto titular da Comarca, o crime não teria existido' (f. 190).

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, merecendo prosperar a irresignação.

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles - menos grave - represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim, é necessária a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Entretanto, o que se infere, na hipótese, é que os crimes se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo relação de subordinação entre as condutas, pois o empréstimo da arma não pode ser considerado como peculato-desvio e nem como exaurimento da conduta de apropriação, na medida em que atinge outro bem jurídico.

Nesse sentido, reproduzo as considerações da Subprocuradoria-Geral da República, que adoto como razões de decidir:

'O cerne da questão consiste em saber se a conduta praticada pelo acusado (emprestar arma de fogo) deve estar ou não absorvida pelo crime de peculato.

O peculato é crime definido no art. 312 do CP, que assim prescreve:

'Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem imóvel público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio'.

A doutrina, analisando o núcleo do referido artigo, identifica a existência de duas condutas típicas previstas: o peculato-apropriação (1ª parte) e o peculato-desvio (2ª parte). A respeito do tema, Guilherme Souza Nucci, in *Código Penal comentado*, 5ª edição, à f. 976, elucida que apropriar-se significa tomar como propriedade sua ou apossar-se, e desviar corresponde a alterar o destino ou desencaminhar. Compulsando os autos, verifica-se que de fato, o elemento do tipo que se refere à conduta do peculato-apropriação, conforme descrita na denúncia, foi, em tese, praticada pelo acusado, confira-se:

'De acordo com as provas colacionadas na fase investigatória, o acusado requisitou verbalmente do Delegado de Polícia Paulo César Corrêa Armond o rifle marca Rossi, série BO 63497, calibre 38, modelo Winchester, de acabamento oxidado, apreendido nos autos do inquérito policial n. 15/2001, da Delegacia de Polícia de Araponga, em que figurava como indiciado Francisco de Assis Mendes.

Feito o encaminhamento da arma de fogo pela Autoridade Policial, ato formalizado pelo ofício n. 426/DPCE/2001 (f. 21, apenso 02), o acusado dela se apropriou, levando-a para sua propriedade rural localizada no Município de Eugenópolis, com o objetivo de usá-la para matar cães hidrófobos'.

Entretanto, o peculato-desvio não foi praticado pelo acusado, pois, como bem asseverou o representante do *Parquet*, desviar, desencaminhar não é o mesmo que emprestar. Na hipótese, estamos diante do peculato-apropriação em concurso material com o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, não havendo que se falar em absorção, como entendeu o Tribunal a quo.

[...]

In casu, estamos diante de delitos autônomos, pois o empréstimo da arma de fogo não se constitui fase normal de preparação ou execução da conduta típica constante do art. 312 do CP, a impor a absorção. Ademais, os referidos crimes tutelam bens jurídicos diferentes; no primeiro, viola-se a incolumidade pública, e, no segundo, a administração pública, em seu aspecto patrimonial e moral' (f. 277/278). Nestas condições, deve ser reconhecido o concurso material entre os delitos descritos no art. 312 do CP e no art. 10 da Lei 9.437/97, remetendo os autos ao Tribunal a quo para fixação da pena.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

Como se vê, registra-se uma discrepância entre a fundamentação e o dispositivo do *decisum*, que encerra nulidade insanável, caracterizando o *error judicando*, e não simples *error in procedendo*, em que se poderia cogitar de ausência de prejuízo em face do retorno dos autos da ação penal ao Tribunal de Justiça.

Isso posto, concedo a ordem para anular a decisão proferida no recurso especial e determinar que outra seja proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, desta vez atentando para os limites da pretensão deduzida.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Agora, de qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão do Tribunal de Justiça sob o ângulo da absorção, dos demais crimes, pelo peculato.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Sim, até aí é válido.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Era isso que eu ia ponderar. Veja bem, tenho a impressão de que não houve, sequer, com a devida vênia, um *error in iudicando* do Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, houve uma contradição. O que o Superior Tribunal de Justiça disse? Ele acolheu o parecer do Ministério Público para que a denúncia fosse recebida na sua totalidade. Por isso é que o Ministério Público sugeriu o deferimento da ordem, em parte, para que voltasse o processo ao tribunal de origem e o andamento fosse normal, porque não houve a fixação de pena.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Ministro Ricardo Lewandowski, há inconformismo no *habeas* quanto ao tema de direito, que é o alusivo à absorção, ou não, pelo peculato?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Aí não.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Ele aceita ser processado, também, pelo porte?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Aceita. Ele reclama que não foi respeitado o devido processo legal.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Ele reclama, exclusivamente, do erro de ter feito a interpretação de que houve a condenação, porque a conclusão foi remeter para a fixação da pena.

Evidentemente, isso seria resolvido até com embargos de declaração.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Mas eu digo isso.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Não seria o caso, Ministro, então, de avançarmos um pouco mais para conceder a ordem no sentido de que se dê seqüência à ação penal?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Por questão de economia processual?

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Para não retornar ao Superior Tribunal de Justiça.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu pensei nisso.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Realmente, houve um equívoco, quer dizer, o processo-crime não estava aparelhado para ser sentenciado e se impor pena. A volta é para a instrução.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Só para seguir o processo normalmente.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu identifiquei essa questão levantada pelo eminente Ministro Menezes Direito, dizendo - há uma contradição, basicamente - que essa contradição poderia ter sido resolvida mediante a interposição de embargos de declaração. Mas os embargos de declaração não caberiam à defesa, mas sim ao *Parquet* local.

MINISTRO MENEZES DIREITO - É só para evitar, Ministro, Vossa Excelência me desculpe interrompê-lo, que, a meu sentir, pela leitura do que está disposto, pelo claro voto que Vossa Excelência acaba de proferir, como sempre, não houve um erro *in iudicando*, houve uma contradição.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - É, mas o Superior Tribunal de Justiça, realmente, de forma equivocada, deu de barato a culpa do acusado.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Não, é porque ele concluiu, veja bem, é uma contradição, e, em vez de determinar que prosseguisse, como Vossa Excelência disse, ele deu pela fixação da pena. Então, concede-se o *habeas* aqui para que os autos retornem e sigam normalmente.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Retorne para a instrução cabível.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu me curvo ao entendimento do Colegiado.

Interessante, porque a impetrante, em nome do paciente, alega que a decisão do STJ implica a existência de condenação sem ação e ofensa ao devido processo legal, além de configurar julgamento *ultra petita*.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Agora, não há insurgimento quanto à questão da absorção.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Não, não há.

Ainda, *data venia*, insisto que, tecnicamente, seria mais correto anular o julgamento, mas por uma razão de economia processual.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Economia processual, é mais prático.



MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Vossa Excelência concorda, Ministro Ricardo Lewandowski?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Concordo, embora eu entenda que, tecnicamente, *data venia*, a minha decisão está correta.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Perfeito, mas é muito mais prático.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Está bem, farei isso.

Então, concedemos em parte para que retornem os autos.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Para que o retorno se dê visando à instrução do processo.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Certo.

#### Extrato de ata

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus* para que os autos do processo penal voltem ao Tribunal de Justiça, considerado o estágio em que se encontrava na Corte. Unânime. 1ª Turma, 03.06.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

*Ricardo Dias Duarte* - Coordenador.

(Publicado no DJe de 15.08.2008.)

...



# Índice Numérico

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

## Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.450361-6/000	Ação Dir.Inconst.	Pouso Alegre	Almeida Melo . . . . .	47
1.0000.08.469078-3/000	Mandado de Seg.	Belo Horizonte	Célio César Paduani . . . . .	48

## Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.458511-8/000	Mand.de Segurança	Pouso Alegre	Roney Oliveira . . . . .	216
1.0000.07.463185-4/000	Confl.Neg.Compet.	Belo Horizonte	Otávio Portes . . . . .	185
1.0000.07.463818-0/000	Confl.Neg.Compet.	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula . . . . .	120
1.0000.08.470706-6/000	Mand.de Segurança	Tombos	Almeida Melo . . . . .	122
1.0003.04.010945-0/003	Ap.Cível	Abre-Campo	Elpídio Donizetti . . . . .	267
1.0000.08.470951-8/000	Confl.Neg.Compet.	Manhuaçu	Audebert Delage . . . . .	124
1.0024.00.006990-6/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Francisco Kupidowski . . . . .	263
1.0024.01.004586-2/001	Agravo	Belo Horizonte	José Amancio . . . . .	55
1.0024.01.084995-8/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Roberto Borges de Oliveira . . . . .	161
1.0024.02.820641-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Márcia De Paoli Balbino . . . . .	192
1.0024.03.057300-0/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Silas Vieira . . . . .	73
1.0024.04.425490-2/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira . . . . .	176
1.0024.04.437800-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Nilo Lacerda . . . . .	119
1.0024.04.449757-6/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Moreira Diniz . . . . .	183
1.0024.05.627023-4/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Lucas Pereira . . . . .	248
1.0024.05.698153-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alberto Vilas Boas . . . . .	187
1.0024.05.851322-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Vanessa Verdolim Hudson Andrade . . . . .	284
1.0024.05.897607-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim . . . . .	222
1.0024.05.899420-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa . . . . .	196
1.0024.06.019543-5/002	Agravo	Belo Horizonte	Nilson Reis . . . . .	61
1.0024.06.023747-6/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Edilson Fernandes . . . . .	62
1.0024.06.072330-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Domingues Ferreira Esteves . . . . .	159
1.0024.06.118823-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Nicolau Masselli . . . . .	245
1.0024.06.130477-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio . . . . .	89
1.0024.06.201951-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alvimar de Ávila . . . . .	210
1.0024.06.219441-0/001	Agravo	Belo Horizonte	Brandão Teixeira . . . . .	96
1.0024.06.246090-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Irmair Ferreira Campos . . . . .	101
1.0024.06.930599-3/006	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Maria Elza . . . . .	135
1.0024.06.935125-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Carreira Machado . . . . .	137
1.0024.07.386709-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cláudio Costa . . . . .	117
1.0024.07.473030-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Duarte de Paula . . . . .	125
1.0024.07.484678-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Adilson Lamounier . . . . .	127
1.0024.07.491658-6/002	Agravo	Belo Horizonte	Pereira da Silva . . . . .	129
1.0024.07.500594-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes . . . . .	130
1.0024.07.662439-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Edivaldo George dos Santos . . . . .	134
1.0024.07.763195-0/001	Agravo	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes . . . . .	282
1.0024.08.969846-8/001	Agravo	Belo Horizonte	Alberto Henrique . . . . .	224

1.0024.08.989186-5/001	Agravo	Belo Horizonte	Antônio de Pádua . . . . .	138
1.0024.96.040191-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Albergaria Costa . . . . .	71
1.0024.98.062910-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Armando Freire . . . . .	76
1.0027.04.045654-6/001	Ap.Cível	Betim	Renato Martins Jacob . . . . .	154
1.0027.06.079834-8/002	Ap.Cível/Reex.Nec.	Betim	Alvim Soares . . . . .	81
1.0027.06.083447-3/001	Ap.Cível	Betim	Heloísa Combat . . . . .	82
1.0027.06.096673-9/001	Ap.Cível	Betim	Fernando Botelho . . . . .	202
1.0027.06.097394-1/001	Ap.Cível	Betim	Dárcio Lopardi Mendes . . . . .	205
1.0027.06.105152-3/001	Ap.Cível	Betim	Barros Levenhagen . . . . .	86
1.0035.02.001128-0/001	Ap.Cível	Araguari	Mota e Silva . . . . .	147
1.0035.03.029499-1/001	Ap.Cível	Araguari	Marcelo Rodrigues . . . . .	232
1.0056.08.164029-6/001	Ap.Cível	Barbacena	Wagner Wilson . . . . .	167
1.0079.06.283652-7/001	Ap.Cível	Contagem	Antônio Sérvulo . . . . .	112
1.0079.07.344218-2/001	Ap.Cível	Contagem	Nepomuceno Silva . . . . .	113
1.0105.07.221435-3/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	Wander Marotta . . . . .	97
1.0105.07.231381-7/001	Reex.Nec.	Gov.Valadares	Alberto Aluísio Pacheco de Andrade . . .	170
1.0105.07.238114-5/001	Agravo	Gov.Valadares	Belizário de Lacerda . . . . .	99
1.0116.06.007134-1/002	Ap.Cível	Campos Gerais	Batista de Abreu . . . . .	57
1.0145.05.281445-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	José Affonso da Costa Côrtes . . . . .	107
1.0145.06.351218-3/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Afrânio Vilela . . . . .	115
1.0145.07.392713-2/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	José Flávio de Almeida . . . . .	171
1.0209.04.039529-2/001	Ap.Cível	Curvelo	Selma Marques . . . . .	70
1.0284.06.003763-7/001	Ap.Cível	Guarani	Eduardo Mariné da Cunha . . . . .	53
1.0313.06.205619-4/001	Ap.Cível	Ipatinga	Sebastião Pereira de Souza . . . . .	247
1.0313.07.219415-9/001	Ap.Cível	Ipatinga	José Antônio Braga . . . . .	213
1.0325.06.000495-0/001	Ap.Cível	Itamarandiba	Eulina do Carmo Almeida . . . . .	140
1.0332.06.012882-1/002	Agravo	Itanhomi	Geraldo Augusto . . . . .	60
1.0342.07.090179-4/003	Ap.Cível	Ituiutaba	Cabral da Silva . . . . .	164
1.0352.07.034075-2/001	Agravo	Januária	Kildare Carvalho . . . . .	66
1.0382.06.058141-2/001	Ap.Cível	Lavras	Saldanha da Fonseca . . . . .	157
1.0400.04.012316-0/001	Ap.Cível	Mariana	Eduardo Andrade . . . . .	58
1.0407.03.002161-9/001	Ap.Cível	Mateus Leme	Unias Silva . . . . .	227
1.0439.03.027177-9/001	Ap.Cível	Muriaé	Osmando Almeida . . . . .	64
1.0439.06.050672-2/001	Ap.Cível	Muriaé	Fernando Caldeira Brant . . . . .	275
1.0439.07.064879-5/001	Ap.Cível	Muriaé	Luciano Pinto . . . . .	243
1.0444.07.000785-1/001	Ap.Cível	Natércia	Pedro Bernardes . . . . .	142
1.0450.08.005844-6/001	Agravo	Nova Ponte	Rogério Medeiros . . . . .	254
1.0459.08.031749-6/001	Agravo	Ouro Branco	Fábio Maia Viani . . . . .	270
1.0470.05.019956-6/002	Ap.Cível	Paracatu	Valdez Leite Machado . . . . .	151
1.0481.07.068828-0/001	Ap.Cível	Patrocínio	Jarbas Ladeira . . . . .	79
1.0512.02.002443-0/003	Agravo	Pirapora	Elias Camilo . . . . .	251
1.0512.07.041141-2/001	Ap.Cível	Pirapora	Evangelina Castilho Duarte . . . . .	272
1.0515.06.015993-3/001	Ap.Cível	Piumhi	Mauro Soares de Freitas . . . . .	150
1.0521.07.065237-0/001	Agravo	Ponte Nova	Generoso Filho . . . . .	199
1.0525.07.102432-3/001	Ap.Cível	Pouso Alegre	Marcos Lincoln . . . . .	278
1.0543.07.000969-0/001	Ap.Cível	Resplendor	Célio César Paduani . . . . .	146
1.0686.07.195239-0/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Manuel Saramago . . . . .	207
1.0687.07.056649-6/001	Ap.Cível	Timóteo	Bitencourt Marcondes . . . . .	197
1.0701.05.127642-9/002	Agravo	Uberaba	Ernane Fidélis . . . . .	88
1.0701.07.194911-2/001	Ap.Cível	Uberaba	Teresa Cristina da Cunha Peixoto . . . . .	90
1.0701.07.197128-0/001	Reex.Nec.	Uberaba	Cláudia Maia . . . . .	92
1.0701.07.207481-1/001	Agravo	Uberaba	Maurício Barros . . . . .	94
1.0701.08.213948-9/001	Agravo	Uberaba	Maurílio Gabriel . . . . .	168
1.0701.08.217993-1/001	Agravo	Uberaba	Domingos Coelho . . . . .	95
1.0702.03.094093-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	D. Viçoso Rodrigues . . . . .	230
2.0000.00.494156-8/000	Ap.Cível	Ipatinga	Tarcísio Martins Costa . . . . .	279

## Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des	Pág.
1.0000.07.460491-9/001	Recurso de Agravo	Juiz de Fora	Hyparco Immesi . . . . .	317
1.0000.07.466156-2/000	Confl.Neg.Jurisd.	Além Paraíba	Alexandre Victor de Carvalho . . . . .	323
1.0000.08.469010-6/000	HC	Elói Mendes	Reynaldo Ximenes Carneiro . . . . .	325
1.0000.08.472313-9/000	Confl.Neg.Jurisd.	Itaguara	Adilson Lamounier . . . . .	327
1.0000.08.474986-0/000	HC	Ouro Preto	Maria Celeste Porto . . . . .	328
1.0024.02.856084-5/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Márcia Milanez . . . . .	336
1.0024.04.449124-9/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Eli Lucas de Mendonça . . . . .	315
1.0024.04.464138-9/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Beatriz Pinheiro Caires . . . . .	319
1.0024.05.582726-5/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues . . . . .	332
1.0024.06.972409-4/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Fernando Starling . . . . .	339
1.0024.07.571642-3/001	Rec.Sent.Estrito	Belo Horizonte	Eduardo Brum . . . . .	330
1.0024.07.764486-2/001	Rec.Sent.Estrito	Belo Horizonte	Edelberto Santiago . . . . .	334
1.0079.04.122485-2/001	Ap.Criminal	Contagem	Pedro Vergara . . . . .	305
1.0145.02.021421-2/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Sérgio Resende . . . . .	299
1.0194.05.047416-3/001	Ap.Criminal	Cel.Fabriciano	Antônio Armando dos Anjos . . . . .	342
1.0313.00.003142-4/001	Ap.Criminal	Ipatinga	Vieira de Brito . . . . .	290
1.0352.06.029530-5/001	Ap.Criminal	Januária	Antônio Carlos Cruvinel . . . . .	302
1.0433.05.163424-7/001	Ap.Criminal	Montes Claros	Hélcio Valentim . . . . .	309
1.0456.03.019597-2/001	Ap.Criminal	Oliveira	Ediwal José de Moraes . . . . .	296
1.0521.03.025899-5/001	Ap.Criminal	Ponte Nova	Paulo César Dias . . . . .	300
1.0672.07.240510-9/001	Ap.Criminal	Sete Lagoas	Judimar Biber . . . . .	311
1.0687.05.037487-9/001	Ap.Criminal	Timóteo	Walter Pinto da Rocha . . . . .	303
1.0694.01.002270-5/001	Ap.Criminal	Três Pontas	Delmival de Almeida Campos . . . . .	289
1.0708.03.003711-1/001	Ap.Criminal	Várzea da Palma	José Antonino Baía Borges . . . . .	293

## Superior Tribunal de Justiça

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
437.222-MG	Recurso Especial	Aldir Passarinho Júnior . . . . .	347
94.168-MG	<i>Habeas Corpus</i>	Jane Silva . . . . .	351

## Supremo Tribunal Federal

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
4.963-9-MG	Reclamação	Joaquim Barbosa . . . . .	355
91.651-1-MG	<i>Habeas Corpus</i>	Ricardo Lewandowski . . . . .	357



## Índice Alfabético e Remissivo

- A -

### **ABERRATIO ICTUS**

Homicídio qualificado-privilegiado - Tribunal do Júri - Concurso formal . . . . .293

### **ABSOLVIÇÃO**

Fundamentação - *In dubio pro reo* - Art. 386, VI, do Código de Processo Penal . . . . .342

### **AÇÃO ANULATÓRIA**

Imóvel - Doação - Limitação - Extrapolação da legítima - Escritura - Ônus da sucumbência . . . . .278

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Desmatamento - Dano ao meio ambiente - Condenação - Obrigação de reflorestar - Indenização em pecúnia - Cumulação - Impossibilidade . . . . . 58

Poluição sonora - Tutela estatal - Igreja evangélica - Decibéis - Limite permitido - Multa - Aplicação . . . . . 99

### **AÇÃO COMINATÓRIA**

Depósito de grãos - Garantia de dívida - Despesas de armazenagem - Obrigação da depositante - Assunção da dívida por terceiro - Devedor primitivo - Extinção da garantia - Liberação do bem - Mora do credor - Prejuízo decorrente - Responsabilidade . . . . .151

Obrigação de fazer - Cobrança - Cumulação de ações - Construção - Defeitos - Fachada de edifício - Descolamento de cerâmica - Prescrição - Não-ocorrência - Construtora - Responsabilidade exclusiva - Despesas - Reembolso devido - Honorários de advogado - Majoração . . . . .161

### **AÇÃO DECLARATÓRIA**

Parceria agrícola - Contrato - Parceiro outorgado - Falecimento - Rescisão - Não-ocorrência - Sucessores - Continuidade . . . . .142

### **AÇÃO DEMOLITÓRIA**

Nunciação de obra nova - Cumulação de ações - Liminar - Deferimento - Obra paralisada - *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Preliminares - Não-conhecimento . . . . .199

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Lei Orgânica Municipal - Prefeito - Julgamento - Afastamento prévio - Procedimento - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei 201/67 - Art. 170, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais . . . . . 47

### **AÇÃO MONITÓRIA**

Confissão de dívida - Instrumento particular - Documento hábil - Questão de direito - Art. 515, § 3º, do CPC - Inadimplência - Vencimento da dívida - Encargos moratórios - Comissão de permanência - Correção monetária - Juros e multa - Cumulação - Impossibilidade . . . . . 76

### **AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA**

Permissão de serviço público - Transporte coletivo - Condições - Interesse público - Prevalência - Indenização - Pretensão - Desequilíbrio financeiro do contrato - Alegação - Improcedência do pedido - Manutenção . . . . .176

### **AÇÃO PENAL PÚBLICA**

Condicionada - Violência doméstica - Ameaça - Lei 11.340/06 - Princípio da especialidade - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Retratação - Ausência de nulidade . . . . .330

## **ADOÇÃO**

Procedência do pedido - Abandono material e afetivo - Visitas esporádicas da mãe - Poder familiar - Inércia no exercício - Delegação a terceiros - Prorrogação da guarda de fato .....82

## **AGENTE PÚBLICO**

Afastamento prévio - Hipótese excepcional ..... 66

## **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Busca e apreensão - Decreto-Lei 911/69 - Alterações introduzidas pela Lei 10.931/04 - Constitucionalidade - Indicação do depositário - Local do depósito .....168

Comprovação da mora - Notificação - Carta registrada - Cartório diverso ao do domicílio do devedor - Validade - Busca e apreensão - Deferimento liminar - Possibilidade .....167

## **ALIMENTOS**

Conciliação - Vontade das partes - Acordo - Homologação pelo juiz - Nulidade - Arguição pelo Ministério Público - Prejuízo - Ausência - Manutenção da sentença .....113

Prescrição - Prazo - Suspensão ou interrupção - Inexistência - Embargos do devedor - Oposição independente de penhora - Possibilidade .....117

## **ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO**

Cassação - Posto de gasolina - Atividade perigosa - Poder de polícia - Devido processo legal - Ato administrativo - Presunção de legitimidade - Adequação da cassação .....134

## **ALVARÁ JUDICIAL**

Companheira - Recebimento de DPVAT - União estável - Procedimento de jurisdição contenciosa - Necessidade - Petição inicial - Indeferimento - Art. 295, inciso V, do CPC ..... 90

Contenciosidade - Jurisdição voluntária - Inadequação - Interesse processual - Ausência - Carência da ação ... .202

## **AMEAÇA**

Violência doméstica - Ação penal pública condicionada - Lei 11.340/06 - Princípio da especialidade - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Retratação - Ausência de nulidade - Desobediência - Princípio da conexão - Aplicabilidade - Denúncia - Rejeição - *Habeas corpus* de ofício - Trancamento de ação penal .....330

## **APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

Estelionato - Desclassificação do crime - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Fixação da pena - Critério trifásico - Nulidade não caracterizada .....305

## **ARRENDAMENTO RURAL**

Contrato administrativo - Programa de distritos florestais - Terras devolutas - Concessão de uso de bem público - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência .....183

## **ARTIGO JURÍDICO**

Direito Ambiental francês - Luiz Guilherme Marques ..... 22

O consumidor por equiparação e o direito de ação em face de terceiro - Vítor Vilela Guglinski ..... 45

O impasse na nova Organização Judiciária - Reynaldo Ximenes Carneiro ..... 21

O princípio da co-culpabilidade - Simone Matos Rios Pinto ..... 27



Responsabilidade civil extracontratual do Estado por acidentes de trânsito - Bárbara Natália Lages Lobo . . . . . 31

Termo inicial de contagem do prazo para incidência da multa pelo não-cumprimento voluntário do comando sentencial - Rodrigo Martins Faria . . . . . 39

### **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

Honorários de perito - Pagamento - Responsabilidade - Art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50 . . . . . 61

Impugnação - Declaração de pobreza - Presunção *juris tantum* - Impugnante - Capacidade econômica - Prova em contrário - Indeferimento do benefício . . . . . 70

Isenção de custas - Furto - Resistência - Concurso material . . . . . 315

Parte requerente - Insuficiência de recursos - Ausência de prova - Indeferimento - Voto vencido . . . . . 254

### **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**

Crime continuado - Execução da pena - Regime fechado - Doença grave - Tratamento médico - Direito à saúde - Prisão domiciliar - Admissibilidade . . . . . 317

### **ATO ADMINISTRATIVO**

Ausência de fundamentação - Nulidade - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Benefício social - Suspensão - Impossibilidade . . . . . 135

### **ATO INFRAACIONAL**

Estatuto da Criança e do Adolescente - Infração análoga a roubo qualificado - Autoria e materialidade - Prova - Gravidade da infração - Medida socioeducativa - Internação provisória - Aplicabilidade . . . . . 339

### **ATO JURÍDICO**

Nulidade - Ausência - Indenização - Danos materiais e morais - Inocorrência - Nota promissória - Declarações e emissão - Vício de consentimento - Inexistência - Dívida confessada - Transferência de parte do imóvel - Nua-propriedade e usufruto vitalício - Legalidade - Escritura pública válida - Locação do restante do imóvel - Pagamento - Ausência de prova - Lastreamento em título de crédito - Compensação do débito - Função social do contrato - Emissão na posse do imóvel - Liminar . . . . . 232

- B -

### **BANCO**

Legitimidade passiva - Seguradora - Grupo econômico - Teoria da aparência - Aplicabilidade - Seguro - Contrato - Prestação - Atraso de pagamento - Segurado - Ausência de interpelação - Cobertura - Cancelamento ou suspensão - Impossibilidade . . . . . 147

### **BEM PÚBLICO**

Ausência de prejuízo - Licitação - Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Prefeito . . . . . 289

Concessão de uso - Terras devolutas - Programa de distritos florestais - Contrato administrativo - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência . . . . . 183

### **BUSCA E APREENSÃO**

Alienação fiduciária - Decreto-Lei 911/69 - Alterações introduzidas pela Lei 10.931/04 - Constitucionalidade - Indicação do depositário - Local do depósito . . . . . 168

Deferimento liminar - Alienação fiduciária - Comprovação da mora - Notificação - Carta registrada - Cartório diverso ao do domicílio do devedor - Validade . . . . . 167

### **CADASTRO DE INADIMPLENTES**

Inscrição indevida - Dever de indenizar .....213

### **CAPACIDADE PROCESSUAL**

Espólio - Inventário - Encerramento - Propositura de ação posterior - Mérito - Extinção sem resolução - Relação processual - Ausência de pressuposto - Recurso adesivo - Não-conhecimento .....134

### **CARGO PÚBLICO**

Perda - Homicídio qualificado - Tentativa - Lesão corporal grave - Caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Fundamentação - Inadmissibilidade .....319

Perda - Tortura - Condenação criminal - Efeitos - Auto-aplicabilidade .....336

### **CERCEAMENTO DE DEFESA**

Inocorrência - Julgamento antecipado da lide .....183

### **CESSÃO DE CRÉDITO**

Cláusula de inalienabilidade - Inexistência - Cotas - Transferência - Permissão estatutária expressa - Negócio jurídico - Objeto lícito - Agente capaz - Forma prescrita ou não defesa em lei - Validade .....270

### **CESSÃO DE DIREITOS**

Contrato - Reintegração de posse - Invasão de terreno - Transferência da posse .....224

### **CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE**

Roubo qualificado pelo resultado - Lesão corporal grave - Confissão espontânea - Regime fechado .....290

### **CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE**

Aquisição onerosa - Inadmissibilidade - Contrato - Cessão de crédito e obrigações - Cláusula de inalienabilidade - Inexistência - Cotas - Transferência - Permissão estatutária expressa - Negócio jurídico - Objeto lícito - Agente capaz - Forma prescrita ou não defesa em lei - Validade .....270

### **COBRANÇA**

Ação cominatória - Obrigação de fazer - Cumulação de ações - Construção - Defeitos - Fachada de edifício - Descolamento de cerâmica - Prescrição - Não-ocorrência .....161

### **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Art. 386, VI .....342

### **COMODATO**

Rescisão contratual - Reintegração de posse ou reivindicatória - Propriedade das ações - Requisitos - Constituição em mora - Necessidade - Pressuposto e condição da ação - Ausência .....125

### **COMPENSAÇÃO**

Inadmissibilidade - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Vítima - Condenação .....300

### **COMPETÊNCIA**

Conflito negativo de competência - Juízo de família e criminal - Violência doméstica contra a mulher - Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) - Medidas protetivas de urgência - Representação formalizada - Competência do juízo criminal .....124

Lugar da infração - Tráfico de entorpecentes - Conflito de competência .....327

Partilha de bens - Casamento e separação de fato ocorridos no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Partilha - Competência da Justiça brasileira .....60

Partilha de bens - Homologação em autos de separação judicial - Ação anulatória - Competência para julgamento - Vara de Família . . . . .94

### **COMPRA E VENDA**

Cláusula de retrovenda - Advento da condição resolutiva - Imissão de posse - Cautelar de arrolamento de bens - Laudo pericial - Prova contundente e eficaz - Preliminar de inadmissibilidade do recurso - Rejeição . . . . .267

Fiança verbal - Impossibilidade - Forma escrita - Exigência - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Dever de indenizar - Dano moral - Fixação - Majoração - Caráter pedagógico . . . . .213

Imóvel - Vício de consentimento - Coação - Ausência - Contrato - Cláusula *ad corpus* - Previsão legal - Complemento da área - Devolução do excesso - Impossibilidade - Negócio jurídico - Nulidade - Inocorrência - Lucros cessantes - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . .146

### **COMPRA E VENDA PELA INTERNET**

Indenização - Tutela antecipada - Pedido - Prestação de serviço - Falha - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Comprovação - Inexistência . . . . .101

### **CONCESSÃO DE USO**

Bem público - Terras devolutas - Programa de distritos florestais - Contrato administrativo - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência . . . . .183

### **CONCURSO DE PESSOAS**

Roubo qualificado - Princípio da proporcionalidade - Art. 157, § 2º, do Código Penal - Constitucionalidade . . . .332

### **CONCURSO FORMAL**

*Aberratio ictus* - Homicídio qualificado-privilegiado - Tribunal do Júri . . . . .293

### **CONCURSO PÚBLICO**

Vaga reservada - Deficiente - Visão monocular - Comprovação - Nomeação - Direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem . . . . .48

### **CONDOMÍNIO FECHADO**

Proprietários de lote - Taxa condominial - Pagamento - Obrigatoriedade . . . . .196

### **CONEXÃO**

Integração de terceiro - Impossibilidade - Litisconsórcio necessário - Alteração de pedido . . . . .88

### **CONFISSÃO DE DÍVIDA**

Instrumento particular - Documento hábil - Questão de direito - Art. 515, § 3º, do CPC - Inadimplência - Vencimento da dívida - Encargos moratórios - Correção monetária - Juros e multa - Cumulação - Impossibilidade . . . . .76

### **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

Tráfico de entorpecentes - Investigação criminal - Prisão em flagrante - Denúncia - Recebimento - Prevenção - Inaplicabilidade - Competência pelo lugar da infração . . . . .327

Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Justiça comum . . . . .323

### **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA**

Contribuição previdenciária estadual - Lei Complementar 59/2001 - Resolução 377/2001 da Corte Superior - Custeio da saúde - Contribuição compulsória - Mandado de segurança - Competência - Vara de Feitos Tributários . . . . .120

Prevenção - Desistência do pedido - Conexão de causas . . . . .185

## CONSÓRCIO

Seguro - Acessório - Contratação - Estipulante - Parte ilegítima - Doença preexistente - Exames médicos - Não-realização - Arts. 1.443 e 1.444 do CC/1916 - Infringência - Má-fé - Não-caracterização - Cumprimento contratual - Recusa - Sinistro - Valor pago posteriormente - Restituição devida .....115

## CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Art. 31, § 6º, II - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Direito fundamental e social - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Ato administrativo - Ausência de fundamentação - Nulidade - Benefício social - Suspensão - Impossibilidade - Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social - Preceitos fundamentais da Constituição Federal - Violação .....135

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 208, IV - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Direito fundamental e social - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Ato administrativo - Ausência de fundamentação - Nulidade - Benefício social - Suspensão - Impossibilidade - Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social - Preceitos fundamentais da Constituição Federal - Violação .....135

## CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Instrução criminal - Sentença condenatória - Direito de apelar em liberdade - Concessão da ordem .....328

Não-caracterização - *Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo - Crime inafiançável - Liberdade provisória - Denegação da ordem .....325

## CONSTRUÇÃO

Defeitos - Fachada de edifício - Descolamento de cerâmica - Prescrição - Não-ocorrência - Construtora - Responsabilidade exclusiva - Despesas - Reembolso devido .....161

## CONTRATO

Cessão de crédito e obrigações - Cláusula de inalienabilidade - Inexistência - Cotas - Transferência - Permissão estatutária expressa - Negócio jurídico - Objeto lícito - Agente capaz - Forma prescrita ou não defesa em lei - Validade .....270

Compra e venda de imóvel - Cláusula *ad corpus* - Previsão legal - Complemento da área - Devolução do excesso - Impossibilidade - Vício de consentimento - Coação - Ausência - Negócio jurídico - Nulidade - Inocorrência - Lucros cessantes - Inexistência - Indenização - Descabimento .....146

Denúncia contratual - Resilição unilateral - Débitos pendentes - Hipoteca - Extinção - Impossibilidade - Embargos do devedor - Improcedência do pedido .....119

Parceria agrícola - Parceiro outorgado - Falecimento - Rescisão - Não-ocorrência - Sucessores - Continuidade - Ação declaratória .....142

## CONTRATO ADMINISTRATIVO

Arrendamento rural - Programa de distritos florestais - Terras devolutas - Concessão de uso de bem público - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência .....183

## CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL

Custeio da Lei Complementar 59/2001 - Resolução 377/2001 da Corte Superior - Custeio da saúde - Contribuição compulsória - Competência - Vara de Feitos Tributários - Mandado de segurança - Conflito negativo de competência .....120

## CRECHE

Pré-escola - Criança de até seis anos de idade - Atendimento - Direito assegurado pelo art. 208, IV, da CF e pelo art. 31, § 6º, II, da CE - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Ato administrativo - Ausência de fundamentação - Nulidade - Benefício social - Suspensão - Impossibilidade - Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social - Preceitos fundamentais da Constituição Federal - Violação .....135

## CRIME COMPLEXO

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade .....332

## CRIME CONSUMADO

Furto - Resistência - Concurso material - Posse da res - Desclassificação do crime - Impossibilidade .....315

## CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Crime societário - Denúncia - Requisitos - Inépcia não configurada - ICMS - Constituição do crédito tributário - Ausência de impugnação - Ato administrativo - Presunção de veracidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Fraude - Insolvência - Excludente de ilicitude não caracterizada - Dolo - Condenação .....309

## CRIME CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

Registro de filho alheio - Sentença - Fundamentação sucinta - Ausência de nulidade - Reconhecida nobreza - Crime privilegiado - Perdão judicial - Concessão .....303

## CRIME FORMAL

Falso testemunho - Crime formal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação .....296

## CRIME HEDIONDO

*Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Crime inafiançável - Liberdade provisória - Impossibilidade - Constrangimento ilegal não caracterizado .....325

## CRIME SOCIETÁRIO

Crime contra a ordem econômica - Denúncia - Requisitos - Inépcia não configurada .....309

## CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - Vide: Falso testemunho

## CRITÉRIO TRIFÁSICO

Fixação da pena - Nulidade não caracterizada - Estelionato - Apropriação indébita .....305

## CULPA CONCORRENTE

Delito de trânsito - Homicídio culposo - Vítila - Compensação - Inadmissibilidade .....300

- D -

## DANO À IMAGEM

Inocorrência - Álbum de figurinhas - Fotografia de jogador de futebol - Contrato entre o clube e a editora - Utilização da imagem - Autorização - Indenização - Improcedência do pedido .....127

## DANO AO MEIO AMBIENTE

Desmatamento - Condenação - Obrigação de reflorestar - Indenização em pecúnia - Cumulação - Inadmissibilidade .....58

## DANO MORAL

Configuração - Confecção de vestido de debutante - Cláusula de exclusividade - Inobservância - Agressão verbal - Contrato de compra e venda - Descumprimento - Rescisão .....210

Configuração - Telefone - Interrupção indevida do serviço - Empresa prestadora de serviço público - Responsabilidade objetiva - Indenização - *Quantum* - Salário mínimo - Impossibilidade - Juros e correção monetária - Termo inicial - Honorários de advogado .....272

Fixação - Juros de mora - Termo inicial - Cirurgia plástica - Médico cirurgião - Culpa - Prova - Clínica - Cessão das instalações - Responsabilidade solidária - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Dano estético - Inovação recursal - Inadmissibilidade .....263

Fixação - Majoração - Caráter pedagógico . . . . .	213
Indenização - Banco - Negócio jurídico - Inexistência - Protesto indevido - Documentos furtados - Concessão de financiamento - Negligência da instituição financeira - Dever reparatório - Fixação do <i>quantum</i> - Razoabilidade - Proporcionalidade . . . . .	154
Indenização - Dívida quitada - Manutenção do nome no SPC - Valor - Fixação - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial . . . . .	86
Indenização - Título protestado - Apontamento no cartório - Pagamento anterior - Empresa - Quitação do título - Ausência de comunicação ao banco - Ilegitimidade passiva - Sucumbência devida ao excluído da lide - Empresa co-ré - Responsabilidade . . . . .	243
Inexistência - Compra e venda pela internet - Fraude eletrônica - Prestação de serviço - Falha - Dano material - Dever de indenizar - Legitimidade passiva . . . . .	101
Inexistência - Namoro - Promessa de casamento - Descumprimento - Coabitação - Ruptura - Dano moral - Ato ilícito - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . .	140
Negativação de nome - Conta salário - Ausência de movimentação - Cobrança de encargos - Cadastro de inadimplentes - Inclusão - Banco - dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Fixação - Órgão de cadastro - Notificação prévia - Responsabilidade pelos danos morais - Ausência . . . . .	245
<b>DELITO DE TRÂNSITO</b>	
Homicídio culposo - Excesso de velocidade - Imprudência - Dever de cuidado objetivo - Inobservância - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Vítila - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade . . . . .	300
Homicídio culposo - Imprudência - Caracterização - Valoração da prova - Condenação . . . . .	299
<b>DENÚNCIA</b>	
Requisitos - Crime contra a ordem econômica - Crime societário - Inépcia não configurada . . . . .	309
<b>DENUNCIAÇÃO DA LIDE</b>	
Indenização - Veículo - Vendas sucessivas - Denúnciação da lide . . . . .	279
<b>DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</b>	
Possibilidade em processo de execução - Processo de conhecimento - Desnecessidade - Sócio - Citação . . . . .	282
<b>DESMATAMENTO</b>	
Dano ambiental - Condenação - Obrigação de reflorestar - Indenização em pecúnia - Cumulação - Inadmissibilidade . . . . .	58
<b>DESPEJO</b>	
Locação não residencial - Denúncia vazia - Pressupostos autorizadores - Benfeitorias - Indenização - Não-cabimento - Justiça gratuita - Recolhimento do preparo - Pedido prejudicado . . . . .	247
<b>DEVER DE CUIDADO OBJETIVO</b>	
Inobservância - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Excesso de velocidade - Imprudência . . . . .	300
<b>DISCRIMINAÇÃO</b>	
Lei Maria da Penha - Princípio da isonomia - Inconstitucionalidade afastada . . . . .	311
<b>DOAÇÃO</b>	
Embargos de terceiro - Separação consensual - Meação de bens - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia - Imóvel - Indivisibilidade . . . . .	171
Imóvel - Limitação - Extrapolação da legítima - Escritura - Ônus da sucumbência - Ação declaratória . . . . .	278

DOCTRINA - Vide: Artigo Jurídico

- E -

### EMBARGOS DE TERCEIRO

Execução fiscal - Mulher casada - Meação - Exclusão . . . . . 97

Separação consensual - Partilha - Meação de bens - Doação - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia - Imóvel - Indivisibilidade . . .171

### EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Tempestividade - Interrupção do prazo recursal - Cassação da decisão - Ausência de nova decisão - Apelação apresentada por uma das partes - Vista para apresentação de contra-razões - Duplo grau de jurisdição - Impedimento - Cerceamento de defesa . . . . .251

### EMBARGOS DO DEVEDOR

Contrato - Resilição unilateral - Denúncia contratual - Débitos pendentes - Hipoteca - Extinção - Impossibilidade . . .119

Título executivo judicial - Lei municipal - Inconstitucionalidade - Art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Lei 11.232/05 - Vigência - Sentença - Trânsito em julgado anterior - Execução contra a Fazenda Pública . . . .207

### EMENDATIO LIBELLI

Possibilidade - Estelionato - Apropriação indébita - Desclassificação do crime . . . . .305

### EMPRESA INDIVIDUAL

Execução por título extrajudicial - Penhora sobre o faturamento - Possibilidade - Limitação - Percentual - Administrador - Nomeação . . . . . 55

### EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PROFISSIONAL

Serviços médicos - Tributo - Base de cálculo - Art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 - Alíquota fixa - Inaplicabilidade . . . . .130

### ENCARGOS MORATÓRIOS

Comissão de permanência - Correção monetária - Juros e multa - Cumulação - Impossibilidade . . . . . 76

### ERROR IN JUDICANDO

Nulidade - Configuração - Processual penal - Recurso especial - Magistrado - Denúncia - Acolhimento parcial - Provimento - Acolhimento total da denúncia - Ampla defesa - Contraditório - Devido processo legal - Contradição no acórdão - Julgamento *ultra petita* - Ocorrência - Ordem concedida (STF) . . . . .357

### ESPÓLIO

Capacidade processual - Inventário - Encerramento - Propositura de ação posterior - Mérito - Extinção sem resolução - Relação processual - Ausência de pressuposto - Recurso adesivo - Não-conhecimento . . . . .197

### ESTABELECIMENTO DE ENSINO

Matrícula - Prazo - Turno diverso do contrato - Impossibilidade - Mandado de segurança - Ordem concedida . . . . . 92

### ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ato infracional - Infração análoga a roubo qualificado - Autoria e materialidade - Prova - Gravidade da infração - Medida socioeducativa - Internação provisória - Aplicabilidade . . . . .339

### ESTELIONATO

Apropriação indébita - Desclassificação do crime - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Fixação da pena - Critério trifásico - Nulidade não caracterizada . . . . .305

## **ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Excludente de ilicitude não caracterizada-Tortura - Autoria e materialidade - Valoração da prova -Condenação . . . .336

## **EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

Estrito cumprimento do dever legal - Não-caracterização - Tortura - Autoria e materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . .336

## **EXECUÇÃO**

Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Processo de conhecimento - Desnecessidade - Sócio - Citação . . . . .282

## **EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Embargos do devedor - Título executivo judicial - Lei municipal - Inconstitucionalidade - Art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Lei 11.232/05 - Vigência - Sentença - Trânsito em julgado anterior . . . . .207

## **EXECUÇÃO FISCAL**

Art. 40, § 4º, da Lei de Execução Fiscal - Constitucionalidade - Suspensão do processo - Fazenda Pública - Requerimento - Intimação pessoal - Desnecessidade . . . . .71

Embargos de terceiro - Mulher casada - Meação - Exclusão . . . . .97

Falta de entrega de arquivo eletrônico - Obrigação acessória - Descumprimento - Multa isolada - Caráter confiscatório - Inexistência - Crédito tributário - Atualização - Juros de mora - Taxa Selic - Legalidade - Certidão da dívida ativa - Validade - Sentença - Erro material - Ausência de prejuízo - Nulidade - Inocorrência . . . . .159

Interesse de agir - Falta - Extinção do processo - Remissão do crédito - Possibilidade - Decreto Estadual nº 44.250/06 - Requisitos - Preenchimento . . . . .79

## **EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL**

Pessoa física - Executado - Firma individual - Faturamento da empresa - Penhora - Possibilidade - Limitação - Percentual suficiente para satisfazer o débito - Administrador - Nomeação . . . . .55

Pessoa física - Executado - Empresa individual - Penhora sobre o faturamento - Possibilidade - Limitação - Percentual - Administrador - Nomeação . . . . .115

**EXERCÍCIO ARBITRÁRIO OU ABUSO DE PODER** - Vide: *Habeas corpus*

## **EXTINÇÃO DO PROCESSO**

Execução fiscal - Interesse de agir - Falta - Remissão do crédito - Possibilidade - Decreto Estadual nº 44.250/06 - Requisitos - Preenchimento . . . . .79

- F -

## **FALÊNCIA**

Habilitação de crédito - Honorários de advogado - Sucumbência do falido - Assistente - Legislação falimentar - Interpretação sistemática . . . . .96

Habilitação de crédito - Postulação dirigida ao Poder Judiciário - Lei 11.101/05 - Admissibilidade . . . . .62

## **FALSO TESTEMUNHO**

Crime formal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Suspensão dos direitos políticos - Ministério Público - Recurso - Tempestividade . . . . .296

## **FARMÁCIA**

Aplicação de injeção - Decreto-Lei 406/68 - Lista de serviços - Interpretação extensiva - Impossibilidade - Princípio da estrita legalidade tributária - ISS - Município - Competência - Fato gerador - Definição - Lei complementar . . . . .120



**FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO** - Vide: *Habeas corpus*

#### **FIANÇA VERBAL**

Compra e venda - Impossibilidade - Forma escrita - Exigência - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Dever de indenizar - Dano moral - Fixação - Majoração - Caráter pedagógico .....213

#### **FIXAÇÃO DA PENA**

Diminuição - Critério objetivo - Tribunal do Júri - Homicídio qualificado-privilegiado - Violenta emoção - Circunstâncias judiciais - Tentativa - *Iter criminis* - *Aberratio ictus* - Concurso formal - Regime semi-aberto - Possibilidade .....293

#### **FURTO**

Fixação da pena - Critério - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Princípio da individualização da pena - Regime semi-aberto - Co-réu - Autoria - *In dubio pro reo* - Absolvição - Fundamentação - Art. 386, VI, do Código de Processo Penal .....342

Resistência - Concurso material - Autoria - Materialidade - Agente de polícia - Depoimento - Validade - Valoração da prova - Condenação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Posse da *res* - Crime consumado - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Assistência judiciária - Isenção de custas .....315

**FURTO DE USO** - Vide: *Habeas corpus*

- H -

#### **HABEAS CORPUS**

Processual penal - Peculato - Favorecimento da prostituição - Exercício arbitrário ou abuso de poder - Trancamento da ação penal - Peculato de uso - Ausência de tipicidade na conduta de prática de ato sexual - Revogação do art. 350 do CP pela Lei 4.898/1965 - Preenchimento dos pressupostos do art. 41 do CPP - Inexistência de constrangimento ilegal - Prosseguimento da ação - Ordem denegada (STJ) .....351

Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo - Prisão em flagrante - Ausência de nulidade - Laudo pericial - Dispensabilidade - Crime inafiançável - Liberdade provisória - Impossibilidade - Constrangimento ilegal não caracterizado - Denegação da ordem .....325

Tráfico de entorpecentes - Prisão preventiva - Requisitos - Gravidade genérica do delito - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal - Instrução criminal - Sentença condenatória - Direito de apelar em liberdade - Concessão da ordem .....328

#### **HABEAS CORPUS DE OFÍCIO**

Trancamento de ação penal - Violência doméstica - Ameaça - Desobediência - Princípio da consunção - Aplicabilidade - Denúncia - Rejeição .....330

#### **HABILITAÇÃO DE CRÉDITO**

Falência - Postulação dirigida ao Poder Judiciário - Lei 11.101/05 - Admissibilidade ..... 62

#### **HERDEIRO NECESSÁRIO**

Parente consanguíneo em linha colateral - Descaracterização - Petição de herança - Improcedência do pedido - Partilha - Ação anulatória - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Questão exclusivamente de direito - Condições de imediato julgamento - Art. 515, § 3º, do CPC - Aplicabilidade .....150

#### **HIPOTECA**

Extinção - Impossibilidade - Contrato - Resilição unilateral - Denúncia contratual - Débitos pendentes .....119

#### **HOMICÍDIO CULPOSO**

Delito de trânsito - Imprudência - Caracterização - Valoração da prova - Condenação .....299

## HOMICÍDIO QUALIFICADO

Pronúncia - Materialidade - Autoria - Prova indiciária - Tribunal do Júri - *In dubio pro societate* - Motivo fútil - Agressão física - Qualificadora não caracterizada . . . . .334

Tentativa - Lesão corporal grave - Tribunal do Júri - Quesito - Contradição - Não-ocorrência - Quesito especial - Desistência voluntária - Princípio da lealdade processual - Observância - Conselho de sentença - Valoração da prova - Soberania do veredicto - Crime continuado - Caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Fundamentação - Perda de cargo público - Inadmissibilidade . . . . .319

## HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

Tribunal do Júri - Violenta emoção - Fixação da pena - Diminuição - Critério objetivo - Circunstâncias judiciais . . . . .293

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Falência - Habilitação de crédito - Sucumbência do falido - Assistente - Legislação falimentar - Interpretação sistêmica . . . . . 96

Majoração - Ação cominatória - Obrigação de fazer - Cobrança - Cumulação de ações . . . . .161

## HONORÁRIOS DE PERITO

Pagamento - Responsabilidade - Assistência judiciária - Art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50 . . . . .61

- I -

## ICMS

Crime contra a ordem econômica - Constituição do crédito tributário - Ausência de impugnação - Ato administrativo - Presunção de veracidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Fraude - Insolvência - Excludente de ilicitude não caracterizada - Dolo - Condenação . . . . .309

## IMISSÃO NA POSSE

Contrato de compra e venda - Cláusula de retrovenda - Advento da condição resolutiva - Imissão dos autores na posse - Cautelar de arrolamento de bens - Laudo pericial - Prova contundente e eficaz - Preliminar de inadmissibilidade do recurso - Rejeição . . . . .267

## IMÓVEL

Ação anulatória - Doação - Limitação - Extrapolação da legítima - Escritura - Ônus da sucumbência . . . . .278

Indivisibilidade - Embargos de terceiro - Separação consensual - Meação de bens - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia . . .171

## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Liminar - Indisponibilidade dos bens - Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* - Sigilo bancário - Direito não absoluto - Quebra - Interesse público - Possibilidade - Agente público - Afastamento prévio - Hipótese excepcional . . . . . 66

## IMPRUDÊNCIA

Caracterização - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Condenação . . . . .299

## IN DUBIO PRO REO

Absolvição - Fundamentação - Art. 386, VI, do Código de Processo Penal . . . . .342

## INDENIZAÇÃO

Negativação de nome - Conta-salário - Ausência de movimentação - Cobrança de encargos - Cadastro de inadimplentes - Inclusão - Banco - Dever de indenizar - Dano moral - Fixação Órgão de cadastro - Notificação prévia - Responsabilidade pelos danos morais - Ausência . . . . .245

Civil e processual - Acórdão estadual - Nulidade não identificada - Julgamento <i>extra petita</i> - Inocorrência - Desconto indevido de encargos e taxas bancárias de conta corrente de cliente - Danos materiais - Súmula nº 7-STJ - Ressarcimento dos valores descontados - Critério - Juros compensatórios e de mora - Impossibilidade de exigir repetição calculada de acordo com operação de mútuo financeiro - Correção monetária (STJ) . . . . .	347
Compra e venda - Fiança verbal - Impossibilidade - Forma escrita - Exigência - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Dever de indenizar - Dano moral - Fixação - Majoração - Caráter pedagógico . . . . .	213
Dano à imagem - Inocorrência - Álbum de figurinhas - Fotografia de jogador de futebol - Contrato entre o clube e a editora - Utilização da imagem - Autorização - Dever de indenizar - Ausência . . . . .	127
Dano material - Compra e venda pela internet - Fraude eletrônica - Prestação de serviço - Falha - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Comprovação - Inexistência - Legitimidade passiva . . . . .	101
Dano material - Dano moral - Configuração - Operadora de telefonia - Concessionárias de serviço público - Prestação de serviço - Relação de consumo - Teoria objetiva . . . . .	107
Dano moral - Banco - Negócio jurídico - Inexistência - Protesto indevido - Documentos furtados - Concessão de financiamento - Negligência da instituição financeira - Dever reparatório - Fixação do <i>quantum</i> - Razoabilidade - Proporcionalidade . . . . .	154
Dano moral - Dano material - Cirurgia plástica - Médico cirurgião - Culpa - Prova - Clínica - Cessão das instalações - Responsabilidade solidária - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Dano estético - Inovação recursal - Inadmissibilidade - Dano moral - Fixação - Juros de mora - Termo inicial . . . . .	263
Dano moral - Dívida quitada - Manutenção do nome no SPC - Valor - Fixação - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial . . . . .	86
Dano moral - Título protestado - Apontamento no cartório - Pagamento anterior - Empresa - Quitação do título - Ausência de comunicação ao banco - Ilegitimidade passiva - Sucumbência devida ao excluído da lide - Empresa corré - Responsabilidade . . . . .	243
Danos materiais e morais - Inocorrência - Ato jurídico - Nulidade - Ausência - Nota promissória - Declarações e emissão - Vício de consentimento - Inexistência - Dívida confessada - Transferência de parte do imóvel - Nua-propriedade e usufruto vitalício - Legalidade - Escritura pública válida - Locação do restante do imóvel - Pagamento - Ausência de prova - Lastreamento em título de crédito - Compensação do débito - Função social do contrato - Emissão na posse do imóvel - Liminar . . . . .	232
Descabimento - Compra e venda de imóvel - Contrato - Cláusula <i>ad corpus</i> - Previsão legal - Complemento da área - Devolução do excesso - Impossibilidade - Vício de consentimento - Coação - Ausência - Negócio jurídico - Nulidade - Inocorrência - Lucros cessantes - Inexistência . . . . .	146
Hospital - Responsabilidade objetiva - Paciente - Evolução rápida para estado grave - Ato ilícito - Não-demonstração - Médico - Obrigação de meio - Negligência - Imprudência - Imperícia - Não-ocorrência . . . . .	275
Namoro - Promessa de casamento - Descumprimento - Coabitação - Ruptura - Dano moral - Ato ilícito - Inexistência . . . . .	140
Rescisão contratual - Cumulação de ações - Confecção de vestido de debutante - Cláusula de exclusividade - Inobservância - Agressão verbal - Dano moral - Configuração - Contrato de compra e venda - Descumprimento - Rescisão . . . . .	210
Seguro - Perda total - Três orçamentos - Praxe não obrigatória - Cobrança de valores - Seguradora - Liquidação extrajudicial - Veículo - Remoção - Juros - Correção monetária - Honorários de advogado - Possibilidade . . . . .	230

Telefone - Interrupção indevida do serviço - Empresa prestadora de serviço público - Responsabilidade objetiva - Dano moral - Configuração - *Quantum* - Salário mínimo - Impossibilidade - Juros e correção monetária - Termo inicial - Honorários de advogado . . . . .272

Tutela antecipada - Pedido - Compra e venda pela internet - Prestação de serviço - Falha - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Comprovação - Inexistência . . . . .101

Veículo - Vendas sucessivas - Denúnciação da Lide . . . . .279

Veículo - Vício oculto - Decadência - Prazo - Termo inicial - Constatação do defeito - Vendedor - Responsabilidade - Notas fiscais de serviço - Prova suficiente . . . . .248

### **INFRAÇÃO CONTINUADA**

Múltiplas autuações - Possibilidade - *Bis in idem* - Inexistência . . . . .284

### **INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO**

Mesmos fatos investigados em inquérito que tramita no STF - Usurpação de competência - Inocorrência das hipóteses previstas no regimento interno do STF - Reclamação julgada improcedente (STF) . . . . .355

### **INSS**

Empresa prestadora de serviço profissional - Serviços médicos - Tributo - Base de cálculo - Art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 - Alíquota fixa - Inaplicabilidade . . . . .130

**INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR** - Vide: Estabelecimento de ensino

### **INTERESSE PROCESSUAL**

Ausência - Alvará judicial - Contenciosidade - Jurisdição voluntária - Inadequação - Carência da ação . . . . .202

### **INTERNAÇÃO PROVISÓRIA**

Medida socioeducativa - Aplicabilidade - Ato infracional - Infração análoga a roubo qualificado - Gravidade da infração . . . . .339

### **INVENTÁRIO**

Encerramento - Espólio - Capacidade processual - Propositura de ação posterior - Mérito - Extinção sem resolução - Relação processual - Ausência de pressuposto - Recurso adesivo - Não-conhecimento . . . . .197

Regime de bens - Comunhão universal - Comunicabilidade dos bens - Separação de fato - Ruptura da vida em comum - Bens adquiridos posteriormente - Incomunicabilidade - Ação judicial - Indenização - Ajuizamento na constância do casamento - Direito à meação . . . . .213

### **IPSEMG**

Programa de assistência materno-infantil - Filho menor - Não-inclusão - Ato administrativo - Ausência de fundamentação - Nulidade - Benefício social - Suspensão - Impossibilidade - Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social - Preceitos fundamentais da Constituição Federal - Violação - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e pré-escola - Direito assegurado pelos art. 208, IV, da CF e pelo art. 31, § 6º, II, da CE . . . . .135

### **ISS**

Base de cálculo - Locação de mão-de-obra - Taxa de agenciamento - Incidência apenas sobre a intermediação . . . . .81

Locação de bem móvel - Item 79 do Decreto-Lei 406/68 - Inconstitucionalidade - Lei Complementar 56/87 - Precedentes do STJ - Prescrição decenal . . . . .73

Município - Competência - Fato gerador - Definição - Lei complementar - Farmácia - Aplicação de injeção - Decreto-Lei 406/68 - Lista de serviços - Interpretação extensiva - Impossibilidade - Princípio da estrita legalidade tributária . . . . .137

- J -

**JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE**

Cerceamento de defesa - Inocorrência .....183

- L -

**LEGITIMIDADE PASSIVA**

Banco - Seguradora - Grupo econômico - Teoria da aparência - Aplicabilidade - Seguro - Contrato - Prestação - Atraso de pagamento - Segurado - Ausência de interpelação - Cobertura - Cancelamento ou suspensão - Impossibilidade .....205

**LEI**

11.101/05 - Falência - Postulação dirigida ao Poder Judiciário - Admissibilidade ..... 62

**LEI MARIA DA PENHA**

Violência doméstica - Discriminação - Princípio da isonomia - Garantia constitucional - Lei nº 11.340/2006 - Aplicação extensiva - Admissibilidade - Inconstitucionalidade afastada .....311

Violência doméstica - Princípio da isonomia - Inconstitucionalidade - Não-ocorrência - Conflito de competência - Justiça comum .....323

**LEI ORGÂNICA MUNICIPAL**

Ação direta de inconstitucionalidade - Prefeito - Julgamento - Afastamento prévio - Procedimento - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei 201/67 - Art. 170, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais ..... 47

**LESÃO CORPORAL GRAVE**

Homicídio qualificado - Tentativa - Tribunal do Júri - Valoração da prova - Soberania do veredicto - Crime continuado - Caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Fundamentação - Perda de cargo público - Inadmissibilidade .....319

Roubo qualificado pelo resultado - Incapacidade física - Deformidade permanente - Valoração da prova - Condenação .....290

**LIBERDADE PROVISÓRIA**

Impossibilidade - *Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo - Crime inafiançável - Constrangimento ilegal não caracterizado .....325

**LICITAÇÃO**

Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Prefeito - Procedimento administrativo - Valoração da prova - Dolo não demonstrado - Bem público - Ausência de prejuízo - Princípio da moralidade - Absolvção .....289

**LIMINAR**

Improbidade administrativa - Indisponibilidade dos bens - Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* - Sigilo bancário - Direito não absoluto - Quebra - Interesse público - Possibilidade - Agente público - Afastamento prévio - Hipótese excepcional ..... 66

**LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO**

Cláusulas contratuais - Anulação - Defesa - Dificuldade - Solução rápida do litígio - Comprometimento - Número de litigantes - Limitação - Necessidade .....129

**LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO**

Alteração de pedido - Conexão - Integração de terceiro - Impossibilidade ..... 88

## **LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA**

ISS - Base de cálculo - Taxa de agenciamento - Incidência apenas sobre a intermediação . . . . . 81

## **LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL**

Despejo - Denúncia vazia - Pressupostos autorizadores - Benfeitorias - Indenização - Não-cabimento - Justiça gratuita - Recolhimento do preparo - Pedido prejudicado . . . . . 247

- M -

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

Concessão - Concurso público - Vaga reservada - Deficiente - Visão monocular - Comprovação - Nomeação - Direito líquido e certo . . . . . 48

Concessão - Estabelecimento de ensino - Matrícula - Estipulação de prazo - Realização em turno diverso do contrato - Impossibilidade . . . . . 92

Concessão - Processo administrativo disciplinar - Servidor público do Poder Judiciário - Recurso - Autoridade que proferiu a decisão - Exame prévio de admissibilidade recursal - Ausência de previsão legal . . . . . 122

Inadimplência de aluno - Retenção de diploma - Impossibilidade . . . . . 170

ISS - Base de cálculo - Locação de mão-de-obra - Taxa de agenciamento - Incidência apenas sobre a intermediação . . . . . 81

Prefeito - Mandato - Cassação - Câmara Municipal - Nulidade do ato legislativo . . . . . 216

Sentença - Desistência da ação - Parte passiva - Não-anuência - Indeferimento - ISS - Empresa prestadora de serviço profissional - Serviços médicos - Tributo - Base de cálculo - Art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 - Alíquota fixa - Inaplicabilidade . . . . . 130

## **MANDATO**

Prefeito - Cassação - Câmara Municipal - Nulidade do ato legislativo - Mandado de segurança . . . . . 216

## **MANUTENÇÃO DE POSSE**

Improcedência do pedido - Servidão de passagem - Exercício - Art. 1.385 do CC - Colocação de porteira - Direito de trânsito resguardado - Turbação - Ausência . . . . . 57

## **MEAÇÃO**

Execução fiscal - Embargos de terceiro - Mulher casada - Exclusão . . . . . 97

## **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA**

Representação - Defeito - Saneamento oportuno - Acordo homologado e atos processuais - Nulidade - Honorários de advogado - Impossibilidade de condenação - Prestação jurisdicional - Continuidade . . . . . 64

## **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**

Internação provisória - Aplicabilidade - Ato infracional - Infração análoga a roubo qualificado - Gravidade da infração . . . . . 339

## **MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO**

Nota biográfica - Desembargador Pedro de Lima . . . . . 15

Nota histórica - Iconologia da Justiça . . . . . 17

## **MILITAR**

Transferência para a reserva remunerada por conta de eleição para cargo - Valor dos proventos - Art. 95, inc. II, c, c/c o art. 136, inc. IV, da Lei nº 5.301/1969 - Revogação pelo art. 43, inc. II, da Lei Delegada nº 37/1989 - Extrapolação dos limites da delegação pelo Chefe do Executivo - Referendo do Legislativo - Suprimento da irregularidade - Inconstitucionalidade da Lei Delegada nº 37/1989 - Não-ocorrência . . . . . 222

## MINISTÉRIO PÚBLICO

Acordo - Vontade das partes - Homologação pelo juiz - Recurso do MP - Arguição de nulidade - Prejuízo - Ausência - Manutenção da sentença . . . . .113

## MOTIVO FÚTIL

Homicídio qualificado - Pronúncia - Agressão física - Qualificadora não caracterizada . . . . .334

## MULTA

Aplicação - Poluição sonora - Tutela estatal - Igreja evangélica - Decibéis - Limite permitido . . . . . 99

## MULTA ADMINISTRATIVA

Prescrição - Prazo quinquenal - Art. 1º do Decreto 20.901/32 - Aplicabilidade - Limpeza urbana - Lei Municipal 2.698/78 - Infração - Continuidade no tempo - Múltiplas autuações - Possibilidade - *Bis in idem* - Inexistência . . . . .284

## MULTA DE TRÂNSITO

Estado de necessidade - Urgência médica - Auto de infração - Nulidade . . . . .112

- N -

## NEGÓCIO JURÍDICO

Cessão de crédito e obrigações - Cláusula de inalienabilidade - Inexistência - Cotas - Transferência - Permissão estatutária expressa - Objeto lícito - Agente capaz - Forma prescrita ou não defesa em lei - Validade . . . . .270

Nulidade - Inocorrência - Vício de consentimento - Coação - Ausência - Compra e venda de imóvel - Contrato - Cláusula *ad corpus* - Previsão legal - Complemento da área - Devolução do excesso - Impossibilidade - Lucros cessantes - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . .146

## NOME COMERCIAL

Propriedade industrial - Empresa - Anterioridade de registro - Marca - Proteção - Abstenção de uso - Possibilidade . . . . .138

## NOTA BIOGRÁFICA

Desembargador Pedro de Lima - Memória do Judiciário Mineiro . . . . . 15

## NOTA HISTÓRICA

Iconologia da Justiça - Memória do Judiciário Mineiro . . . . . 17

## NULIDADE

Configuração - Processual penal - Recurso especial - Magistrado - Denúncia - Acolhimento parcial - Provimento - Acolhimento total da denúncia - Ampla defesa - Contraditório - Devido processo legal - Contradição no acórdão - Julgamento *ultra petita* - Ocorrência - *Error in iudicando* - Ordem concedida (STF) . . . . .357

## NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

Ação demolitória - Cumulação de ações - Liminar - Deferimento - Obra paralisada - *Fumus boni iuris e periculum in mora* - Preliminares - Não-conhecimento . . . . .199

- O -

## OBRIGAÇÃO DE FAZER

Ação cominatória - Cobrança - Cumulação de ações - Construção - Defeitos - Fachada de edifício - Descolamento de cerâmica - Prescrição - Não-ocorrência - Construtora - Responsabilidade exclusiva - Despesas - Reembolso devido - Honorários de advogado - Majoração . . . . .161

- P -

## PARCERIA AGRÍCOLA

Contrato - Parceiro outorgado - Falecimento - Rescisão - Não-ocorrência - Sucessores - Continuidade - Ação declaratória . . . . .142

## **PARENTE CONSANGÜÍNEO EM LINHA COLATERAL**

Herdeiro necessário - Descaracterização - Petição de herança - Improcedência do pedido - Partilha - Ação anulatória - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Questão exclusivamente de direito - Condições de imediato julgamento - Art. 515, § 3º, do CPC - Aplicabilidade .....150

## **PARTILHA**

Ação anulatória - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Questão exclusivamente de direito - Condições de imediato julgamento - Art. 515, § 3º, do CPC - Aplicabilidade - Parente consangüíneo em linha colateral - Herdeiro necessário - Descaracterização - Petição de herança - Improcedência do pedido .....150

Separação consensual - Meação de bens - Doação - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia - Imóvel - Indivisibilidade .....171

Separação judicial - Casamento realizado no Brasil - Separação de fato ocorrida no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Competência da Justiça brasileira ..... 81

## **PARTILHA DE BENS**

Homologação em autos de separação judicial - Ação anulatória - Competência - Vara de Família ..... 94

Separação judicial - Casamento e separação de fato ocorridos no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Partilha de bens - Competência da Justiça brasileira .....60

## **PATRONÍMICO**

Sobrenome do marido - Acréscimo posterior ao casamento - Registro civil - Retificação - Possibilidade ..... 89

## **PECULATO-DESVIO - Vide: *Habeas corpus***

## **PENA**

Fixação - Critério - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Princípio da individualização - Regime semi-aberto ... .342

## **PENHORA**

Faturamento da empresa - Possibilidade - Execução por título extrajudicial - Executado - Pessoa física - Firma individual - Percentual suficiente para satisfazer o débito - Administrador - Nomeação ..... 55

## **PERDÃO JUDICIAL**

Concessão - Crime contra o estado de filiação - Registro de filho alheio - Reconhecida nobreza ..... .303

## **PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**

Transporte coletivo - Condições - Interesse público - Prevalência - Indenização - Pretensão - Desequilíbrio financeiro do contrato - Alegação - Improcedência do pedido - Manutenção .....176

## **PETIÇÃO DE HERANÇA**

Improcedência do pedido - Parente consangüíneo em linha colateral - Herdeiro necessário - Descaracterização - Partilha - Ação anulatória - Possibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Questão exclusivamente de direito - Condições de imediato julgamento - Art. 515, § 3º, do CPC - Aplicabilidade .....150

## **PETIÇÃO INICIAL**

Emenda - Vício - Indicação pelo juiz - Necessidade - Princípios da instrumentalidade das formas, da economia e da celeridade processual ..... 95

## **PODER DE POLÍCIA**

Devido processo legal - Ato administrativo - Presunção de legitimidade .....134

## **POLUIÇÃO SONORA**

Tutela estatal - Igreja evangélica - Decibéis - Limite permitido - Multa - Aplicação ..... 99



## **POSTO DE GASOLINA**

Alvará de funcionamento - Cassação - Atividade perigosa - Poder de polícia - Devido processo legal - Ato administrativo - Presunção de legitimidade - Adequação da cassação .....134

## **PREFEITO**

Afastamento prévio - Procedimento - Lei Orgânica Municipal - Decreto-Lei 201/67 - Art. 170, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais - Ação direta de inconstitucionalidade ..... 47

Licitação - Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Procedimento administrativo - Valoração da prova - Dolo não demonstrado - Bem público - Ausência de prejuízo - Princípio da moralidade - Absolvição .....289

Mandato - Cassação - Câmara Municipal - Nulidade do ato legislativo - Mandado de segurança .....216

## **PREVENÇÃO**

Inaplicabilidade - Tráfico de entorpecentes - Conflito de competência - Competência pelo lugar da infração ... .327

## **PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO**

Aplicabilidade - Violência doméstica - Ameaça - Desobediência - Denúncia - Rejeição - *Habeas corpus* de ofício - Trancamento de ação penal .....330

## **PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE**

Violência doméstica - Ameaça - Ação penal pública condicionada - Lei 11.340/06 - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Retratação - Ausência de nulidade .....330

## **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Inaplicabilidade - Furto - Resistência - Concurso material .....315

Inaplicabilidade - Roubo qualificado - Concurso de pessoas .....332

## **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Lei Maria da Penha - Inconstitucionalidade - Não-ocorrência .....323

## **PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL**

Homicídio qualificado - Tentativa - Lesão corporal grave - Tribunal do Júri - Quesito especial - Desistência voluntária - Observância .....319

## **PRINCÍPIO DA MORALIDADE**

Absolvição - Prefeito - Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei - Procedimento administrativo - Valoração da prova - Bem público - Ausência de prejuízo - Crime não caracterizado .....289

## **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Art. 157, § 2º, do Código Penal - Constitucionalidade - Roubo qualificado - Concurso de pessoas .....332

## **PRISÃO DOMICILIAR**

Admissibilidade - Atentado violento ao pudor - Crime continuado - Execução da pena - Regime fechado - Doença grave - Direito à saúde .....317

## **PRISÃO PREVENTIVA**

Requisitos - Tráfico de entorpecentes - Gravidade genérica do delito - Ausência de fundamentação concreta - Constrangimento ilegal - Concessão da ordem .....328

## **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Servidor público do Poder Judiciário - Recurso - Autoridade que proferiu a decisão - Exame prévio de admissibilidade recursal - Ausência de previsão legal - Mandado de segurança - Concessão da ordem .....122

## PRODUÇÃO DE PROVA

Requerimento feito na inicial - Admissibilidade - Prova - Especificação - Despacho - Descumprimento - Preclusão - Juiz - Destinatário da prova - Princípio da verdade real - Aplicabilidade . . . . . 53

## PRODUTO ALIMENTÍCIO

Leite modificado - Derivado de leite com adição de soro de leite - Comercialização - Restrição - Segregação do produto - Lei Estadual nº 14.789/2003 - Constitucionalidade - Normas federais posteriores similares - Art. 24 da Constituição Federal . . . . . 187

## PRONÚNCIA

Homicídio qualificado - Materialidade - Autoria - Prova indiciária - Tribunal do Júri - *In dubio pro societate* - Motivo fútil - Agressão física - Qualificadora não caracterizada . . . . . 334

## PROVA

Especificação - Despacho - Descumprimento - Preclusão - Juiz - Destinatário da prova - Princípio da verdade real - Aplicabilidade . . . . . 53

Homicídio qualificado - Pronúncia - Materialidade - Autoria - Tribunal do Júri - *In dubio pro societate* - Motivo fútil - Qualificadora não caracterizada . . . . . 334

Valoração - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Imprudência - Caracterização - Condenação . . . . . 299

- R -

## RECLAMAÇÃO

Instauração de inquérito civil público - Mesmos fatos investigados em inquérito que tramita no STF - Usurpação de competência - Inocorrência das hipóteses previstas no regimento interno do STF - Reclamação julgada improcedente (STF) . . . . . 355

## RECONHECIDA NOBREZA

Crime contra o estado de filiação - Registro de filho alheio - Crime privilegiado - Perdão judicial - Concessão . . . . 303

## RECURSO

Interposição pela Fazenda Municipal e pelo Município - Afronta ao princípio da unirrecorribilidade . . . . . 284

## RECURSO ESPECIAL

Efeito somente devolutivo - Andamento do recurso - Suspensão do processo - Inadmissibilidade - Art. 542, § 2º, do CPC - Cassação de decisão acerca dos embargos declaratórios - Determinação pelo acórdão de que nova decisão deverá ser proferida - Inobservância do comando pelo juízo de primeiro grau - Cerceamento de defesa . . . . . 251

## REGIME DE BENS

Inventário - Comunhão universal - Comunicabilidade dos bens - Separação de fato - Ruptura da vida em comum - Bens adquiridos posteriormente - Incomunicabilidade - Ação judicial - Indenização - Ajuizamento na constância do casamento - Direito à meação . . . . . 205

## REGIME SEMI-ABERTO

Furto - Fixação da pena - Critério - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Princípio da individualização da pena . . . . 342

Possibilidade - Tribunal do Júri - Homicídio qualificado-privilegiado - Fixação da pena . . . . . 293

## REGISTRO CIVIL

Retificação - Patronímico do marido - Acréscimo posterior ao casamento - Possibilidade . . . . . 89

## REGISTRO DE FILHO ALHEIO

Crime contra o estado de filiação - Sentença - Fundamentação sucinta - Ausência de nulidade - Reconhecida nobreza - Crime privilegiado - Perdão judicial - Concessão . . . . . 303

## REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Invasão de terreno - Cessão de direitos - Contrato - Transferência da posse .....224

## REPETIÇÃO DE INDÉBITO

ISS - Locação de bem móvel - Item 79 do Decreto-Lei 406/68 - Inconstitucionalidade - Lei Complementar 56/87 - Precedentes do STJ - Prescrição decenal ..... 73

## REPRESENTAÇÃO

Defeito - Saneamento oportuno - Acordo homologado e atos processuais - Nulidade - Honorários de advogado - Impossibilidade de condenação - Prestação jurisdicional - Continuidade ..... 64

## RESCISÃO CONTRATUAL

Indenização - Cumulação de ações - Confecção de vestido de debutante - Cláusula de exclusividade - Inobservância - Agrasão verbal - Dano moral - Configuração - Contrato de compra e venda - Descumprimento - Rescisão .....210

Obrigação de fazer - Repetição de indébito - Cumulação - Operadora de telefonia - Título executivo extrajudicial - Opção do credor - Interesse de agir - Mérito - Apreciação pelo tribunal - Possibilidade - Prestação de serviço - Teoria objetiva - Dano moral - Dano material - Configuração - Indenização - Honorários de advogado .....107

Reintegração de posse ou reivindicatória - Propriedade das ações - Requisitos - Constituição em mora - Necessidade - Pressuposto e condição da ação - Ausência .....125

## RESISTÊNCIA

Furto - Concurso material - Autoria - Materialidade - Agente de polícia - Depoimento - Validade - Valoração da prova - Condenação .....315

## RETRATAÇÃO

Violência doméstica - Ameaça - Ação penal pública condicionada - Lei 11.340/06 - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Ausência de nulidade .....330

## ROUBO

Condenação - Laudo pericial - Dependência toxicológica - Semi-imputabilidade - Caracterização - Fixação da pena - Diminuição da pena - Critério .....302

## ROUBO QUALIFICADO

Concurso de pessoas - Princípio da proporcionalidade - Art. 157, § 2º, do Código Penal - Constitucionalidade - Crime complexo - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Posse da res - Crime consumado .....332

Pelo resultado - Lesão corporal grave - Incapacidade física - Deformidade permanente - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Regime fechado - Assistência judiciária - Atestado de pobreza - Ausência - Inadmissibilidade .....290

- S -

## SEGURADORA

Legitimidade passiva - Banco - Grupo econômico - Teoria da aparência - Aplicabilidade - Seguro - Contrato - Prestação - Atraso de pagamento - Segurado - Ausência de interpelação - Cobertura - Cancelamento ou suspensão - Impossibilidade .....147

## SEGURO

Consórcio - Acessório - Contratação - Estipulante - Parte ilegítima - Doença preexistente - Exames médicos - Não-realização - Arts. 1.443 e 1.444 do CC/1916 - Infringência - Má-fé - Não-caracterização - Cumprimento contratual - Recusa - Sinistro - Valor pago posteriormente - Restituição devida .....115

Contrato - Prestação - Atraso de pagamento - Segurado - Ausência de interpelação - Cobertura - Cancelamento ou suspensão - Impossibilidade .....147

Contrato - Renovação automática - Recusa unilateral da seguradora - Impossibilidade . . . . .164

Indenização - Perda total - Três orçamentos - Praxe não obrigatória - Cobrança de valores - Seguradora - Liquidação extrajudicial - Veículo - Remoção - Juros - Correção monetária - Honorários de advogado - Possibilidade . . . .230

Veículo locado - Ausência de devolução - Furto - Definição contratual - Sinistro caracterizado - Cobertura securitária devida - Lucros cessantes - Fato gerador - Inexistência de prova - Descabimento . . . . .157

#### **SEMI-IMPUTABILIDADE**

Caracterização - Roubo - Condenação - Laudo pericial - Dependência toxicológica . . . . .302

#### **SEPARAÇÃO CONSENSUAL**

Partilha - Meação de bens - Doação - Outros bens do devedor - Inexistência - Fraude contra credores - Fraude à execução - Caracterização - Negócio jurídico - Ineficácia - Imóvel - Indivisibilidade . . . . .171

#### **SEPARAÇÃO DE FATO**

Ruptura da vida em comum - Bens adquiridos posteriormente - Incomunicabilidade - Ação judicial - Indenização - Ajuizamento na constância do casamento - Direito à meação . . . . .205

#### **SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Casamento e separação de fato ocorridos no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Partilha de bens - Competência da Justiça brasileira . . . . .60

Casamento realizado no Brasil - Separação de fato ocorrida no Brasil - Cônjuge residente no exterior - Bens localizados no Brasil - Partilha - Competência da Justiça brasileira . . . . .81

Partilha de bens - Ação anulatória - Competência - Vara de Família . . . . .94

#### **SERVIDÃO DE PASSAGEM**

Exercício - Art. 1.385 do CC - Colocação de porteira - Direito de trânsito resguardado - Turbação - Ausência - Manutenção de posse - Improcedência do pedido . . . . .57

#### **SIGILO BANCÁRIO**

Direito não absoluto - Quebra - Interesse público - Possibilidade . . . . .66

#### **SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS**

Falso testemunho - Crime formal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . .296

- T -

#### **TEMPESTIVIDADE**

Falso testemunho - Crime formal - Ministério Público - Recurso . . . . .296

#### **TENTATIVA**

Homicídio qualificado - Lesão corporal grave - Tribunal do Júri - Valoração da prova - Soberania do veredicto - Crime continuado - Caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Fundamentação - Perda de cargo público - Inadmissibilidade . . . . .319

*Iter criminis* - Homicídio qualificado-privilegiado - Fixação da pena . . . . .293

#### **TERRAS DEVOLUTAS**

Arrendamento rural - Programa de distritos florestais - Concessão de uso de bem público - Contrato administrativo - Regras de direito público - Aplicabilidade - Estatuto da Terra - Decreto 59.566/66 - Inaplicabilidade - Término do prazo - Rescisão contratual - Despejo - Possibilidade - Benfeitorias - Indenização - Descabimento - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência . . . . .183

## **TORTURA**

Autoria e materialidade - Valoração da prova - Estricto cumprimento do dever legal - Excludente de ilicitude não caracterizada - Desclassificação do crime - Lesão corporal - Inadmissibilidade - Fixação da pena - Reincidência - Não-caracterização - Condenação criminal - Efeitos - Perda de cargo público - Auto-aplicabilidade . . . . .336

## **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

Conflito de competência - Investigação criminal - Prisão em flagrante - Denúncia - Recebimento - Prevenção - Inaplicabilidade - Competência pelo lugar da infração . . . . .327

*Habeas corpus* - Crime hediondo - Crime inafiançável - Liberdade provisória - Impossibilidade . . . . .325

*Habeas corpus* - Prisão preventiva - Requisitos - Gravidade genérica do delito - Ausência de fundamentação concreta - Constrangimento ilegal - Concessão da ordem . . . . .328

**TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL** - Vide: *Habeas corpus*

## **TRANSPORTE COLETIVO**

Permissão de serviço público - Condições - Interesse público - Prevalência - Indenização - Pretensão - Desequilíbrio financeiro do contrato - Alegação - Improcedência do pedido - Manutenção . . . . .176

## **TRATAMENTO MÉDICO**

Atentado violento ao pudor - Crime continuado - Execução da pena - Regime fechado - Doença grave - Direito à saúde - Prisão domiciliar - Admissibilidade . . . . .317

## **TRIBUNAL DO JÚRI**

Homicídio qualificado - Tentativa - Lesão corporal grave - Quesito - Contradição - Não-ocorrência - Quesito especial - Desistência voluntária - Princípio da lealdade processual - Observância - Conselho de sentença - Valoração da prova - Soberania do veredicto . . . . .319

Homicídio qualificado-privilegiado - Violenta emoção - Fixação da pena - Diminuição - Critério subjetivo - Circunstâncias judiciais - Tentativa - *Iter criminis* - *Aberratio ictus* - Concurso formal - Regime semi-aberto - Possibilidade . . . . .293

## **TUTELA ANTECIPADA**

Indenização - Pedido - Compra e venda pela internet - Prestação de serviço - Falha - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Comprovação - Inexistência . . . . .101

- U -

## **UNIÃO ESTÁVEL**

Alvará judicial - Companheira - Recebimento de DPVAT - Procedimento de jurisdição contenciosa - Necessidade - Petição inicial - Indeferimento - Art. 295, inciso V, do CPC . . . . .90

## **USUCAPIÃO ESPECIAL**

Imóvel urbano - Financiamento pelo BNH - Requisitos do usucapião - Ausência - Art. 183 da Constituição Federal . . . . .192

## **USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO**

Domínio - Aquisição - Lapso temporal - Posse mansa e pacífica superior a 20 anos - Acesso - Ônus da prova - Continuidade e pacificidade - Demonstração . . . . .227

- V -

## **VEÍCULO**

Locação - Ausência de devolução - Furto - Definição contratual - Sinistro caracterizado - Cobertura securitária devida - Lucros cessantes - Fato gerador - Inexistência de prova - Descabimento . . . . .157

## VÍCIO OCULTO

Produto comercializado - Veículo - Constatação do defeito - Prazo decadencial - Termo inicial - Notas fiscais de serviço - Prova suficiente - Vendedor - Responsabilidade - Indenização . . . . . 248

## VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Ameaça - Ação penal pública condicionada - Lei 11.340/06 - Princípio da especialidade - Audiência preliminar - Participação do Ministério Público - Retratação - Ausência de nulidade - Desobediência - Princípio da consunção - Aplicabilidade - Denúncia - Rejeição - *Habeas corpus* de ofício - Trancamento de ação penal . . . . . 330

Lei Maria da Penha - Discriminação - Princípio da isonomia - Garantia constitucional - Lei nº 11.340/2006 - Aplicação extensiva - Admissibilidade - Inconstitucionalidade afastada . . . . . 311

Lei Maria da Penha - Princípio da isonomia - Inconstitucionalidade - Não-ocorrência - Conflito de competência - Justiça comum . . . . . 323

## VIOLENTA EMOÇÃO

Tribunal do Júri - Homicídio qualificado-privilegiado - Fixação da pena - Diminuição - Critério objetivo - Circunstâncias judiciais . . . . . 293

...