

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Joaquim Herculano Rodrigues

Superintendente Adjunta

Des.^a Jane Ribeiro Silva

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos

Des. Fernando Caldeira Brant

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas

Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental

Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas

Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (Codit)

Lúcia Maria de Oliveira Mudrik - Coordenadora

Adriana Lucia Mendonça Doehler

Alexandre Silva Habib

Ana Márcia Macedo Rezende

Cecília Maria Alves Costa

Eliana Whately Moreira

José Dalmy Silva Gama

Karina Carvalho de Rezende

Lúcia de Fátima Capanema

Maria Célia da Silveira

Maria da Consolação Santos

Maria Helena Duarte

Mauro Teles Cardoso

Tadeu Rodrigo Ribeiro

Vera Lúcia Camilo Guimarães

Wolney da Cunha Soares

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

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

30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil

www.tjmg.jus.br/ejef - codit@tjmg.jus.br

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

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: Carlos Eduardo Miranda de Jesus - ASCOM/CECOV

Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

Tiragem: 400 unidades

Distribuída em todo o território nacional

Enviamos em permuta - Enviamos en canje - Nous envoyons en échange

- Inviamo in cambio - We send in exchange - Wir senden in tausch

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2010
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)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador **CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA**

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador **MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO**

Segundo Vice-Presidente
Desembargador **JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES**

Terceira Vice-Presidente
Desembargadora **MÁRCIA MARIA MILANEZ**

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador **CÉLIO CÉSAR PADUANI**

Tribunal Pleno Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 08.06.2010)

Cláudio Renato dos Santos Costa

Roney Oliveira

Joaquim Herculano Rodrigues

Mário Lúcio Carreira Machado

José Tarcízio de Almeida Melo

José Antonino Baía Borges

Célio César Paduani

Kildare Gonçalves Carvalho

Márcia Maria Milanez

José Altivo Brandão Teixeira

Jane Ribeiro Silva

Antônio Marcos Alvim Soares

Eduardo Guimarães Andrade

Antônio Carlos Cruvinel

Edivaldo George dos Santos

Silas Rodrigues Vieira

Wander Paulo Marotta Moreira

Maria Elza de Campos Zettel

Geraldo Augusto de Almeida

Caetano Levi Lopes

Luiz Audebert Delage Filho

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

José Affonso da Costa Côrtes

Antônio Armando dos Anjos

José Geraldo Saldanha da Fonseca

Geraldo Domingos Coelho

Osmando Almeida

Alberto Aluizio Pacheco de Andrade

Francisco Kupidlowski

Antoninho **Vieira de Brito**
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Maurício Barros
Paulo Roberto **Pereira da Silva**
Mauro Soares de Freitas
Ediwal José de Morais
Dídimo Inocêncio de Paula
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos
Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco **Batista de Abreu**
Heloísa Helena de Ruiz **Combat**
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria **Marques** de Souza
José Flávio de Almeida
Tarcísio José **Martins Costa**
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nívio **Lacerda**
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**
Electra Maria de Almeida **Benevides**
Eduardo César **Fortuna Giron**
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira **Bispo**
Luiz Carlos Gomes da **Mata**
Júlio Cezar **Gutierrez** Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**
José Marcos Rodrigues **Vieira**
Gutemberg da Mota e Silva
Herbert José Almeida **Carneiro**
Arnaldo Maciel Pinto
Sandra Alves de Santana e **Fonseca**
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto**
Eduardo Machado Costa
André Leite **Praça**
Flávio Batista Leite
Nelson Missias de Morais
Matheus Chaves Jardim
Júlio César Lorens
Rubens Gabriel Soares
Marcílio Eustáquio Santos
Cássio Souza Salomé
Evandro Lopes da Costa **Teixeira**
José Osvaldo Corrêa Furtado **Mendonça**
Wanderley Salgado Paiva

Composição de Câmaras e Grupos (em 08.06.2010) - Dias de Sessão

| | | |
|--|--|---|
| <p>Primeira Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Eduardo Guimarães Andrade* Geraldo Augusto de Almeida Vanessa Verdolim Hudson Andrade Armando Freire Alberto Vilas Boas</p> | <p>Segunda Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Roney Oliveira* José Altivo Brandão Teixeira Caetano Levi Lopes José Afrânio Vilela (...)</p> | <p>Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Roney Oliveira)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Terceira Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Kildare Gonçalves Carvalho* Silas Rodrigues Vieira Dídimo Inocêncio de Paula Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa Elias Camilo Sobrinho</p> | <p>Quarta Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>José Tarcízio de Almeida Melo* Luiz Audebert Delage Filho José Carlos Moreira Diniz Dárcio Lopardi Mendes Helôisa Helena de Ruiz Combat</p> | <p>Segundo Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Almeida Melo)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Quinta Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Maria Elza de Campos Zettel José Nepomuceno da Silva* Manuel Bravo Saramago Mauro Soares de Freitas Carlos Augusto de Barros Levenhagen</p> | <p>Sexta Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Edivaldo George dos Santos Edilson Olímpio Fernandes* Maurício Barros Antônio Sérvulo dos Santos Sandra Alves de Santana e Fonseca</p> | <p>Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência da Des.Edivaldo George)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Sétima Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>Antônio Marcos Alvim Soares* Wander Paulo Marotta Moreira Belizário Antônio de Lacerda André Leite Praça (...)</p> | <p>Oitava Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores</p> <p>José Edgard Penna Amorim Pereira Teresa Cristina da Cunha Peixoto* Antoninho Vieira de Brito Pedro Carlos Bitencourt Marcondes Fernando Neto Botelho</p> | <p>Quarto Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvim Soares)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |

| | | |
|---|---|---|
| <p>Nona Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores Osmando Almeida* Pedro Bernardes de Oliveira Tarcísio José Martins Costa José Antônio Braga Antônio Generoso Filho</p> | <p>Décima Câmara Cível Terças-feiras</p> <p>Desembargadores Alberto Aluizio Pacheco de Andrade Paulo Roberto Pereira da Silva* Álvares Cabral da Silva Electra Maria de Almeida Benevides Gutemberg da Mota e Silva</p> | <p>Quinto Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Décima Primeira Câmara Cível Quartas-feiras</p> <p>Desembargadores Selma Maria Marques de Souza* Fernando Caldeira Brant Marcelo Guimaraes Rodrigues Marcos Lincoln dos Santos Wanderley Salgado Paiva</p> | <p>Décima Segunda Câmara Cível Quartas-feiras</p> <p>Desembargadores Alvimar de Ávila* José Geraldo Saldanha da Fonseca Geraldo Domingos Coelho José Flávio de Almeida Nilo Nívio Lacerda</p> | <p>Sexto Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvimar de Ávila)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores Francisco Kupidowski* Cláudia Regina Guedes Maia José Nicolau Masselli Alberto Henrique Costa de Oliveira Luiz Carlos Gomes da Mata</p> | <p>Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores Valdez Leite Machado* Evangelina Castilho Duarte Antônio de Pádua Oliveira Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa Rogério Medeiros Garcia de Lima</p> | <p>Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |
| <p>Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras</p> <p>Desembargadores José Affonso da Costa Côrtes* Maurílio Gabriel Diniz Tibúrcio Marques Rodrigues Tiago Pinto Antônio Carlos de Oliveira Bispo</p> | <p>Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras</p> <p>Desembargadores Francisco Batista de Abreu* Sebastião Pereira de Souza Otávio de Abreu Portes Wagner Wilson Ferreira José Marcos Rodrigues Vieira</p> | <p>Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis</p> <p>3ª quinta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes)</p> <p>- Horário: 13 horas -</p> <p><i>* Presidente da Câmara</i></p> |

| | | |
|--|---|---|
| Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras | Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras | Nono Grupo de Câmaras Cíveis 1º Quinta-feira do mês (Décima Sétima e Décima Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Eduardo Mariné da Cunha) - Horário: 13 horas - <i>* Presidente da Câmara</i> |
| Desembargadores Eduardo Mariné da Cunha* Irmair Ferreira Campos Luciano Pinto Márcia De Paoli Balbino Antônio Lucas Pereira | Desembargadores Guilherme Luciano Baeta Nunes* José de Anchieta da Mota e Silva Elpídio Donizetti Nunes Fábio Maia Viani Arnaldo Maciel Pinto | |

| | | |
|---|--|---|
| Primeira Câmara Criminal Terças-feiras | Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras | Terceira Câmara Criminal Quartas-feiras |
| Desembargadores Delmival de Almeida Campos Eduival José de Moraes* Judimar Martins Biber Sampaio Alberto Deodato Maia Barreto Neto Flávio Batista Leite | Desembargadores José Antonino Baía Borges Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires* Renato Martins Jacob Nelson Missias de Moraes Matheus Chaves Jardim | Desembargadores Jane Ribeiro Silva Antônio Carlos Cruvinel* Paulo César Dias Antônio Armando dos Anjos Eduardo César Fortuna Grion |

** Presidente da Câmara*

Primeiro Grupo de Câmaras Criminais (2º segunda-feira do mês) - Horário: 13 horas
 Primeira, Segunda e Terceira Câmaras, sob a Presidência do Des. José Antonino Baía Borges

| | |
|---|---|
| Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras | Quinta Câmara Criminal Terças-feiras |
| Desembargadores Eduardo Brum Vieira Chaves Fernando Alvarenga Starling* Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista Doorgal Gustavo Borges de Andrada Herbert José Almeida Carneiro | Desembargadores Alexandre Victor de Carvalho* Maria Celeste Porto Teixeira Pedro Coelho Vergara Adilson Lamounier Eduardo Machado Costa |

** Presidente da Câmara*

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

| | |
|--|--|
| Sexta Câmara Criminal | Sétima Câmara Criminal |
| Desembargadores Júlio César Lorens* Rubens Gabriel Soares Evandro Lopes da Costa Teixeira Furtado de Mendonça (...) | Desembargadores Geraldo José Duarte de Paula* Hélcio Valentim Marcílio Eustáquio Santos Cássio Souza Salomé (...) |

** Presidente da Câmara*

Terceiro Grupo de Câmaras Criminais - Horário: 13 horas
 Sexta e Sétima Câmaras

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

José **Edgard Penna Amorim** Pereira

Joaquim **Herculano Rodrigues**
Segundo Vice-Presidente

José Carlos **Moreira** Diniz

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

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Edilson Olímpio Fernandes

Márcia Maria Milanez
Terceira Vice-Presidente

Geraldo José **Duarte de Paula**

Corte Superior (Sessões na segunda e na quarta quartas-feiras do mês - Horário: 13 horas)

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

Wander Paulo Marotta Moreira

Roney Oliveira

Geraldo Augusto de Almeida

Joaquim **Herculano Rodrigues**
Segundo Vice-Presidente

Caetano Levi Lopes

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

Luiz **Audebert Delage** Filho

José Tarcízio de **Almeida Melo**

José **Nepomuceno da Silva**

José Antonino Baía Borges
Presidente do TRE

Manuel Bravo Saramago

Belizário Antônio de Lacerda

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Paulo César Dias

Kildare Gonçalves Carvalho
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

Alexandre Victor de Carvalho

Antônio Armando dos Anjos

José Altivo **Brandão Teixeira**

Francisco Kupidlowski

Jane Ribeiro Silva

Antônio Marcos **Alvim Soares**
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Alberto Deodato Maria Barreto Neto

Antônio Carlos Cruvinel

(...)

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

**Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador
Edésio Fernandes**

Desembargadores

Alberto Vilas Boas Vieira de Souza

Fernando Caldeira Brant

Herbert José Almeida

Juiza de Direito

Maria Luíza Marilac Alvarenga Araújo

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(em 26.04.2010)

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues - Presidente

Armando Freire - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

Dárcio Lopardi Mendes - 4ª, 5ª e 7ª Cíveis

Maurício Barros - 6ª e 8ª Cíveis

Selma Maria Marques de Souza - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

José Nicolau Masselli - 12ª, 13ª e 15ª Cíveis

Rogério Medeiros Garcia de Lima - 14ª, 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Ediwal José de Moraes - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Adilson Lamounier - 4ª e 5ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

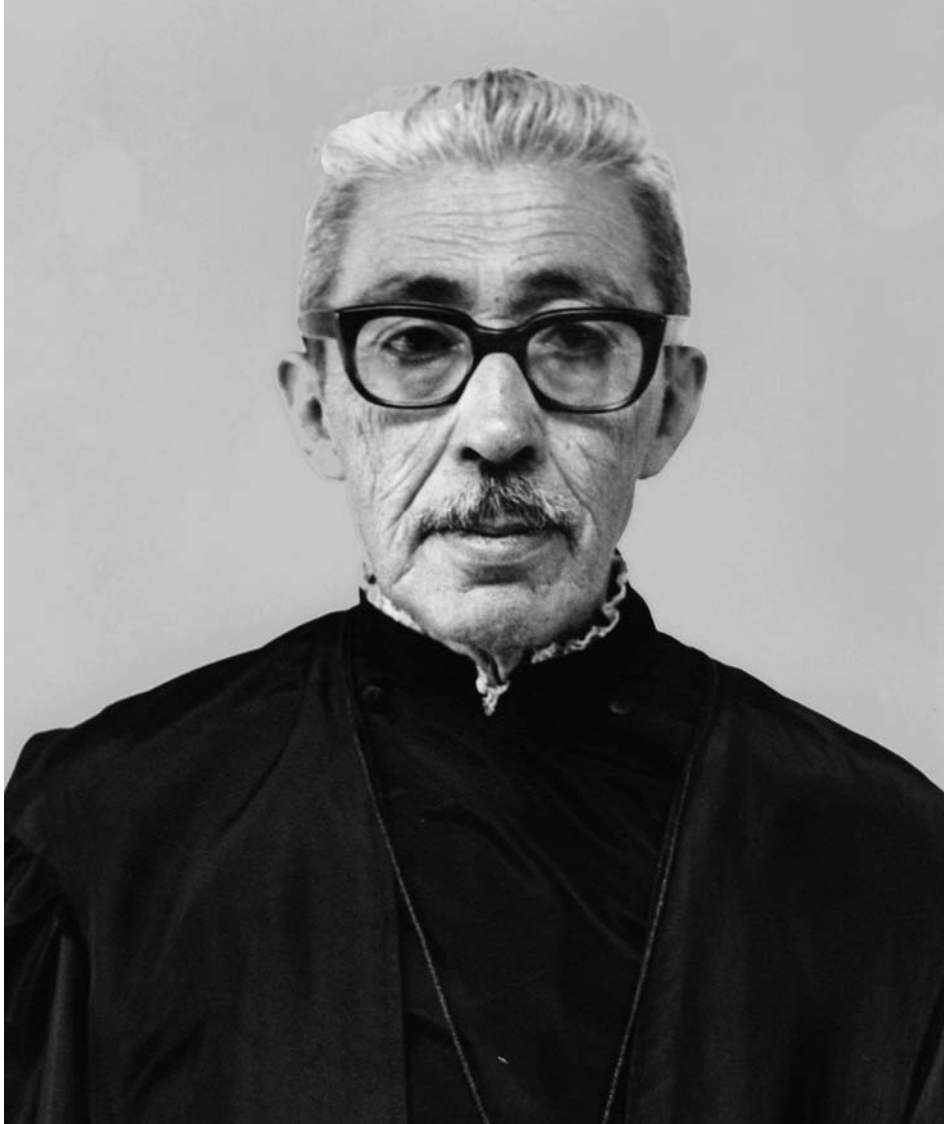
| | |
|--|----|
| Desembargador José Maria de Lima Torres - Centenário de nascimento - Nota biográfica | 15 |
| Histórico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Nota histórica | 16 |

DOCTRINA

| | |
|--|----|
| O controle constitucional <i>ex officio</i> - Fábio Torres de Sousa | 23 |
| Algumas considerações sobre a <i>locatio-conductio</i> (locação-condução) - Soromenho Pires | 35 |
| O reconhecimento do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Direito Civil - Leandro Soares Lomeu | 41 |
| Do fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência segundo a Lei 11.101/05 - Simone Cristine Araújo Lopes | 49 |

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

| | |
|---|-----|
| Corte Superior | 57 |
| Jurisprudência Cível | 73 |
| Jurisprudência Criminal | 265 |
| SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 327 |
| SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 341 |
| ÍNDICE NUMÉRICO | 365 |
| ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO | 369 |



Desembargador JOSÉ MARIA DE LIMA TORRES

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador José Maria de Lima Torres Centenário de nascimento

O Desembargador José Maria de Lima Torres nasceu em 20 de março de 1911, na cidade de São João Nepomuceno, em Minas Gerais.

Era filho de Manuel dos Reis Torres e de Aurora de Lima Pontes. Foi casado com Maria Botelho de Lima Torres.

Em sua terra natal, estudou no Ginásio São Salvador e no Ginásio Municipal. Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 1932.

Foi nomeado Promotor de Justiça, atuou nas Comarcas de Araxá (1935-1940), Conselheiro Lafaiete (1950-1961) e Belo Horizonte (1961-1964). Em 1964, passou a ocupar o cargo de Procurador do Estado.

Por ato do Governador do Estado de 18 de novembro de 1971, foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e tomou posse na sessão do Tribunal Pleno no dia 24 de novembro de 1971. Integrou o Tribunal Regional Eleitoral, do qual foi Presidente em 1981.

Além de suas atividades jurídicas, foi professor de português, inglês e latim nos colégios Marconi e Afonso Arinos, em Belo Horizonte.

Aposentou-se em 7 de abril de 1981, vindo a falecer no dia 24 de agosto de 1984.

Referências bibliográficas

DICIONÁRIO BIOGRÁFICO. *Dados bibliográficos*, v. 2, p. 688.

MONTEIRO, Norma de Góis; MINAS GERAIS. *Dicionário biográfico de Minas Gerais: período republicano, 1889/1991*. Belo Horizonte: Alemg: UFMG, Centro de Estudos Mineiros, 1994. 2v., p.688. ISBN 858515702X (enc.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Atos das sessões do Tribunal Pleno (1968-1972)*. Belo Horizonte.

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

...

* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val, Shirley Ker Soares Carvalho e Ângela Maria Ribeiro Dias Guimarães, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

NOTA HISTÓRICA

Histórico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Entre 1693 e 1695, é encontrado ouro no território atualmente conhecido como Minas Gerais, o que provoca uma enorme vinda de pessoas seduzidas pela possibilidade de enriquecimento. Essa concentração populacional favorece, aos poucos, o desenvolvimento do comércio e, em especial, da pecuária. Ocorre, também, o crescimento vertiginoso de fazendas com culturas diversas e o surgimento de vários povoados.

No ano de 1709, cria-se, por Decreto Real, a Capitania de São Paulo e Minas do Ouro, com sede em Ribeirão do Carmo (atual cidade de Mariana).

Em 1711, antes mesmo da criação da Capitania de Minas, surgem as primeiras Comarcas mineiras: Vila de Ribeirão do Carmo (Mariana), Vila Rica (atual Ouro Preto) e Vila Real de Nossa Senhora da Conceição de Sabará (atual Sabará), sob jurisdição da Capitania de São Paulo e Minas do Ouro.

A Capitania de Minas Gerais é criada em 1720, com sede em Vila Rica e, em 1757, com a criação da Relação do Rio de Janeiro, fica sob a jurisdição desta última.

Devido à forte atividade comercial, alavancada pela descoberta das minas de metais preciosos, e a agropecuária, no século XVIII, a Província de Minas Gerais conta com uma das maiores concentrações populacionais do Brasil. Apesar de possuir cerca de trezentos mil habitantes e apresentar uma economia consolidada, em Minas há apenas Justiça de Primeira Instância, que se divide em quatro Comarcas: Vila Rica, Vila Real de Sabará, Rio das Mortes e Serro Frio. Subordinadas à Relação do Rio de Janeiro, o tempo gasto nos trâmites judiciais é dilatado significativamente.

Minas, em 1872, apresenta uma população de dois milhões de habitantes, e seu território já conta com 47 Comarcas, sendo uma de Entrância Especial, com sede em Ouro Preto, Capital da Província, três de Terceira Entrância, 12 de Segunda e 33 de Primeira. Além disso, cada Termo conta com um Juiz Municipal.

Ante a necessidade de agilizar o andamento processual, através do Decreto Imperial nº 2.432, de 6 de agosto de 1873, são criadas 7 Relações, dentre as quais a Relação de Ouro Preto.

A primeira composição da Relação de Ouro Preto é definida no Decreto Imperial nº 5.456, de 5 de novembro de 1873. Os seguintes Desembargadores a compõem: Luiz Gonzaga de Brito Guerra (1º Presidente), Viriato Bandeira Duarte, Quintiliano José da Silva, Joaquim Pedro Villaça, Joaquim Francisco de Faria, Joaquim Caetano da Silva Guimarães e Francisco da

Câmara Leal (Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional).

Ressalte-se que o 1º Livro de Atas da Relação de Ouro Preto, registro histórico da fundação da Justiça de Segunda Instância em Minas Gerais, encontra-se em exposição permanente no Museu da Memória do Judiciário Mineiro.

Com o advento da Proclamação da República em 1889, o Tribunal da Relação de Ouro Preto é extinto e, em seu lugar, é criado o Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais. Instalado no dia 16 de dezembro de 1891, passa a ter em sua composição nove Desembargadores nomeados pelo Presidente do Estado, dentre os dez Juízes de Direito mais antigos. O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal seriam eleitos através de votação entre os Desembargadores, na primeira sessão de cada ano.

Durante 23 anos, o Tribunal da Relação funciona em Ouro Preto. Com a mudança da Capital para Belo Horizonte, para aqui se transporta o Tribunal em 5 de agosto de 1897, instalando-se provisoriamente no segundo andar da antiga Secretaria do Interior (atualmente Museu das Minas e do Metal), na Praça da Liberdade, passando logo a funcionar, antes mesmo da inauguração da Capital, em 12 de dezembro daquele ano.

Em 1902, o governador Francisco Salles, em seu Decreto 1.558, de 15 de outubro, aprova o regulamento relativo à Organização do Tribunal da Relação. Esse decreto modifica para 11 o número de Desembargadores, determina o tratamento de “Egrégio Tribunal”, permite a reeleição do Presidente e do Vice-Presidente e designa o vestuário a ser usado nos atos públicos e solenes, sendo a faixa branca para os Desembargadores e a faixa vermelha para o Procurador-Geral.

No ano seguinte, Francisco Salles propõe nova reforma, através do Decreto nº 1.636, de 7 de outubro de 1903. O número de comarcas é reduzido de 116 para 71. A composição do Tribunal passa para 13 Desembargadores, os quais seriam nomeados pelo Presidente do Estado, na proporção de dois terços por antiguidade e um por merecimento. É instituída a divisão em duas Câmaras: Cível e Criminal. Em sua mensagem dirigida ao Congresso Mineiro, o Presidente do Estado exalta os efeitos benéficos da nova organização ao afirmar que “foi posto em dia todo o serviço em atraso desde muitos anos no Tribunal da Relação”.

Conclui-se, em 1911, a sede definitiva do Tribunal da Relação, o Palácio da Justiça. Projetado pelo arquiteto A. Rebechi, construído pelo engenheiro José Dantas e pelo construtor Coronel Júlio Pinto, o Palácio possui estilo eclético, com características predominantes do neoclássico. O Presidente do Estado, Júlio Bueno Brandão, durante uma visita ao recém-construído prédio, exalta a imponência e a riqueza.

* Texto elaborado por Andréa Vanessa da Costa Val (Assessora), Ângela Maria Ribeiro Dias Guimarães, Carine Kely Rocha Viana, Shirley Ker Soares Carvalho e Rosane Vianna, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

Em cumprimento à Constituição Federal de 1934, a Constituição Estadual de 1935, em seu Capítulo V, art. 45, determina que o Poder Judiciário passe a ser exercido pela “Corte de Apelação”, dividida em Câmaras e Turmas, com sede na Capital. Através do Decreto-lei 667/1940, de 14.03.1940, é estabelecida a Lei de Organização Judiciária de 1940.

A Constituição Estadual de 1945, em conformidade com a Constituição Federal de 1937, altera novamente a denominação para Tribunal de Apelação e, em cumprimento ao seu art. 61, é redigida a Organização Judiciária, através do Decreto-lei 1.630, de 15 de janeiro de 1946. Passam a compor o Tribunal 21 Desembargadores.

Novamente, a divisão do Poder Judiciário foi alterada na Constituição Federal de 1946; o Tribunal de Apelação passou a ser chamado de Tribunal de Justiça, sendo permitida a criação dos Tribunais de Alçada. A Constituição Estadual de 1947 mantém o número de 21 Desembargadores em sua composição, institui a Corregedoria-Geral de Justiça e determina que a divisão e a organização judiciárias fiquem inalteradas durante um prazo máximo de cinco anos, contados a partir da data da respectiva lei.

O Governador do Estado, Milton Campos, aprova a Lei 534/1949, de 14 de dezembro de 1949, que eleva para 22 o número de Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Nessa época, as condições físicas de funcionamento da Justiça de 1ª e 2ª Instâncias no Palácio da Justiça são muito precárias. A carência de espaço e a má conservação da edificação prejudicam sobremaneira o bom andamento dos trabalhos da Justiça. Para solucionar o problema, o Governador manda construir um novo prédio, anexo ao Palácio, para abrigar o Fórum da Capital. Em 29 de janeiro de 1951, é inaugurado o Fórum Lafayette, em homenagem ao jurista Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira. O edifício de 12 andares, em estilo moderno, considerado uma obra arrojada para a época, é projetado pelo arquiteto Rafael Hardy Filho e construído pelos engenheiros Levínio Castilho e Marco Paulo Rabelo, da Construtora Rabelo Ltda. A modernidade também se faz presente, através das pinturas de Di Cavalcanti em dois painéis: “Minas Gerais”, localizado no hall de entrada, e “Justiça”, situado no Salão do Júri.

No ano de 1954 é redigida e aprovada nova Lei de Organização Judiciária, Lei 1.098, de 22 de junho de 1954. A composição passa para 23 Desembargadores, dentre eles, um Presidente, um Vice-Presidente e um Corregedor. O Tribunal fica dividido em sete Câmaras: quatro Cíveis e três Criminais, com 3 Desembargadores em cada.

Em seu relatório anual referente àquele ano, o Presidente do Tribunal, Nísio Baptista de Oliveira, declara:

Na segunda instância, com o fracionamento das Câmaras, que passaram a se constituir de três membros e a funcionar duas vezes por semana, o rendimento do serviço tomou grande impulso e tendia para alcançar o seu máximo. Porém, a carência de salas obrigando a dois horários o serviço do Tribunal, e, por outro lado, a necessidade de ter continuamente convocados três Juizes, pelo menos, para substituírem Desembargadores fora do exercício, provocaram certo tumulto nos trabalhos do Tribunal, oriundo mais do desconforto com que se desenvolviam, desorganizando, ao mesmo tempo, os serviços das Varas com a convocação dos respectivos juizes.

O texto da Lei 1.098/1954 é alterado pela Lei 1.221/1955, de 4 de fevereiro de 1955, a qual mantém o número de Desembargadores. Entretanto, reduz para cinco o número de Câmaras: três Cíveis e duas Criminais, cada uma composta de quatro Desembargadores. No relatório da presidência do exercício de 1955, Nísio Baptista tece as seguintes considerações a respeito da elaboração dessa nova lei:

Não tardou nova reforma na Lei de Organização Judiciária, por efeito da Lei nº 1.221, de 4 de fevereiro de 1955. Esta visou alterar a organização do Tribunal, que passou a se compor de um número menor de Câmaras, a sua vez, constituídas de número maior de Desembargadores, com o duplo objetivo de reduzir a substituição de membros do Tribunal por Juizes de Direito e de evitar que as Câmaras isoladas funcionassem duas vezes por semana.

Data venia, reputo infeliz a modificação, que fêz regredir o sistema de funcionamento do Tribunal ao que era adotado pela reforma da Lei de Organização Judiciária, com evidente diminuição da capacidade de produção das Câmaras. O mal que trouxe a reforma criadora de Câmaras compostas de três membros, consistente na desorganização das Varas da Capital, seria facilmente obviado com a criação do corpo de Juizes de Direito substitutos de Desembargadores, como se fêz, proveitosamente, na organização do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ouso, e ainda com devida vênia, lastimar que sofresse açodada contra-marcha a transformação benéfica introduzida no funcionamento do Tribunal, já adotada, com os melhores resultados, pelas leis de organização judiciária de outros grandes Estados da Federação.

Em 1958, por causa de reformas que se fazem necessárias no prédio do Palácio de Justiça, o Tribunal transfere-se, provisoriamente, para o 9º andar do Banco de Crédito Real (Rua Espírito Santo, 485). Ali, ele permanece até o final de 1963.

No ano seguinte, a Lei 1.906, de 23.01.1959, altera a organização judiciária vigente. O número de Desembargadores passa para 27. Cabe, a um deles, a Presidência, a outro, a Vice-Presidência, e, a um terceiro, a Corregedoria de Justiça. Tais Desembargadores são eleitos para exercício de um biênio. O restante é distribuído em cinco Câmaras Cíveis e três Criminais, cada uma composta por três Desembargadores.

A Lei de Organização Judiciária 2.464/1961, de 13.10.1961, modifica a redação de alguns artigos da lei

anterior, dentre os quais a diminuição do número de Câmaras e suas respectivas composições. Passam a ser 5 Câmaras: 3 Cíveis e 2 Criminais, cada uma composta por 5 Desembargadores, excluindo o Presidente e o Corregedor, podendo funcionar até com 3.

No dia 16 de janeiro de 1964, após mais de seis anos de funcionamento em outro local, retorna o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao histórico e tradicional Palácio da Justiça. Os trabalhos da reforma e restauração do grandioso prédio foram executados no governo de Magalhães Pinto. Reinstalado em ambiente de majestade e conforto, o Tribunal de Justiça, em sessão solene, sob a presidência do Desembargador José Alcides Pereira, marca o retorno à sua sede, inteiramente restaurada pelo arquiteto Luciano Amedée Peret. À sessão solene de reinauguração, comparece o Governador Magalhães Pinto e o Senador Milton Campos, cujo pai, Desembargador Rodrigues Campos, é homenageado na ocasião com seu nome dado ao Palácio restaurado.

A Lei 3.344/1965, de 14 de janeiro, mantém o número de Desembargadores e a divisão das Câmaras. Cria, também, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, órgão de Segunda Instância do Poder Judiciário, para julgar, em grau de recurso, causas cujo valor não excedesse a quatro salários-mínimos, crimes e contravenções.

A Constituição Estadual de 1967 apresenta, em seu sétimo capítulo - "Do Poder Judiciário" - no art. 132, a composição de 27 Desembargadores. Ressalva, no parágrafo único desse artigo, que somente mediante proposta do Tribunal de Justiça o número de Desembargadores pode ser alterado. Em 21 de novembro de 1967, a Lei 4.648 adapta a Lei de Organização e Divisão Judiciárias às Constituições Federal e Estadual.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, determina, no art. 144, que os Estados organizem a sua Justiça. Esse artigo é regulamentado pela Lei 5.621, de 4 de novembro de 1970.

Art. 1º Caberá aos Tribunais de Justiça dos Estados dispor em resolução aprovada pela maioria absoluta de seus membros sobre a divisão e organização judiciárias.

Em maio de 1974, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais comemora seu Centenário, ocorrido oficialmente no dia 3 de fevereiro daquele ano. Entre as muitas festividades, destacam-se: missa solene na Catedral da Boa Viagem, celebrada por Dom João de Resende Costa; sessão solene do Tribunal, com os discursos do Des. João Gonçalves de Mello Júnior (Presidente do Tribunal) e do Des. Antônio Pedro Braga (orador oficial do Tribunal), dentre outras autoridades; recepção no Palácio da Liberdade, oferecida pelo Governador Rondon Pacheco.

Em consonância com o disposto na Constituição Federal, art. 124, na Constituição Estadual, art.125, e

na Lei Federal nº 5.621/1970, o Tribunal de Justiça estabelece a Organização e a Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais. Isso se dá através da Resolução nº 61/1975, publicada em 8 de dezembro de 1975, que mantém a composição existente e passa para 2 anos o mandato do Presidente e o do Vice-Presidente.

O Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico tomba o Palácio da Justiça Rodrigues Campos, a pedido do Desembargador Edésio Fernandes, então Presidente do Tribunal. Através do Decreto nº 18.641, de 10 de agosto de 1977, assinado pelo Governador Aureliano Chaves, é oficialmente reconhecida a riqueza arquitetônica e o valor histórico do prédio.

A Lei 7.339/1978, de 15 de setembro, altera a redação do art. 15 da Resolução nº 61, de 8 de dezembro de 1975, que passa a ter a seguinte teor:

Art. 15. O Tribunal de Justiça, órgão supremo do Poder Judiciário do Estado, com jurisdição em todo o seu território e sede da Capital, compor-se-á de 32 (trinta e dois) Desembargadores, dentre os quais escolherá seu Presidente, Vice-Presidente e Corregedor.

Em 1979, é publicada a Lei nº 7.655, de 21 de dezembro, que adapta a Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais à Emenda Constitucional nº 7 e à Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979). Eleva para 33 o número de Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e proíbe a reeleição do Presidente e do Vice-Presidente.

Com o crescente aumento de demandas judiciais, o Fórum Lafayette não consegue mais suportar o volume de processos e o grande número de pessoas que transitam pelos corredores do prédio. Não há mais segurança e tranquilidade para a execução dos trabalhos. Para sanar esses problemas, inaugura-se, em 18 de julho de 1980, o novo Fórum de Belo Horizonte, no Barro Preto. Projetado pelo arquiteto Roberto Pinto Manata, recebe o nome de Edifício Governador Milton Campos.

Após a transferência do fórum para o Barro Preto, o prédio da Rua Goiás fica desativado e, somente em 8 de dezembro de 1984, é novamente entregue à Justiça mineira. Com a denominação de Anexo do Tribunal de Justiça, passa a funcionar, no local, a Secretaria Administrativa do Tribunal. No Palácio, ficam apenas a Corte Superior, as salas das sessões, o Conselho da Magistratura, as secretarias de Câmaras e os serviços afins.

A Lei 9.548/1988, de 4 de janeiro, modifica artigos da Resolução nº 61 e da Lei nº 7.655, destacando-se o art. 17, que divide o Tribunal em 7 Câmaras - 5 Cíveis e 2 Criminais - e altera a composição para 39 Desembargadores. Além dessas modificações, cria os cargos de Primeiro e Segundo Vice-Presidentes.

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada a sétima Constituição Brasileira, "Constituição da República

Federativa do Brasil". Em seu Capítulo III, Do Poder Judiciário, assegura a autonomia administrativa e financeira, cria os Juizados Especiais e determina que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias seja de iniciativa do Tribunal de Justiça.

A Lei Complementar nº 32/1994, de 20 de maio, eleva para 44 o número de Desembargadores. Desse total, 4 têm cargos de direção: o Presidente, o 1º Vice-Presidente, o 2º Vice-Presidente e o Corregedor-Geral de Justiça.

Em 6 de dezembro de 1994, sob a gestão do Desembargador José Norberto Vaz de Mello, inaugura-se o edifício Desembargador Edésio Fernandes, batizado de Anexo II, por se tratar do segundo anexo do Tribunal de Justiça. O prédio, projetado pelos arquitetos Alípio Castelo Branco e Andréa Vanessa da Costa Val, possui 15 pavimentos e dois subsolos. Abriga os gabinetes do Presidente, do Primeiro e Segundo Vice-Presidentes, com suas assessorias e serviços de apoio e os gabinetes dos Desembargadores.

Em 13 de fevereiro de 1995, é sancionada a Lei Complementar nº 38/1995, que contém a Organização e a Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais.

A Lei Complementar 59/2001, de 18 de janeiro, eleva para 60 o número de Desembargadores; os cargos de direção continuam a ser de Presidente, 1º Vice-Presidente, 2º Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça. É criado o cargo de 3º Vice-Presidente, com a atribuição de assessoramento da Presidência do Tribunal, escolhido pelo Presidente entre os Desembargadores que compõem a Corte Superior.

Em 19 de julho de 2004, é promulgada a Emenda à Constituição nº 63/2004, a qual altera dispositivos da Constituição do Estado e acrescenta artigos ao Ato das Disposições Transitórias, com o objetivo de promover a unificação da Segunda Instância da Justiça Comum Estadual.

O Tribunal de Alçada é extinto em março de 2005, e seus 57 Juízes tomam posse como Desembargadores. Com essa fusão dos Tribunais, o Estado passa a contar com 120 Desembargadores. As mudanças vão de estruturais a financeiras. A Resolução 463/2005 estabelece a definição de novas Câmaras e novos grupos de Câmaras que passam a ser 17 Cíveis e 5 Criminais. A unificação dos Tribunais é uma mudança com o intuito de corresponder à demanda social por melhoria constante, seguindo o modelo da unificação dos Tribunais do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul, efetivadas com sucesso.

À época da unificação, os dois prédios onde funcionava o Tribunal de Alçada já estavam saturados e as condições de trabalho não eram favoráveis. Para abrigar toda a sua estrutura administrativa e também outros setores instalados em outros prédios do TJMG, é inaugurada uma nova unidade, em 2 de setembro de 2008,

localizada na Avenida Raja Gabaglia. O prédio da Unidade Raja Gabaglia, inicialmente alugado, é adquirido definitivamente em 23 de dezembro de 2009, com solenidade simbólica de entrega das chaves, ocorrida em 7 de janeiro de 2010.

Em 08.06.2010, o Tribunal de Justiça conta com 122 Desembargadores, dos quais 16 cargos são ocupados por mulheres.

Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (por antiguidade)

Desembargador Cláudio Renato dos Santos Costa (Presidente do TJMG)

Desembargador Roney Oliveira

Desembargador Joaquim Herculano Rodrigues (2º Vice-Presidente)

Desembargador Mário Lúcio Carreira Machado (1º Vice-Presidente)

Desembargador José Tarcízio de Almeida Melo

Desembargador José Antonino Baía Borges

Desembargador Célio César Paduani (Corregedor-Geral de Justiça)

Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho (Vice-Presidente e Corregedor do TRE)

Desembargadora Márcia Maria Milanez (3º Vice-Presidente TJMG)

Desembargador José Altivo Brandão Teixeira

Desembargadora Jane Silva

Desembargador Antônio Marcos Alvim Soares (Vice-Corregedor-Geral de Justiça)

Desembargador Eduardo Guimarães Andrade

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Edivaldo George dos Santos

Desembargador Silas Rodrigues Vieira

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Desembargadora Maria Elza de Campos Zettel

Desembargador Geraldo Augusto de Almeida

Desembargador Caetano Levi Lopes

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho

Desembargador José Nepomuceno da Silva

Desembargador Manuel Bravo Saramago

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Desembargador José Edgard Penna Amorim Pereira

Desembargador José Carlos Moreira Diniz

Desembargador Paulo César Dias

Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Desembargador Edilson Olímpio Fernandes

Desembargador Geraldo José Duarte de Paula

Desembargadora Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Desembargador Armando Freire

Desembargador Delmival de Almeida Campos

Desembargador Alvimar de Ávila

Desembargador Dárcio Lopardi Mendes

Desembargador Valdez Leite Machado
 Desembargador Alexandre Victor de Carvalho
 Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto
 Desembargador Eduardo Mariné da Cunha
 Desembargadora Maria Celeste Porto Teixeira
 Desembargador Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
 Desembargador José Affonso da Costa Côrtes
 Desembargador Antônio Armando dos Anjos
 Desembargador José Geraldo Saldanha da Fonseca
 Desembargador Geraldo Domingos Coelho
 Desembargador Osmando Almeida
 Desembargador Alberto Aluizio Pacheco de Andrade
 Desembargador Francisco Kupidowski
 Desembargador Antoninho Vieira de Brito
 Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes
 Desembargador Maurício Barros
 Desembargador Paulo Roberto Pereira da Silva
 Desembargador Mauro Soares de Freitas
 Desembargador Edival José de Moraes
 Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula
 Desembargador Eduardo Brum Vieira Chaves
 Desembargadora Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
 Desembargador Elias Camilo Sobrinho
 Desembargador Pedro Bernardes de Oliveira
 Desembargador Antônio Sérvulo dos Santos
 Desembargador Francisco Batista de Abreu
 Desembargadora Heloísa Helena de Ruiz Combat
 Desembargador Sebastião Pereira de Souza
 Desembargadora Selma Maria Marques de Souza
 Desembargador José Flávio de Almeida
 Desembargador Tarcísio José Martins Costa
 Desembargadora Evangelina Castilho Duarte
 Desembargador Otávio de Abreu Portes
 Desembargador Nilo Nívio Lacerda
 Desembargador Luciano Pinto
 Desembargadora Márcia De Paoli Balbino
 Desembargador Hélcio Valentim de Andrade Filho
 Desembargador Antônio de Pádua Oliveira
 Desembargador Fernando Caldeira Brant
 Desembargadora Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
 Desembargador José de Anchieta da Mota e Silva
 Desembargador José Afrânio Vilela
 Desembargador Elpidio Donizetti Nunes
 Desembargador Fábio Maia Viani
 Desembargador Renato Martins Jacob
 Desembargador Antônio Lucas Pereira
 Desembargador José Antônio Braga
 Desembargador Maurílio Gabriel Diniz
 Desembargador Wagner Wilson Ferreira
 Desembargador Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
 Desembargador Pedro Coelho Vergara
 Desembargador Marcelo Guimarães Rodrigues
 Desembargador Adilson Lamounier

Desembargadora Cláudia Regina Guedes Maia
 Desembargador José Nicolau Masselli
 Desembargador Judimar Martins Biber Sampaio
 Desembargador Antônio Generoso Filho
 Desembargador Fernando Alvarenga Starling
 Desembargador Álvares Cabral da Silva
 Desembargador Fernando Neto Botelho
 Desembargador Alberto Henrique Costa de Oliveira
 Desembargador Marcos Lincoln dos Santos
 Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima
 Desembargador Carlos Augusto de Barros Levenhagen
 Desembargadora Electra Maria de Almeida Benevides
 Desembargador Eduardo César Fortuna Giron
 Desembargador Tibúrcio Marques Rodrigues
 Desembargador Tiago Pinto
 Desembargador Antônio Carlos de Oliveira Bispo
 Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata
 Desembargador Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista
 Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada
 Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira
 Desembargador Gutemberg da Mota e Silva
 Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
 Desembargador Arnaldo Maciel Pinto
 Desembargadora Sandra Alves de Santana e Fonseca
 Desembargador Alberto Deodato Maia Barreto Neto
 Desembargador Eduardo Machado Costa
 Desembargador André Leite Praça
 Desembargador Flávio Batista Leite
 Desembargador Nelson Missias de Moraes
 Desembargador Matheus Chaves Jardim
 Desembargador Júlio César Lorens
 Desembargador Rubens Gabriel Soares
 Desembargador Marcílio Eustáquio Santos
 Desembargador Cássio Souza Salomé
 Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira
 Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça
 Desembargador Wanderley Salgado Paiva

Referências

BOXER, Charles R. *A idade do ouro do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional (Coleção Brasileira), 1969.

BRAGA, Antônio Pedro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: um século de atividades Judiciárias. In: *O centenário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Memórias históricas das comemorações. Belo Horizonte: Serviço Gráfico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1974, p. 39-48.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O centenário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Memórias históricas das comemorações. Belo Horizonte: Serviço Gráfico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1974.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais: a Instituição e a Casa*. Belo Horizonte: Editado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2005. 136 p.

MAGALHÃES, Tiago Luís. *As Minas Gerais e o século do ouro*. Disponível em: www.fafich.ufmg.br/pae/apoio/asminasgeraiseoseculodoouro.pdf, acesso em 06.12.2010

MONTEIRO, John Manoel. *Os caminhos da memória: paulistas no Códice Costa Matoso*. *Revista Varia História*, n. 21. Belo Horizonte: UFMG - Departamento de História/ Fafich, 1999.

SALGADO, Graça (Cord.). *Fiscais e meirinhos: a Administração no Brasil Colonial*. Arquivo Nacional. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1985.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Primeiro Livro de Atas Manuscritas da Relação de Ouro Preto 1874-1875*. Belo Horizonte, MG.

VENÂNCIO, Renato Pinto. *Comércio e fronteira em Minas Gerais colonial*. In FURTADO, Júnia Ferreira (Org.). *Diálogos oceânicos*. Minas Gerais e as novas abordagens para uma história do Império Ultramarino Português. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

Sites de consulta da legislação:

www.almg.gov.br, acesso em 06.12.2010

www.planalto.gov.br/, acesso em 06.12.2010

www.tjmg.jus.br/, acesso em 06.12.2010

...

O controle constitucional *ex officio*

Fábio Torres de Sousa*

Sumário: 1 Introdução. 2 Supremacia da Constituição. 3 Controle da constitucionalidade. 3.1 O controle difuso da constitucionalidade. 3.2 O controle da constitucionalidade *ex officio*. 4 Conclusão. 5 Referências.

Resumo

O controle da constitucionalidade é ponto fundamental do sistema jurídico do Estado Constitucional. Na ótica do sistema de controle da constitucionalidade adotado no Brasil, a atuação do magistrado merece destaque para conter a aplicação e utilização de normas inconstitucionais pelo Estado, quando confrontado pela questão, em processo judicial, independente da provocação da parte. Assim, o controle difuso *ex officio* ganha importância, ainda mais diante da visão de que lei inconstitucional é norma nula, que não pode ser aplicada e ter validade. Independe, pois, o magistrado, de provocação da parte para excluir aplicação da norma inconstitucional. Não pode o magistrado deixar de atuar de ofício, para impedir e coibir a aplicação de norma, de base legal inconstitucional, sob pena de pactuar com a ilegalidade expressa. Os tribunais brasileiros vêm indicando a via do controle difuso *ex officio* como forma hábil para afastar a norma, conquanto ainda exista opinião divergente dos desconhecedores do Direito Constitucional. O presente trabalho cuida de lançar o tema ao debate e indicar a possibilidade e a via de controle difuso *ex officio*.

Palavras-chave: controle, constitucionalidade, controle difuso, *ex officio*

Lista de abreviaturas

- AI: Agravo de Instrumento
- AgReg: Agravo Regimental
- CF: Constituição Federal
- CPC: Código de Processo Civil
- EUA: Estados Unidos da América
- RE: Recurso Extraordinário
- STF: Supremo Tribunal Federal
- STJ: Superior Tribunal de Justiça
- TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TRF: Tribunal Regional Federal

1 Introdução

O debate acerca do controle da constitucionalidade de ato normativo tem impulsionado os estudos do Direito nos últimos dois séculos. Desde a consolidação do Estado Constitucional, no final do séc. XVIII, o Direito passou a ser considerado a partir do texto da Carta Magna, agindo esta como parâmetro e controle sobre as demais normas.

O fundamento do controle constitucional é a supremacia da Constituição e sua importância no Estado de Direito. Por isso, o destaque que José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 954) dá à Constituição, ao defini-la como “a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico”.

Primeiro, na forma de controle difuso, de origem americana, e, depois, com o controle concentrado, no exemplo europeu de Cortes Constitucionais, verificou-se o desenvolvimento de vários trabalhos jurídicos, visando aprimorar e consolidar o Estado Constitucional, demonstrando sempre a importância do tema do controle da constitucionalidade.

Como ponderou o Min. Gilmar Mendes (internet, 2009), “o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno”.

O presente trabalho não visa, todavia, buscar um estudo-debate que envolva as vantagens ou não do controle da constitucionalidade. Não será um aprofundar nas formas de controle. O que se almeja é explicitar a importância da Constituição, pelo que a idéia da inércia do magistrado que só age por provocação da parte não pode existir, quando patente a existência de lei inconstitucional sustentando um litígio processual.

O que se perseguirá, nas próximas linhas, será a demonstração da imperiosa necessidade de uma amplitude da aplicação do controle difuso da constitucionalidade, não somente quando arguido o vício por uma das partes, mas de forma *ex officio*, pelo magistrado, nos casos de inconstitucionalidade flagrante e de reiterada declaração pelos tribunais.

O Poder Judiciário não pode quedar inerte, na visão do puritanismo processual de agir somente quando provocado pela parte, quando se depara com textos legais de ampla e reconhecida inconstitucionalidade.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes

*Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito pela UFMG, Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL, Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga/MG.

Públicos impõe uma visão do Direito focada na análise prévia da constitucionalidade dos atos do Poder Público e de seus textos legais.

Dessa forma, todas as situações jurídicas devem se conformar com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais exige um agir mais firme, visto que permitir a aplicação de normas inconstitucionais é conduta que viola todo o Estado Constitucional de Direito.

Como aplicar o Direito diante da nulidade da norma que o sustenta? E não se olvida que norma inconstitucional é norma nula? Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 35) aborda a questão, discorrendo que

o ato inconstitucional - ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v.g. Marshall) quanto nacional (v.g., Rui) - é nulo e írrito. Desta forma ele não obriga, não sendo de se aplicar. Ou, se aplicado, nula é essa aplicação.

Assim, verificada a nulidade da norma ou ato diante do texto constitucional, não pode o aplicador deixar de reconhecer a inconstitucionalidade, afastando a ilegalidade, no caso concreto, entre as partes do litígio.

O que se pondera é a obrigatoriedade e permissão para a ação de ofício do magistrado, em qualquer esfera do Poder Judiciário, para reconhecer a inconstitucionalidade e afastar, de forma difusa, a legislação que viola a Constituição.

Para tanto, além de uma abordagem doutrinária, será efetuada uma demonstração do entendimento jurisprudencial acerca do tema, ainda mais que a questão encontra algumas posições divergentes, embora minoritárias e incultas.

2 Supremacia da Constituição

Quando se discorre acerca da supremacia da Constituição, não se pode deixar de tecer breves considerações sobre o Estado Constitucional¹, que cuida de um sistema normativo fundado no texto constitucional e decorrente das idéias constitucionalistas.

O Estado Constitucional é fruto da evolução natural das idéias democráticas surgidas na Europa e América do Norte, consolidando os direitos dos homens e cidadãos, a forma e função do Estado, em um texto

que servisse de pilar de toda a ordem jurídica, social e política de um Estado.

Discorre Jorge Miranda (1990, p. 82) que

as correntes filosóficas do Contratualismo, do Individualismo e do Iluminismo - de que são expoentes doutrinários: Locke (*Segundo tratado sobre o governo*), Montesquieu (*Espírito das leis*), Rousseau (*Contrato social*), Kant (*Paz perpétua*) - e importantíssimos movimentos econômicos, sociais e políticos conduzem ao Estado Constitucional, Representativo ou de Direito.

A consolidação do Estado Constitucional determinou que a Constituição ganhasse uma importância ímpar no mundo jurídico, estabelecendo-a como a norma mais importante do ordenamento jurídico do Estado, colocada no vértice do sistema jurídico do País. A Constituição submete todos os poderes estatais, atos públicos e normas jurídicas, os quais são legítimos na medida em que ela os reconheça.

Ponderando acerca dessa supremacia, anotou Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 47):

Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada. Vê-se, assim, pois, que a um regime especial para a sua produção corresponde, de outro lado, uma posição hierárquica superior das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais. Portanto, é na Constituição formal que pode ficar evidenciada a superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias. Nos países que adotam Constituições formais, caracterizadas, como visto, por um processo de elaboração mais dificultoso que o previsto para as leis ordinárias, assim como por um regime jurídico constitucional, dá-se em razão deste próprio regime jurídico uma ascendência, uma superioridade, uma maior importância em favor das regras por ele beneficiadas, de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a jungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema. Qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional padecerá do supremo vício de ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade. A supremacia

¹ Dalmo de Abreu Dallari assevera que "o Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios. Os constitucionalistas, que estudam em profundidade o problema da origem das constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que se verificam no Estado Constitucional moderno, em alguns povos da Antiguidade. Assim é que LOEWENSTEIN sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo, enquanto que ANDRÉ HAURIUO é absolutamente categórico ao afirmar que "o berço do Direito Constitucional se encontra no Mediterrâneo oriental e, mais precisamente, na Grécia", havendo ainda quem dê primazia ao Egito. Entretanto, o próprio HAURIUO fala no "caráter ocidental do Direito Constitucional", explicando, como todos os que admitem o constitucionalismo na Antiguidade, que, com a queda de Roma, houve um hiato constitucional, que só iria terminar com o Estado moderno. Em conclusão, pois, o constitucionalismo, assim como a moderna democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição." (DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.)

das normas constitucionais é assegurada através de processos próprios, que vêm negar aplicação, negar executividade aos atos praticados contra seus comandos e até mesmo suprimir em definitivo uma lei inconstitucional.

Assim, no Estado contemporâneo, o texto constitucional ocupa a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o ordenamento jurídico, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos administrativos e legislativos. Como bem assinala José Afonso da Silva (2005, p. 45):

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Igual posicionamento adota Cristianne Rozicki (internet, 2003):

A Constituição consiste na lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda legislação infraconstitucional, às suas disposições.

Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior (entre os atos normativos infraconstitucionais, encontram-se as leis, os atos administrativos, as sentenças, os contratos particulares, etc.).

Daí que a supremacia da Constituição pressuponha indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos.

Essa preponderância jurídica teve destaque na decisão da Suprema Corte dos EUA, onde o Juiz Marshall, no caso *Marbury x Madison*², no ano de 1803, assim se pronunciou:

Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando à legislatura aprovar alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável.

A idéia de supremacia da Constituição revela, pois, que o texto constitucional possui *status* mais elevado no ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema (BARROSO, 2004, p. 1).

Sobre a supremacia, discorre Gilmar Mendes *et alii* (2008, p. 202/3):

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto de um poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.

Destaco que a supremacia da Constituição é paradigma inerente ao Estado Constitucional, possuindo respaldo em qualquer Estado Moderno. É o que se depreende da lição de Isidre Molas (2007, p. 214):

La Constitución es la primera de las normas jurídicas y, en cuanto tal, es la norma suprema del ordenamiento, de la que se deriva la validez de todas las demás. Como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las postestades que les han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad.

José Afonso da Silva (2005, p. 45), tratando da noção de supremacia, anota que a Constituição contém a estrutura e organização do Estado e as normas fundamentais, o que indica sua superioridade em relação a todas as normas.

A Constituição deve, pois, ser respeitada e acatada por todos os componentes do Estado (notadamente o seu povo e os seus governantes), diante da força normativa que dela decorre. Confirma-se a lição de Konrad Hesse (1991, p. 15):

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

² (BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: nº 54, dez. 2000.) "A bem da verdade, se este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte reviu um ato legislativo, não foi o primeiro em que juízes exercitaram tal poder de rever, pois o revelaram no *Hayburn's Case* em 1792. Nem foi a primeira vez em que a própria Suprema Corte o exercitou. Já em 1796, no caso *Hylton versus United States*, ela sustentara a constitucionalidade de um ato legislativo de tal forma, que não deixou dúvida de que o teria declarado inconstitucional, se disso estivesse convencida."

E Hesse (1991, p. 19) continua:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Idêntico pensamento comunga Paulo Bonavides (2006, p. 296), acrescentando que a supremacia deriva da rigidez da Carta, ao demandar forma especial de alteração (revisão):

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de Direito vigentes num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'super-legalidade constitucional', que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

A fim de assegurar essa supremacia legal, urge uma rigidez constitucional, que se traduz na exigência de processo mais qualificado para a modificação das normas constitucionais. Para que a Constituição possa figurar como paradigma de validade, é necessário que o processo de formação ou modificação de normas constitucionais seja diverso e mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais³.

De fato, o aspecto da rigidez constitucional garante supremacia formal à Constituição, caso contrário a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria, não em inconstitucionalidade, mas sim em revogação da norma constitucional.

Por fim, não menos importante é destacar que a existência do controle de constitucionalidade, além de intimamente ligada aos princípios de supremacia da Constituição e de rigidez constitucional, exerce a notável

função de defesa e concretização dos direitos fundamentais, exercendo sua força de supressão sobre qualquer ato normativo que possa frustrar a máxima aplicabilidade àqueles direitos resguardados, de forma expressa ou implícita, pela Constituição Federal.

Feita essa breve e necessária ponderação sobre a supremacia da Constituição, passo à análise do sistema de controle adotado no Brasil.

3 Controle da constitucionalidade

Diante da supremacia da Constituição, desenvolveu-se o entendimento de que as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Carta Maior e seus princípios.

É o que pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 20):

A Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor.

Nesse sentido, há que se imaginar uma espécie de controle de adequação das demais normas com a Constituição, garantindo-se, dessa forma, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade nasce com essa finalidade, podendo ser conceituado como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta última como parâmetro de validade da primeira (NEVES, 1988, p. 74).

Em síntese, é a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de qualquer ato normativo com a Constituição. O controle de constitucionalidade assume, portanto, papel de mecanismo guardião da Constituição, orientando-se por dois pressupostos, quais sejam: a supremacia e a rigidez constitucional.

Não se pode ignorar que a Carta de 1988 consignou duas formas de controle constitucional, o difuso, a ser exercido em qualquer caso concreto e por qualquer juiz ou tribunal, e o concentrado, para cujo conhecimento o único competente é o colendo Supremo Tribunal Federal, e que somente pode ser instaurado pelos legitimados enumerados (*numerus clausus*).

Sobre o tema, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 38):

O controle judiciário pode ser difuso ou concentrado. Há controle difuso quando a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade. É o que se dá nos

³ (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 2.) Em igual sentido ponderou José Afonso da Silva: "A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'". (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.)

Estados Unidos. Este sistema se coaduna com a idéia, difundida por Marshall, de que o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto. [...]

É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão. [...]

Esta concentração num só órgão da apreciação dos problemas de constitucionalidade tem a inegável vantagem de dar uma só e última palavra sobre a validade do ato, o que não ocorre quando a sua invalidade é declarada por órgão sujeito ao controle, por via de recurso, por parte do tribunal mais alto. [...]

Durante muito tempo só se admitiu que a questão de constitucionalidade de uma lei viesse a ser examinada por um juiz como exceção, isto é, como alegação de defesa. Exatamente isso ocorreu nos Estados Unidos, como se infere do caso *Marbury versus Madison*.

Ou seja: exigida a satisfação de obrigação imposta por lei suspeita de inconstitucionalidade, o devedor dessa obrigação, ao se defender em Juízo, alega a inexistência da obrigação, por não ser válida a lei que a fundamenta. Tal exceção é apreciada como preliminar, ou incidente de ação, pelo juiz que, após resolvê-la, julga o pedido (aplicando a lei, se a entender constitucional, ou aplicando a Constituição, se considerar inconstitucional a lei). Essa modalidade de controle é chamada de incidental, pois, embora o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei decorra da decisão judicial, esta não tem por objeto senão a existência ou não de uma obrigação.

O Brasil adota, pois, o sistema duplo de controle da constitucionalidade: concentrado e difuso.

3.1 O controle difuso da constitucionalidade

No presente trabalho, interessa, especificamente, o controle difuso, sendo que acerca dessa forma anota Alexandre de Moraes (2006, p. 645):

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. [...]

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

E, mais, discorre o constitucionalista paulista (2006, p. 647):

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser

decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, *deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo*. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

Igual lição fornece José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 964), dissertando acerca do controle de constitucionalidade difuso:

A competência para fiscalizar a constitucionalidade da lei é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.

Assim, patente é que o controle difuso (ou concreto) pressupõe a existência de um processo judicial. Nesse caso, a questão da constitucionalidade é incidental e não questão primordial, mas não pode deixar de ser analisada, pois é claro que um direito ponderado pelas partes se sustenta em uma lei ou ato normativo em conflito com a Constituição.

Nessa hipótese, em virtude do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz é obrigado a *confrontar as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto, sob sua jurisdição, com o texto constitucional*.

Assim, reconhecendo-se incidentalmente a inconstitucionalidade da norma aplicada no caso concreto, será invalidado o ato, produzindo-se efeitos apenas entre as partes litigantes.

Esse funcionamento do sistema de controle difuso é claro quando se verifica a aplicação da doutrina na seara processual e jurisprudencial. Aliás, os Tribunais Superiores são uníssonos a respeito da existência e do funcionamento do sistema:

Agravo regimental em recurso extraordinário. IPTU. Alíquota progressiva. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia prospectiva [ex nunc] em sede de controle difuso. Não configuração dos requisitos previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

1. A possibilidade de atribuírem-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal se manifesta expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado previsto em lei específica.

2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 29/00, o tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos Municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da Corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no Recurso Extraordinário nº 392.139/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.04.2005, DJU de 13.05.2005.)

Constitucional. Administrativo. Viúva de servidor. CF/69. Recebimento de pensão integral. Lei autorizadora. Revogação. Controle difuso de constitucionalidade.

1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei nº 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e RP 890.

2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou.

3. Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436.

4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição.

5. Agravo regimental improvido. (AgReg no Recurso Extraordinário nº 397.354/SC, 2ª Turma do STF, Rel.º Min.º Ellen Gracie, j. em 18.10.2005, DJU de 18.11.2005.)

Processual civil. Ação civil pública. Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Legitimidade do Ministério Público. Precedentes.

1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação.

2. Tratando-se de controle difuso, portanto exercitável incidentalmente no caso concreto, apenas a esse estará afeto, não obrigando pessoas que não concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva; ou seja, a decisão acerca da in/constitucionalidade não contará com o efeito *erga omnes*, de forma que não se verifica a hipótese de ludíbrio do sistema de controle constitucional.

3. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 294022/DF (2000/0135875-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 02.08.2005, unânime, DJ de 19.09.2005.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Controle de constitucionalidade difuso. Administrativo. Aprovação em concurso público. Não homologação. Vedação legal. Inexistência de violação de direito adquirido e do princípio da isonomia.

1. O sistema jurídico pátrio de controle de constitucionalidade prevê o controle difuso pelos Tribunais, desde que respeitada a reserva de Plenário, podendo a lei ou o ato normativo ser afastado no caso concreto, independentemente de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

2. Em sendo necessária consequência de proibição legal a recusa de homologação de concurso público em relação a determinados candidatos, não há falar em direito adquirido ou violação do princípio da isonomia.

3. Improvido o recurso de J.G.V., declarado extinto o processo,

sem julgamento do mérito, em relação ao recorrente J.C.B.J. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 3.342/PE (1993/0021348-2), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 16.03.2004, unânime, DJ de 10.05.2004.)

O posicionamento do TJMG não destoa:

Constitucional, administrativo e processual civil. Ação civil pública. Controle difuso de constitucionalidade. Possibilidade. Incidente de inconstitucionalidade. Serviço de mototáxi. Usurpação de competência privativa da união. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Prejudicialidade da arguição de incidente. Inexistência de atos de improbidade. Ausência de lesão aos cofres públicos. Improcedência do pedido. Manutenção. Improvimento da irrisignação. Inteligência dos arts. 22, XI, 97 e 175, todos da Constituição da República, art. 481, parágrafo único, do CPC, art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 8.429/1992.

- É admissível o controle difuso de constitucionalidade na Ação Civil Pública, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos municipais indigitados seja questão prejudicial, que deve ser avaliada, para que se possa atingir o provimento jurisdicional buscado naquela lide.

- Se a excelsa Suprema Corte de Justiça já se manifestou acerca da inconstitucionalidade de atos normativos que, usurpando a competência privativa da União, disponham a respeito de autorização de transporte de passageiros em veículos de aluguel, por meio de motocicletas, não deve o órgão fracionário submeter à Corte deste Sodalício a arguição incidental de inconstitucionalidade.

- A procedência de Ação Civil Pública por improbidade administrativa está condicionada à prova da existência do dano efetivamente configurado e à efetiva prática de atos ímprobos pelos Requeridos. (Apelação Cível nº 1.0035.02.000565-4/001 - Comarca de Araguari - Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira - Belo Horizonte, 11 de outubro de 2007.)

Processual civil. Apelação. Embargos do devedor. Decreto-lei nº 167/67. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Controle difuso de constitucionalidade. Cabimento. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- O ordenamento jurídico vigente admite duas formas de controle judiciário de constitucionalidade: o concentrado e o difuso.

- O Decreto-lei nº 167/67 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que está em conformidade com os princípios dela constantes. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Cível nº 1.0026.02.004208-6/001 - Comarca de Andradas - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - Belo Horizonte, 23 de novembro de 2006.)

Ação civil pública. Controle de constitucionalidade. *Incidenter tantum*. Cabimento. Concessão de serviço público. Transporte coletivo. Estatuto do idoso. Gratuidade nos serviços regulares.

- É possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, em relação a lei ou ato normativo, não se usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal quando a questão é tratada *incidenter tantum* e não alcança efeito *erga omnes*.

- Ao idoso, maior de 65 anos, é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos regulares, não se mostrando abusiva a exceção estabelecida quanto aos serviços seletivos e especiais, sob pena de onerar excessivamente o particular concessionário e desvio da função social do contrato de concessão de serviços públicos. (Apelação Cível nº 1.0027.05.058981-4/002 - Comarca de Betim - Relator: Des. Fernando Caldeira Brant - Belo Horizonte, 20 de agosto de 2008.)

Vê-se, então que vários são os precedentes jurisprudenciais em que pode e deve o magistrado reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto.

Não há dúvida quanto à aplicabilidade do controle difuso. A questão ainda encontra alguma divergência quando se debate sobre a legitimidade ativa para sua suscitação incidental.

3.2 O controle da constitucionalidade *ex officio*

Cumpra, então, verificar se a análise da questão incidental de inconstitucionalidade pode ser apreciada pelo juiz de forma *ex officio*.

O magistrado, ao apreciar o caso concreto lançado nos autos do processo, acaba por analisar todo o ordenamento jurídico, antes de aplicar a lei específica ao caso concreto. Assim fazendo, em exercício de interpretação, o juiz analisa todo o ordenamento jurídico e afasta aquelas normas que não são aplicáveis ao fato.

O controle da constitucionalidade não pode ser iniciado *ex officio* pelo Poder Judiciário, mas não há óbice para que o seja, reconhecida a inconstitucionalidade, de forma oficiosa pelo magistrado, quando do controle difuso. Canotilho (1993, p. 968) discorre sobre o tema, deixando claro que, em processo já ajuizado, o controle pode ocorrer e ser conhecido de ofício, mesmo sem sustentação das partes.

No exercício de aplicação legal, o magistrado não pode olvidar a análise da constitucionalidade da norma, diante do princípio da supremacia da Constituição, fazendo o controle difuso.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 199) esclarece que:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Dessa forma, não pode o magistrado quedar inerte, diante da verificação da inconstitucionalidade da norma, pois a aplicação de norma inconstitucional impli-

ca aplicação de norma nula, o que não deve ser permitido, competindo ao juiz, mesmo sem provocação da parte, impedir o efeito nefasto da norma inconstitucional.

Por certo, o juiz deve agir não como a boca da lei (na visão de Montesquieu), mas como um aplicador do Direito fundado na Constituição, pelo que há de repelir os preceitos legais e normativos que não respeitam a Lei Maior.

Anotou Marcelo Colombelli Mezzomo (internet, 2008) que

No sistema jurídico brasileiro da atualidade, qualquer juiz de primeiro grau pode e deve analisar incidentalmente a questão da constitucionalidade de atos, sejam públicos ou privados.

Se o ato inconstitucional é nulo, tal nulidade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Tal controle, efetuado na fundamentação da decisão, pode ser levado a efeito em qualquer espécie de demanda.

Obviamente, a declaração da inconstitucionalidade opera somente entre as partes e não é a pretensão vertida, mas é apenas tomada como causa de pedir e razão de decidir. Logo, o julgador irá acolher ou rejeitar o pedido, porque há ou não uma inconstitucionalidade, mas não irá formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não é o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.

Por isso, é importante destacar a possibilidade, dentro do controle difuso da constitucionalidade, de atuação de ofício pelo magistrado.

Em obra clássica sobre o tema, escreveu Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1967, p. 113):

A necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. A afirmação de Carlos Maximiliano de que o Judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juizes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por consequência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juizes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito - explica Barbalho -, mas o ato contrário à Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a Lei Suprema.

Seguindo a mesma linha, discorreu Gilmar Ferreira Mendes *et alii* (2008, p.1.068) que

A questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida ex officio pelo juiz ou tribunal.

Igual entendimento esposou Gregório Assagra de Almeida (internet, 2009):

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte ou do interessado, questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No mesmo sentido, escreve Zeno Veloso (2000, p. 42):

Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, *ex officio*, numa situação que se assemelha à nulidade do negócio jurídico, que deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de alegação do interessado (Código Civil, art. 146, parágrafo único). No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não aplicação ao caso, objetivo da demanda.

O mesmo posicionamento possuem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 42-3):

Podem dar início ao controle difuso, levantando uma controvérsia constitucional diante de um caso concreto:

- a) as partes do processo;
- b) o representante do Ministério Público atuante no processo;
- c) o juiz ou o tribunal, de ofício.

A declaração da inconstitucionalidade no caso concreto, portanto, não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que esses não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.

Assim também ponderou Pontes de Miranda (1967, p. 392):

Seriam de bom êxito as seguintes regras constitucionais: Os tribunais e juízes tem de conhecer da inconstitucionalidade das leis, a pedido dos interessados ou *de ofício* [...]

Há, pois, ampla sustentação doutrinária para a aplicação do controle difuso *ex officio*, e outra não poderia ser a posição dos mais renomados doutrinadores, diante da constatação lógica de que o controle é matéria de ordem pública, garantia constitucional fundamental e de interesse social, pois nenhum juiz está obrigado a observar uma lei ou ato normativo que entenda seja inconstitucional.

Sendo a constitucionalidade da norma jurídica pressuposto de sua aplicação, sua declaração pode e

deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte.

Sobre o assunto, discorre com maestria José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 33):

No Direito brasileiro, continuam a coexistir o controle incidental e o controle direto de constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da posição que ocupe na respectiva hierarquia [...] no julgamento de causa que lhe incumba, originariamente ou em grau de recurso, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como prejudicial.

Assim, resta clara a obrigação do magistrado de recusar a aplicação de norma inconstitucional, afastando-a do ordenamento jurídico, mesmo que *intra partes*, a incidência de norma nula. Lembro a lição de Alfred Buzaid (1998, p.118-120), para quem a lei inconstitucional nasceu morta e não tem validade.

Não se olvide, reitero, que o controle será entre as partes da ação, mas não pode deixar o magistrado de fazê-lo, oficiosamente, quando já clara a inconstitucionalidade da norma. Como ponderou o Des. Hyparco Immesi (TJMG - Recurso de agravo nº 1.0000.06.438446-4/001):

É certo que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso produz efeito meramente intraprocessual, vale dizer, a inconstitucionalidade declarada só é considerada em relação às partes litigantes no processo em que se deu essa declaração. Todavia, a razão de ser do controle da constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais e a supremacia da Lei Magna. Assim, se o Sumo Pretório - cuja função precípua é a guarda da Constituição - declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, ainda que no controle difuso da constitucionalidade, nada impede a aplicação, desde logo, aos casos concretos pendentes de julgamento, da solução dada em sua decisão.

Dentro da supremacia da Constituição, o juiz não pode aplicar norma inconstitucional. Independente de provocação da parte, pois a norma inconstitucional é nula, compete ao magistrado, mesmo de ofício, afastar sua aplicação. Agindo dessa forma, demonstra que a garantia da defesa da ordem constitucional e legal será sempre assegurada pelo Poder Judiciário,

Assenta Hans Kelsen citado por Alexandre de Moraes (2002, p. 578), que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Confrontando o entendimento jurisprudencial, não causa surpresa o reconhecimento, por diversos Tribunais,

da aplicação oficiosa do controle difuso, como direito do magistrado e garantia da plena aplicação da Constituição.

Já firmou entendimento o STF acerca do controle de ofício:

Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa.

1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitira recurso extraordinário e a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.

2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.

3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial. (STF - Supremo Tribunal Federal - Classe: Al-Agr - AgReg no agravo de instrumento - Processo: 145589 UF: RJ - Rio de Janeiro. Órgão julgador: - Data da decisão: Documento: - Fonte DJ de 24.06.1994 - PP-16652 - ement vol-01750-03 - PP-00593 - Relator: Min. Sepúlveda Pertence. - Descrição - Votação: por maioria - Resultado: Improvido. - Veja ADI-2, Ag-139789, Ag-137119. NPP:(26), Análise: (JDJ). Revisão: (Bab/Ncs). Inclusão: 6.07.94 (Ak). Alteração: 15.04.99.)

Proventos: revisão para assegurar paridade com a remuneração dos servidores em atividade, aumentada por força de vantagem genericamente outorgada à categoria posteriormente à aposentada: pressupostos do direito à revisão.

1. O tratamento menos favorável dado aos aposentados, anteriormente à vigência do decreto que disciplinou o cálculo de gratificação discutida - concedida genericamente à categoria, tanto que não condicionada ao efetivo exercício da função -, ofende em tese a garantia de paridade do primitivo art. 40, § 4º, da Constituição (hoje reproduzido, no que interessa, no art. 40, § 8º, cf EC 19/98).

2. No entanto, o direito à revisão pressupõe a constitucionalidade da norma que haja instituído a vantagem cuja extensão aos proventos se reivindica, o que não ocorre no caso.

II. Servidores públicos. Aumento de vencimentos. Reserva de lei e delegação ao Executivo.

Submetida a concessão de aumento da remuneração dos servidores públicos à reserva de lei formal (CF, art. 61, § 1º, II, a), a essa não é dado cingir-se à instituição e denominação de uma vantagem e delegar ao Poder Executivo - livre de quaisquer parâmetros legais - a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina, incluídos aspectos essenciais à sua quantificação.

III. Controle de constitucionalidade. Possibilidade de declaração, de ofício, no julgamento do mérito de RE, da inconstitucionalidade de ato normativo que o tribunal teria de aplicar para decidir a causa, posto não prequestionada a sua invalidez.

1. A incidência do art. 40, § 4º (redação original), da Constituição pressupõe a validade da lei instituidora da vantagem para os servidores em atividade, que, em razão da regra constitucional de paridade, teria de se aplicar por extensão aos inativos.

2. Em hipóteses que tais, até ao STJ, na instância do recurso especial, seria dado declarar incidentemente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar; seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, 'guarda da Constituição', porque não prequestionada a sua invalidez. (STF - Supremo Tribunal Federal - Classe: RE - Recurso Extraordinário - Processo: 264289 - UF: CE-Ceará - Órgão Julgador: - Data da decisão: - Documento: Fonte DJ de 14.12.2001 - PP-00087 - Ement Vol-02053-12- PP-02494 Relator: Min. Sepúlveda Pertence - Descrição - Votação: unânime - Resultado: Não conhecido o RE e declarados inconstitucionais o Dec. 9.643/95 e o art. 10 da Lei nº 7.673/95, ambos do Município de Fortaleza. Acórdãos citados. RE-214724. N.PP.:(13). Análise:(CMM). Revisão:(). Inclusão: 15.4.04, (MLR). Alteração: 2.6.04.)

No mesmo sentido das lições colacionadas, cito decisão do STJ e da Justiça Federal:

Processual civil. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Execução fiscal. Nulidade do título executivo.

1. O Controle de constitucionalidade pode (e, se for o caso, deve) ser exercido de ofício, mas desde que isso se comporte nos limites da demanda e no âmbito da devolutividade recursal.

2. Fixados os limites da controvérsia recursal, não se pode ter por omissão o acórdão que deixou de enfrentar a constitucionalidade da lei que fixou a alíquota do imposto objeto da execução. O tema era estranho ao objeto do recurso e certamente não poderia ser enfrentado em reexame necessário, pois importaria em *reformatio in pejus* contra a Fazenda, em cujo benefício tal reexame está instituído.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag 507.259/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.11.2003, DJ de 9.12.2003, p. 225.)

Processual civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 97 da Constituição Federal. Reserva de plenário. Inexistência. Exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo. Art. 10 da Lei nº 9.639/98. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário do c. STF.

I - O art. 97 da Constituição Federal prescreve que, quer pela via de ação, quer pela via de exceção, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros (ou do respectivo Órgão Especial) os Tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, ou seja, quando tal inconstitucionalidade for o objeto da demanda levada a juízo.

II - O sistema constitucional brasileiro admite o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pela via de exceção, mais conhecido como controle difuso, permitindo a qualquer órgão julgante singular, Tribunal Estadual ou Federal, por provocação ou de ofício, apreciar eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, caso se faça necessário para o deslinde da ação posta a desate.

III - O v. acórdão embargado decidiu, por um de seus fundamentos, que a exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo, prevista no art. 10 da Lei nº 9.639/98, não se coaduna com o direito de petição e o direito ao contraditório e à ampla defesa, insculpidos, respectivamente, no art. 5º, XXXIV, "a", e LV, da Constituição Federal.

IV - A análise de inconstitucionalidade, nestes termos, é questão incidental, conduzindo à decisão final quanto ao direito subjetivo pretendido pelo litigante, sendo este o objeto da declaração constante da sentença ou acórdão, incidindo seus efeitos exclusivamente sobre a demanda *sub judice*, sendo, portanto, inaplicável, *in casu*, o art. 97 da Carta Magna.

V - A matéria já foi pacificada pelo Pleno do c. Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pelo art. 10 da Lei nº 9.639/98, originária da Medida Provisória 1.608-14/98 (RE 389.383-1/SP e RE 390.513-9/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29.06.2007).

VI - Embargos rejeitados. (Tribunal Regional - Terceira Região - Classe: AG - Agravo de instrumento - 226285 - Processo: 200503000004487 UF: SP Órgão julgador: Segunda Turma - Data da decisão: 25.3.08 - Documento: TRF 300152767 Fonte DJU de 18.4.08 - Página: 781 - Relatora: Juíza Cecilia Mello.)

Outro não é o melhor entendimento do TJMG:

Ação de busca e apreensão. Controle de constitucionalidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. Art. 267, inc. VI, § 3º, CPC. Sentença *ultra petita*. Rejeição. Decreto 911/69. Constitucionalidade.

Sendo a constitucionalidade da norma jurídica pressuposto de sua aplicação, sua declaração não só pode como deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte. A esse controle repressivo e judicial dá-se o nome de controle difuso de constitucionalidade, ou incidenter tantum.

O processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, no caso em tela a possibilidade jurídica do pedido, caso em que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, inc. VI e §3º, do CPC).

Não pode ser aquinhoadada de *ultra petita* a sentença que extinguiu o feito, fulcrada no ordenamento jurídico pátrio que permite ao julgador a extinção de ofício.

Numa mais profunda exegese, pode ser entendido que os §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, com alterações introduzidas pela Lei nº 10.931/04, não ofendem os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

O texto vigente do art. 3º do Decreto-lei 911/69 não sofre a pecha de inconstitucionalidade, eis que em se tratando de bem dado em garantia na alienação fiduciária, o qual não integra o patrimônio do devedor até o pagamento integral da dívida, o seu §1º não traduz confisco de bens. Já o § 2º do aludido dispositivo está tão somente mantendo a possibilidade de purga da mora, outrora prevista no § 1º do mesmo art. 3º, com a redação anterior ao advento da Lei nº 10.931/04. (Apelação Cível nº 1.0702.05.251853-8/001 - Comarca de Uberlândia - Rel. Des. Afrânio Vilela - Belo Horizonte, 8 de março de 2006.)

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Alíquota progressiva IPTU. Inconstitucionalidade. Reconhecimento de ofício. Substituição da CDA. *Tratando-se de matéria constitucional, que pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes*, mantém-se a decisão que, de ofício, reconhece a inconstitucionalidade da alíquota progressiva do IPTU, determinando a substituição do título exequendo. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0313.08.242258-2/001 - Rel. Des. Kildare Carvalho - 3ª Câmara Cível - DJ de 5.8.08.)

Execução fiscal. Tributo. Inconstitucionalidade. Declaração de ofício. Controle difuso. Possibilidade. *Ao magistrado é permitida a declaração, de ofício, de inconstitucionalidade de tributos municipais em sede de controle difuso.* (Apelação Cível nº 1.0313.08.243493 - 4/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Carreira Machado - Belo Horizonte, 11 de novembro de 2008.)

Apelação cível. Execução fiscal. *Reconhecimento de ofício da inconstitucionalidade dos tributos. Possibilidade. Taxa de limpeza pública. Ilegalidade. Ausência de especificidade e indivisibilidade. IPTU. Progressividade anterior à Emenda Constitucional nº 29/00. Desprovimento do recurso.* (Apelação Cível nº 1.0313.08.240584-3/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Roney Oliveira - Belo Horizonte, 25 de novembro de 2008.)

Embargos à execução. Honorários advocatícios. Controle difuso de constitucionalidade. Profissional nomeado como defensor dativo. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Valores devidos e fixados judicialmente. Aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Moralidade. - *Sendo a constitucionalidade da norma pressuposto de sua aplicação, a declaração não só pode como deve ser feita, de ofício, por qualquer julgador, desde que o processo tenha sido instaurado pela parte. - As certidões emitidas de acordo com a Lei Estadual nº 13.166/99, referentes aos processos em que o Estado foi parte, possuem eficácia de título executivo, a teor do disposto no seu parágrafo 2º do art. 10. - Os valores buscados a título de honorários advocatícios, referentes aos serviços profissionais prestados pelo advogado a pessoas carentes, ante a inexistência de Defensor Público local e atendendo à nomeação judicial, são devidos, também por aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural, que evoluíram para o princípio da moralidade administrativa.* (Apelação Cível nº 1.0287.08.037925-1/001 - Comarca de Guaxupé - Relator: Des. Geraldo Augusto - Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2008.)

Constitucional e tributário. Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Alíquota progressiva. Inconstitucionalidade. Reconhecimento. Controle incidental de constitucionalidade. Difuso e concreto. Possibilidade. É de se reconhecer a inconstitucionalidade do IPTU, diante da progressividade de suas alíquotas e em aplicação ao que preceitua a Súmula nº 668 do STJ. *Não se faz imprescindível a provocação do magistrado para o exercício do controle incidental de constitucionalidade difuso e concreto, tendo em vista a relevância de sua apreciação.* (Apelação Cível nº 1.0313.08.241082-7/001 - Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Barros Levenhagen - Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2008.)

Apelação cível. Embargos do devedor. Advogado dativo. Adequação do meio processual presente. Sentença. Controle difuso de constitucionalidade. Declaração de ofício. Admissibilidade. Honorários advocatícios. Lei Estadual nº 13.166, de 1999. Remuneração devida. Recurso não provido. 1. O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de Direito material trazido à solução judicial. 2. Havendo previsão legal conferindo força de título executivo à certidão emanada de decisão judicial e que constitui o crédito de honorários do advogado dativo, é adequado o procedimento de execução. 3. É permitido ao julgador, no controle difuso de constitucionalidade, declarar, de ofício, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo aplicável ao caso concreto. 4. Ao advogado dativo, nomeado pelo juízo para patrocinar os interesses da parte hipossuficiente financeira, são devidos os honorários advocatícios e que devem ser pagos pelo Estado em contrapartida aos serviços prestados. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou os embargos do devedor. (Apelação Cível nº 1.0451.08.009968-7/001 - Comarca de Nova Resende - Relator: Des. Caetano Levi Lopes - Belo Horizonte, 7 de abril de 2009.)

Consolida-se, pois, a visão de que o reconhecimento de ofício da inconstitucionalidade é função judicial típica, independentemente de manifestação das partes envolvidas no litígio. Diante da violação da Constituição, o magistrado não pode ficar como mero “despachante” das partes, esperando a arguição, quando estampa aos olhos a violação constitucional.

Essa a correta aplicação do controle da constitucionalidade difuso, que não colide com os princípios do Direito processual. Neste sentido a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (1993, p. 417):

Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do Direito.

Violada a Constituição, é natimorta a norma, pelo que, nas regras do Direito, não pode ser empregada na relação processual, ou como base a sustentação de qualquer pretensão direito.

Neste entendimento, mais que correta é imperiosa a atuação *ex officio* do magistrado para afastar a incidência da norma violadora da Constituição.

4 Conclusão

O presente trabalho buscou a demonstração de que contra a Constituição uma legislação não pode vigorar, ser aplicada e impor obrigação.

Não se olvida que esse é um preceito básico do Estado Constitucional, no qual há uma supremacia da Carta Magna, como garantia do Estado e dos indivíduos. Essa supremacia deve ser aplicada como princípio

primeiro do Direito, determinando uma ação imperiosa de seus operadores para afastar toda e qualquer norma inconstitucional.

Para tanto, os juízes, os advogados e o Ministério Público têm a obrigação de controlar a juridicidade dos atos jurídicos, cada qual no seu âmbito, mas impondo ataque e combate eficaz à inconstitucionalidade.

No caso da constatação de inconstitucionalidade de lei durante a lide, cumpre ao magistrado a conduta de ofício, afastando a norma que colide com a Constituição e retirando sua validade e efeitos, entre as partes envolvidas, diante dos efeitos do controle difuso.

No Brasil, em que o Executivo domina a criação de normas, o controle da constitucionalidade deve ser aplicado na sua forma mais eficaz, quer seja quando concentrado, quer seja difuso. Isso porque o efeito da norma inconstitucional pode resultar em grave dano social e econômico.

Assim, o controle difuso de ofício permite a exclusão, ainda que entre as partes do litígio, de norma inconstitucional, restabelecendo o direito nos limites da Carta Constitucional.

Fica, então, a lição de Michel Temer (1993, p. 40): “Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição”.

Assim, a decretação de inconstitucionalidade visa afastar a validação de atos baseados em lei inconstitucional. Isso, no controle difuso, entre as partes do processo, é possível e, mesmo de ofício, deve ser realizado pelo magistrado, a fim de equilibrar o direito das partes, em consonância com o Texto Constitucional.

5 Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Controle difuso da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental* (art. 5º, XXXV, da CF/88). Jus Navigandi. Teresina: ano 13, n. 1961, 13 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11949>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal: banco de dados. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 20 jan. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: banco de dados. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10 jan. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: banco de dados. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 5 jan. 2009.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/>. Acesso em 25 ago. 2008.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br/>. Acesso em 25 ago. 2008.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região: banco de dados. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em 27 ago. 2008.
- BUZAID, Alfred. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Controle da constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/control-de-constitucionalidade-no.html>. Acesso em 16 jan. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Elaborado em jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8186&p=3>. Acesso em 12 mar. 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., Tomo I, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: ERT, Tomo I, 1967.
- MOLAS, Isdre. *Derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.
- ROZICKI, Cristianne. Supremacia da vontade popular e alterações ao texto da Constituição da República. In *Caderno Goiano de Doutrina*. Goiânia: 6.3.99. Disponível em: <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a032.htm>. Acesso em: 8 jan. 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1993.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

...

Algumas considerações sobre a *locatio-conductio* (locação-condução)

Soromenho Pires*

Sumário: 1 Introdução. Os contratos no direito romano. 2 A *locatio-conductio*. Primeiras impressões sobre o instituto. 2.1 A *locatio-conductio rei*. Obrigações do locator e do conductor. 2.2 O objeto da *locatio-conductio rei*. 2.3 A responsabilidade e o risco na *locatio-conductio rei*. 2.3.1 Sobre a evicção da coisa locada. 2.4 Causas de cessação na *locatio-conductio rei*. A resolução e a caducidade. 2.5 A *locatio-conductio operis*. 2.6 A *locatio-conductio operarum*. 3 Conclusão. 4 Referências bibliográficas.

1 Introdução. Os contratos no direito romano

Podemos afirmar, com pouca chance de erro, que o contrato é dos institutos mais antigos que encontramos na história da humanidade, e isto se deve, dentre outros motivos, ao fato de que os objetos, utensílios e/ou alimentos são escassos dentro de um certo grupamento social, mostrando-se, por isso, necessário que exista meio pacífico para que esses bens possam movimentar-se dentro de um determinado ambiente.

Sob a ótica do *ius romanum*, seria um grande equívoco, ao contrário do que hoje ocorre, imaginar que todo acordo de vontades era capaz de produzir obrigações, isto porque o verbo *contrahere*, de onde derivou a palavra *contractus*, aplicava-se inicialmente em um sentido muito amplo, às vezes mesmo com sentido de *committere*, cometer, ou ainda como sinônimo de *constituere*, constituir. Assim é que nos primórdios do direito romano admite-se a possibilidade de que os romanos tenham utilizado a palavra *contractus* para designar a constituição do vínculo obrigatório independente da vontade, isto é, um vínculo jurídico, *vinculum iuris*, cuja obrigação dele decorrente, a *obligatio*, carecia apenas da prática de um ato solene, *nexum*. Isto posto, podemos dizer que o direito romano arcaico só conheceu os chamados contratos formais, onde a *causa civilis*, que conferia força obrigatória e consequências jurídicas ao ato, era a prática das formalidades prescritas, ritos jurídicos capazes de criar obrigações, podendo mencionar-se o *nexum* e a *sponsio* e, mais tarde, a *stipulatio*.

O primeiro, o *nexum*, que de modo geral podemos considerar como um empréstimo, era realizado por um ato *per aes et libram*, ou seja, pelo rito do cobre e da

balança, ritual que deveria dar-se na presença de pelo menos cinco testemunhas, no qual o devedor, que era quem falava, comprometia-se a pagar a dívida 'automancipando' (DI PIETRO, 1992, p. 256) seu próprio corpo, realidade esta que possibilitava ao credor, no caso de inadimplemento, a possibilidade da *manus iniectio*. O segundo, a *sponsio*, não passava de um rito contratual verbal que consistia em uma simples pergunta, 'Spondes?', isto é, 'Comprometes-te?', seguida, em caso afirmativo, da seguinte resposta, 'Spondeo', ou seja, 'Comprometo-me'. Registre-se, por parecer-nos válido, que, em relação à *sponsio*, somente o verbo *spondere*, e não outros, poderia ser utilizado para perfazer o negócio, isto devido a seu conteúdo originário estar ligado à religião, podendo apenas ser pronunciado por cidadãos romanos. Deste modo, frente à impossibilidade do uso da *sponsio* por parte dos estrangeiros, aparece-nos a terceira e última figura citada acima, que será a responsável por levar esta prática contratual entre os não-romanos, ou entre estes e um romano: a *stipulatio*, que nos moldes da *sponsio* consistia em uma pergunta, 'Promittis?', e uma resposta, 'Promitto', mas com a diferença de que neste caso não existia a obrigatoriedade da utilização de um específico verbo, podendo mesmo efetivar-se com a utilização de qualquer outro que transmitisse a mesma idéia, excetuando-se apenas o verbo *spondere*, visto este ser exclusivo da *sponsio*. Portanto, diferente do que aconteceu com o *nexum*, que logo acabou por cair em desuso, a *stipulatio*, por abraçar formalidades mais amenas, permitindo o uso de outros verbos além do *spondere*, continuou em vigor por muito mais tempo.

Por último, se seguirmos a classificação proposta por Gaius¹, vale dizer que no direito romano existiram quatro tipos de contratos: os verbais, os escritos, os reais e os contratos consensuais. Estes quatro, todavia, podem ser divididos, de uma forma mais ampla, em formais e não formais, na medida em que necessitem ou não da observância de uma solenidade, visto que o simples consentimento isento de cerimônia, na maioria dos casos, não era capaz de configurar um contrato, situação coerente com um sistema jurídico tão influenciado pelo formalismo religioso. Porém, mais tarde, sob influência do *ius gentium*², a jurisprudência romana passou a atribuir maior relevância à vontade das partes frente à ritualística, consagrando, assim, os contratos consensuais: compra e venda, *emptio venditio*; locação, *locatio conductio*; mandato, *mandatum*; e o contrato de sociedade, *societas*. Nas demais hipóteses, não se dispensava a supremacia da forma, visto que somente com o cumpri-

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFRJ (2004-2005). Advogado.

¹ Cf. Gaius, 3, 89: "Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensus".

² 2. Cf. I. 1, 2, 2.

mento de todos os requisitos é que se estabelecia a obrigação com a vinculação das partes, surgindo, então, o direito de ação.

2 A *locatio-conductio*. Primeiras impressões sobre o instituto

Embora sob certos aspectos, é verdade, a *locatio-conductio* e a *emptio-venditio* ofereçam grande analogia, visto que ambas servem-se das mesmas regras³, faz-se útil registrar que a origem daquele instituto, a *locatio-conductio*, permanece como um problema não resolvido pelos estudiosos do *ius romanum*, dúvida, quicá, carente de solução. Todavia, em termos gerais, como o objetivo que temos em vista é um estudo amplo sobre o instituto em análise, posto que conceituar sempre se mostrou perigoso, podemos afirmar que é a *locatio-conductio* um contrato⁴ consensual pelo qual, em troca de uma remuneração, contraprestação devida, um sujeito obriga-se a ceder a outro o uso e gozo de uma coisa, *locatio-conductio rei*, ou a prestar-lhe determinados serviços, *locatio-conductio operarum*, ou, ainda, a realizar-lhe uma obra, *locatio-conductio operis*⁵.

Como elementos pessoais da *locatio-conductio* temos a figura do *locator* e do *conductor* (D'ORS, 1960, p. 360), figuras estas que ocupam posições diversas nos três tipos de locação. Assim é que na *locatio-conductio rei* o *locator* é o locador, isto é, aquele que percebe a paga; e o *conductor* é o locatário, ou seja, o que recebe a coisa pagando em troca a *merces*. Na *locatio-conductio operis*, porém, é *locator* aquele que entrega a coisa ou os materiais e paga o estipulado, sendo *conductor* aquele que os trabalha, recebendo, por isso, o pagamento. Por último, na *locatio-conductio operarum*, quem desempenha o papel de *locator* é o trabalhador que põe seu trabalho à disposição em troca da remuneração, que, logo, caberá ao *conductor* pagar.

Como elementos reais temos a coisa, *res*: que no caso da *locatio-conductio rei* pode ser móvel ou imóvel; na *locatio-conductio operis*, é a obra; e na *locatio-con-*

ductio operarum é o trabalho; e o pagamento, ou seja, a contraprestação devida, *merces*, que deve ser *vera e certa* e cifrar-se em *pecunia*.

Contudo, embora esses três tipos se toquem em muitos aspectos, certo é também que se apoiam algumas vezes em características que lhes são próprias, adaptando elementos gerais às suas realidades. Por conseguinte, qualquer trabalho sentir-se-ia incompleto sem um detalhamento maior sobre a locação-condução, sendo por isso que após este breve introito sentimos a necessidade de um aprofundamento mais cuidadoso no intuito de não ignorar especificidades importantes para uma melhor compreensão da *locatio-conductio*.

2.1 A *locatio-conductio rei* ⁶. Obrigações do *locator* e do *conductor*

A *locatio-conductio rei*, contrato pelo qual uma pessoa, *locator*, obriga-se a ceder o uso e gozo de uma coisa a outrem, *conductor*, mediante o pagamento de um preço, *merces*, onde a coisa pode ser de qualquer natureza, móvel ou imóvel, contanto que não seja fungível, por ser um contrato sinalagmático, inevitável seria concluir que gera obrigações para ambas as partes contratantes. Importa saber, porém, quais são as obrigações relativas a cada uma das partes, visto que diversas, na medida em que ocupam polos opostos nessa relação contratual. Assim é que, na *locatio-conductio rei*, o *locator* tem como uma de suas obrigações, nem poderia ser diferente, pôr à disposição do *conductor* a coisa objeto do contrato, permitindo seu uso e gozo sem contratempos, visto que só assim o contrato atingiria seu propósito no que diz respeito à vontade do *conductor*. Situação esta que se mostra tão importante que seu não cumprimento faz surgir, por parte do locador, a obrigação de indenizar os danos e prejuízos ocasionados.

Outras obrigações que cabem à figura do *locator* são a de realizar as reparações necessárias para a conservação da coisa, de maneira que ela possa servir com seu objetivo específico estabelecido no contrato, e a de

³ 3. Cf. l. 3, 24, pr.

⁴ Esclareça-se que nem todo acordo de vontades era, em Roma, considerado contrato, senão somente aquelas relações às quais a lei atribuía o efeito de engendrar obrigações civilmente exigíveis. No direito justinianeu, contudo, o contrato é o acordo de vontades capaz de constituir uma pessoa em devedora de outra, incluídos como tais todos os negócios que tinham por fim a criação, modificação ou extinção de qualquer relação jurídica. GUZMAN Y ARGUELLO, Peña. *Derecho Romano*. Lima: Tea, 1965, p. 261.

⁵ Essa divisão tripartida não existe nem nas Instituições de Gaius, nem em algum dos 62 fragmentos que formam o título sobre a *locatio conductio* do Digesto (Cf. D. 19, 2), donde podemos concluir que, possivelmente, não fora assim tratada nem pela jurisprudência clássica nem pela justinianeia, opinião que, como muitos outros autores, seguimos. Todavia, com o transcurso do tempo, a categoria contratual da *locatio-conductio* sofreu uma evolução lógica e, por obra da pandectística, foi possível reconhecer três classes de contratos diferentes: *locatio-conductio rei*, *locatio-conductio operis* e *locatio-conductio operarum*. Contudo, não obstante essa diversidade, os autores mantiveram um tratamento nominal unitário. Assim é que, apesar de esquematizar-se a *locatio-conductio* em três modalidades diversas, a romanística atual prefere aceitar a doutrina da unidade, visto que o Direito Romano não conhecia diversas espécies de locação, senão uma relação unitária, um tipo contratual único.

⁶ Não ignoramos que a figura que agora estudaremos, a *locatio-conductio rei*, abarcava também alguns tipos especiais: a locação do *ager*, que se fazia a longo prazo, ou mesmo perpetuamente, mediante uma renda pública fixa; ou a locação do solo pertencente às cidades para que o locatário edificasse e desfrutasse do edificado, por um prazo também longo ou perpétuo, mediante o pagamento de uma renda ou *solarium*; ou a locação dos serviços de um escravo. Todavia, o estudo desses temas mostra-se inadequado no presente momento, visto que prejudicaria a compreensão simples do instituto que buscamos com este trabalho. Entretanto, no caso de existir uma curiosidade maior por parte do leitor sobre esta temática, indicamos para uma primeira leitura: D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 594-598.

reembolsar ao *conductor* os gastos necessários que este teve com a coisa⁷, bem como a de suportar o *periculum* no caso de perecimento da coisa ou dos frutos ou de uma *vis maior*⁸.

Por outro lado, também o *conductor* deve cumprir algumas obrigações, como a de efetuar o pagamento da renda, *merces*, conforme o acordado (D'ORS, 1960, p. 594), obrigação da qual o *conductor* só se livraria quando não pudesse fazer uso da coisa por circunstâncias de força maior⁹: como um terremoto ou uma inundação¹⁰. Da mesma forma, usar a coisa de acordo com sua natureza e destino constitui uma das obrigações do locatário, bem como restituí-la quando do término do contrato¹¹.

2.2 O objeto da *locatio-conductio rei*

Em uma primeira análise, no que diz respeito ao objeto da *locatio-conductio rei*, podemos dizer que este será sempre aquele que se encontra a ser utilizado pelo *conductor*. Todavia, embora verdadeira essa afirmação, dizer simplesmente que a coisa locada é o objeto deste contrato pouco contribui para um melhor entendimento sobre a matéria, visto que, apesar de correto, não nos revela quaisquer características. Assim é que, na tentativa de melhor delinear este estudo, afirmamos que somente a *res* pode ser locada.

Todos os tipos de coisas móveis são potenciais objetos da *locatio-conductio rei*, portanto, apresentam-se-nos uma grande gama de possibilidades: qualquer tipo de vasilhame¹², ou mesmo uma *res* para transportar carga¹³ ou um navio¹⁴. Também os *fundi* podiam ser objeto da locação, existindo mesmo um grande número de fontes a este respeito, o que nos leva à conclusão de que durante o período do principado a locação de terras se tornou a peça central no estudo da *locatio-conductio rei*. Ainda outros tipos de imóveis se valeram da locação: *Villa*¹⁵, *insula*¹⁶, *domus*¹⁷ e *cenaculum*¹⁸. Por último, vale

registrar que também os animais poderiam ser objeto de locação¹⁹.

Resta dizer, todavia, que algumas coisas não poderiam ser objeto de locação. Assim é que ninguém poderia locar uma coisa para si mesmo, de modo que, se assim procedesse, este contrato seria inválido. Também as servidões encontravam-se nesta exceção, uma vez que são destinadas ao uso comum, não podendo, por isso, ser objeto deste contrato.

2.3 A responsabilidade e o risco na *locatio-conductio rei*

Se considerarmos que a palavra *periculum* comporta, nas fontes romanas, dois possíveis sentidos, adequado será estudá-los separadamente, visto cada uma de suas acepções mostra-se distinta da outra. Assim é a responsabilidade, um dos significados admitidos pelo termo *periculum*, que pressupõe a culpa; enquanto que o risco aparece quando um evento superveniente impossibilita o cumprimento da obrigação, revelando-se uma força impossível de resistir²⁰.

Exemplifiquemos: se alguém locasse potes para o armazenamento de vinho e estes se mostrassem defeituosos para essa atividade, imperfeição esta que produziria a perda do líquido, o *locator* responderia pelos danos causados, soubesse ou não da existência de tais defeitos, pois existe neste caso um dever de diligência que exige do *locator* o conhecimento de que estes *dolia* não estariam aptos para guardar o produto em questão. Logo, estamos diante de uma responsabilidade que se funda na culpa. O mesmo ocorre quando alguém loca um *fundus* com o objetivo de exercer atividade pastoril e nele o gado do *conductor* vem a falecer por ter comido *herba mala* que se encontrava no terreno. Também aqui será responsável o *locator*, devendo este indenizar os danos sofridos pelo *conductor*, perdendo mesmo o direito de receber a *merces* que lhe era devida como contraprestação pela locação.

⁷ Cf. D. 19, 2, 55, 1.

⁸ É possível que a primeira Jurisprudência tenha reconhecido a obrigação de o *locator* indenizar ao locatário pelos danos causados a este em consequência de todo o sinistro. D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 10. ed., Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p. 594.

⁹ Cf. D. 19, 2, 15, 2: "...cui resisti non potest...".

¹⁰ Contudo, se no lugar de ser impedido o uso e gozo da coisa fosse apenas reduzido, a *merces* diminuiria proporcionalmente a essa redução, recebendo o *locator* apenas a parte restante. Fato semelhante ocorria também em relação à locação de imóveis rústicos, visto que nas colheitas más diminuía-se de maneira proporcional a *merces* a ser paga pelo *conductor*, diferença esta que seria compensada nas colheitas abundantes, o que é conhecido como *remissio mercedis*. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 594.

¹¹ Assinalado um período de duração para a *locatio-conductio rei*, este se finalizava quando da chegada da data acordada; contudo, admitia-se a renovação tácita, *relocatio tacita*, do contrato quando o *locator* não se opunha a ela, prolongamento este que era de um ano se se tratasse de *fundi* rústicos e indeterminado no caso de urbanos. Sobre mais aspectos acerca da *relocatio tacita*, vide PICHONNAZ, op. cit., p. 147-164.

¹² Cf. D. 19, 2, 19, 1 (1^a. Parte).

¹³ Cf. D. 19, 2, 60, 7.

¹⁴ Cf. D. 19, 2, 61, 1.

¹⁵ Cf. D. 19, 2, 25, 3.

¹⁶ Cf. D. 19, 2, 30, pr.

¹⁷ Cf. C. 4, 65, 5 (parte final).

¹⁸ Cf. D. 19, 2, 30, pr..

¹⁹ Cf. D. 19, 2, 30, 2.

²⁰ Cf. D. 19, 2, 15, 2.

Por outro lado, visto que até o momento somente analisamos casos relativos à responsabilidade, no caso do risco, *periculum*, o prejuízo relaciona-se com um fato que sobrevém ao contrato, acontecimento este que impossibilita o cumprimento da obrigação como, por exemplo, no caso de um imóvel já locado ter sido destruído por um incêndio, visto que a locação se resolverá, devendo o *conductor* apenas a renda que diz respeito ao período em que habitou a casa²¹.

Portanto, importa sempre conhecer quem será o responsável por suportar os danos oriundos de eventos capazes de acarretar um prejuízo na relação contratual: assim é que, existindo culpa, responderá aquele que agiu de forma negligente, sendo, por isso, responsável pela reparação do dano; e, sendo superveniente o ocorrido, regra geral, resolver-se-ia o contrato, ficando o prejuízo de cada uma das partes restrito ao seu próprio interesse.

2.3.1 Sobre a evicção da coisa locada

Estudo destacado dentro desta temática, todavia, requer a responsabilidade do *locator* no caso de evicção, visto que, como o *conductor* não é detentor de um direito real, muito menos possuidor da coisa locada, pois possui em nome do locador, não pode sequer fazer uso da proteção contra terceiros²², situação esta de grande fragilidade, pois, no caso de o locador reivindicar a coisa, só restará ao *inquilinus* ou ao *colonus* (PUGLIESI, 1994, p. 605) fazer uso da *actio conducti*. Entretanto, importante lembrar que apenas a evicção que se possa atribuir ao *locator* implica a sua responsabilidade por culpa, visto que, se assim não for, dever-se-á examinar o problema do risco.

Logo, bem podemos afirmar que a responsabilidade do locador, a partir da época pós-clássica, não é objetiva, dependendo, portanto, do conhecimento que o mesmo tem sobre o caso, visto que, se ignorar o fato de que a coisa é alheia, resolver-se-á o contrato, liberando o *conductor* e não recebendo mais a *merces* relativa à *locatio-conductio*; e, não o ignorando, responderá, então, pelos danos causados.

2.4 Causas de cessação na *locatio-conductio rei*. A resolução e a caducidade

Ao lado da idéia geral de que, quando uma das partes não cumpre, ou não pode cumprir, suas obri-

gações, à outra é possibilitado resolver o contrato, estão outras causas que possibilitam a resolução da *locatio-conductio rei*. Sob a ótica do *locator*, a resolução poderia ser pedida quando, durante dois anos, o *conductor* não efetuasse o pagamento da *merces*; por abuso ou deterioração da coisa²³; ou quando aquele, o locador, necessitasse da casa para si, fosse para habitá-la, fosse para reformá-la²⁴. Da parte do *conductor*, este podia valer-se da resolução quando o locador se atrasasse na entrega da *res*²⁵; por defeito(s) da coisa que impedisse, limitasse ou dificultasse o uso para o qual foi locada²⁶; e quando existisse um temor fundado de perigo²⁷.

Ao contrário da resolução, temos também como motivo da cessação da *locatio-conductio rei* a caducidade, visto que, como bem podemos imaginar, a chegada do prazo estabelecido pelas partes, que, regra geral, é de cinco anos e por tempo indeterminado no caso dos *fundj*, porá fim ao contrato de locação; contudo, oportuno registrar, a *locatio-conductio rei* não termina pela morte de uma das partes²⁸, exceto quando, estabelecido um prazo pelo locador, este vem a falecer durante o mesmo. E, assim como não se extingue pela morte, tampouco se extingue pela venda da coisa (TORRENT, 1967, p. 265).

2.5 A *locatio-conductio operis*

Dando prosseguimento ao estudo da figura da locação-condução, defrontamo-nos agora com o segundo tipo relativo a esse contrato: a *locatio-conductio operis*, que encontra sua origem no trabalho de artesanato livre romano, que consistia no pagamento de uma quantia em troca da feitura de uma peça, relação esta que desaparecerá com o advento da lei civil, visto que passará a ser abarcada pelo instituto da locação-condução. Assim é que, em poucas palavras, podemos dizer que a *locatio-conductio operis* é o contrato pelo qual uma pessoa, *conductor*, em troca de uma *merces*, obriga-se a realizar uma obra a pedido de outrem, *locator*, estando este, regra geral, encarregado de fornecer o material necessário para a empreitada, que pode traduzir-se em uma construção propriamente dita, na reparação de um edifício já existente, na medição de algo, na elaboração de uma obra artística.

²¹ Essa obrigação, o pagamento da *merces*, somente recairá sobre o *inquilinus* na hipótese de ele assim ter-se responsabilizado pela sua paga no caso de força maior. Cf. D. 19, 2, 9, 2.

²² Apesar de ser o locatário um simples detentor, não podendo, por isso, aproveitar-se da proteção interdital concedida ao possuidor, poderia, contudo, valer-se do *interdictum de vi armata*.

²³ Cf. C. 4, 65, 2.

²⁴ Cf. C. 4, 65, 3.

²⁵ Cf. D. 19, 2, 24, 4.

²⁶ Cf. D. 19, 2, 25, 2.

²⁷ Cf. D. 19, 2, 13, 7.

²⁸ Cf. I. 3, 24, 6.

Sendo assim, na *locatio-conductio operis*, o *conductor* tem como obrigação realizar a obra objeto do contrato no tempo estabelecido pelas partes²⁹, libertando-se desta apenas nos casos de força maior. Por conseguinte, não sendo aqui o trabalho a motivação do contrato, mas seu resultado, o *conductor* não está obrigado a realizar a obra por si mesmo, exceto quando sua escolha estiver relacionada a qualidades que lhe são próprias, podendo mesmo contratar terceiros para a realização do serviço, ficando, porém, responsável pela imperícia destes³⁰. Por esta razão é que a *locatio-conductio operis* não se extingue quando da morte do *conductor*, salvo se a obrigação for *intuitu personae*, personalíssima.

Por outro lado, as obrigações do *locator* traduzem-se no pagamento do preço convencionado pela obra, que deve ser entregue quando do término desta, se nada se convencionou ao contrário; e, quando couber, na entrega dos materiais necessários para sua realização, responsabilizando-se o *locator* pelos danos e prejuízos que o uso destes possa causar ao *conductor*. Por último, vale dizer que cabe ao *locator* suportar o risco pela perda da coisa em caso de *vis maior*.

2.6 A *locatio-conductio operarum*

Último elemento desta falsa tríade, temos na *locatio-conductio operarum* o contrato pelo qual uma pessoa, *locator*, vê-se obrigado a pôr sua atividade laboral em favor de outrem, *conductor*, recebendo em troca uma remuneração, *merces*. Destarte, por ser o *locator* pessoalmente responsável pela atividade, este tem como obrigação realizá-la de forma cuidadosa, devendo o *conductor*, em contrapartida, efetuar o pagamento do salário acordado que ao *locator* é devido, ainda que a atividade lhe seja impossível por motivos que lhe são alheios. Nota-se, por isso, que, ao contrário do que se dá com a *locatio-conductio operis*, aqui a justificativa do contrato é a atividade em si e não o seu resultado.

Acredita-se ter sido inicialmente um tipo de *locatio-conductio rei* onde o objeto era a própria pessoa do trabalhador, que poderia ser *sub potestate*, submetido ao poder de alguém - *dominus* ou *paterfamilias*, ou livre, visto ser possível ao homem livre locar sua atividade laboral sem diminuir sua personalidade e capacidade jurídica.

Assim sendo, este contrato extingue-se com a morte do *locator*, visto que se trata de um compromisso pessoal. Contudo, não se extingue pela morte do *conductor*, sendo mesmo transmissível aos seus herdeiros, que se veriam obrigados ao pagamento da *merces*.

3 Conclusão

Assim é que resta dizer que o presente estudo teve como objetivo analisar e evidenciar alguns dos principais aspectos acerca da *locatio-conductio*, visto que, para uma melhor compreensão do instituto da locação, da empreitada e do contrato de trabalho nos dias atuais, necessário é que se possua um conhecimento sobre sua origem. Observamos, ainda, cada vez que nos aprofundamos mais no estudo do *ius romanum*, que os ordenamentos jurídicos ibero-americanos, em muitos momentos, continuam a seguir o pensamento dos juristas romanos. Portanto, como não poderia deixar de ser, chegamos à conclusão de que os institutos romanos foram criados com tal perfeição que, mesmo depois de quase dois mil anos e uma imensa mudança em toda a estrutura social, ainda nós, povos ocidentais – mas não só, visto ter o direito romano influenciado também outras culturas, como, por exemplo, as asiáticas –, debruçamos sobre a fonte romana para saciar nossa sede.

4 Referências bibliográficas

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução espanhola da 10ª edição italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.
- BELLO RODRIGUEZ, Silvestre. La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Bruxelles, Office international de librairie, n. 49, p. 45-46, 2002.
- BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano* II. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1960.
- . *Teoria geral dos negócios jurídicos*. Tomo I, Coimbra: Coimbra, 1969.
- CRUZ, Sebastião. *Direito romano. (Ius romanum)*. 4. ed. Coimbra: Ed. do Autor, 1984.
- DI PIETRO, Alfredo. *Manual de derecho romano*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- D'ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*. 4. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004.

²⁹ Nada tendo sido acordado sobre o prazo, esta deveria ser realizada dentro do tempo normalmente utilizado. Cf. D. 19,2,58,1.

³⁰ Apenas com o intuito de argumentação, vale reparar que para valorar-se a culpa, essencial é ter em conta a própria finalidade do negócio estabelecido, visto que, se estamos diante de uma obrigação de dar, qualquer conduta pode acabar por resultar em culpa se impede seu cumprimento. Por outro lado, porém, tratando-se de uma obrigação que se relacione com a custódia, esta deverá valorar-se dentro de uma idéia de certa diligência que a mesma custódia implica, visto que aquele que tem que entregar deve também custodiar, como neste caso, o que nos faz pensar se esta responsabilidade não é no fundo uma responsabilidade objetiva.

_____. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1960.

_____. Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones. In: *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*. Vol. 1, p. 541-572, 1988.

FIORI, Roberto. *La definizione della locatio conductio*. Università di Roma La Sapienza. Napoli: Pubblicación dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo, 1999.

GUZMAN Y ARGUELLO, Peña. *Derecho romano*. Lima: Tea, 1965.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano (historia e instituciones)*. 11. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1993.

_____. *Derecho romano*. 12. ed. Madrid: Ariel, 1999.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad. esp. de José Santa Cruz Terjeiro. 2. ed. Madrid: Editorial Réus, 1982.

MIQUEL, Juan. *Periculum locatoris*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 81, p. 134-190, 1964.

PICHONNAZ, Pascal. *Quelques remarques sur la relocatorio tacita*. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Bruxelles, Office international de librairie, n. 49, p. 147-164, 2002.

PUGLIESI, Giovanni. *Locatio-conductio*. In: PARICIO, J. (Coord.). *Derecho romano de obligaciones*. Homenaje al Profesor José Murga Gener. Madrid: Editorial Centro de Estudios Kanón Areces, 1994.

RAINER, J. Michael. *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. Band 109, p. 505-525, 1992.

TORRENT, Armando. *Excepciones pactadas a la regla emptio tollit locatum*. *Temis: Revista de Ciência y Técnica Jurídicas*. Zaragoza, v. 21, p. 263-271, 1967.

...

O reconhecimento do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Direito Civil

Leandro Soares Lomeu*

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da acessão e o direito de superfície. 3 Conceitos e características do direito de superfície. 4 Direitos e obrigações. 5 O direito real de superfície no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade. 6 Conclusão. 7 Referências.

Resumo

Aduz-se que o *direito de superfície* atende à necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, acolhendo a propriedade de forma a cumprir o seu papel constitucional, a sua função social, bem como voltando-se para a preservação do meio ambiente, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio. Apresenta-se como um novo e importante instituto, consagrando em ordem louvável a função social da propriedade e a ordem urbanística, disposto tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em seu bojo que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem-estar social e o planejamento urbano.

Palavras-chave: direito civil; direitos reais; superfície.

Abstract

Adduce the surface right takes care of the necessity practical to allow the other people's construction in ground, receiving the form property to fulfill its paper constitutional, the social function of the property, as well as turning toward the preservation of the environment, allowing the transference, gratuitous or onerous, of the right to construct without reaching the domain. It is presented as a new and important institute consecrating in sequence praiseworthy the social function of the property and order urbanistic, as much when made use in the Civil Code how much in the Statute of the City, with mechanisms in its bulge that allow the use, for example, of the ground or unfinished building, in order to promote the longed for one welfare state and urban planning.

Keywords: civil law; rights in rem; surface.

1 Introdução

O crescimento natural da população, o êxodo rural e o desenvolvimento econômico são apontados como as principais causas do aumento da população urbana. E o problema fundamental é a falta de capacidade das cidades de lidar com esse crescimento urbanístico grandemente acelerado.

Localizado nesse contexto, encontra-se o *direito de superfície*, tema do presente trabalho, que cria, pelo menos, uma expectativa de possibilidade de transacionar a organização dos espaços urbanos, visto que agora é possível separar negocialmente o direito de construir do direito de propriedade do lote, pois quem constrói é o que recebe a concessão.

O instrumento do *direito de superfície* é valioso, porque amplia o leque de possibilidades de utilização da propriedade imobiliária com as garantias de um direito real. Daí se perceber a incontestável importância do trabalho, tendo em vista a contemporaneidade do que se pretende expor e as suas aplicações práticas. Essas aplicações ocorrem na esfera da autonomia da vontade dos pactuantes e, também, dos entes públicos quando tornam eficaz tal instituto, nos moldes do Estatuto da Cidade, ficando garantido o direito a cidades sustentáveis, especialmente quanto ao direito à terra urbana e à moradia, para as presentes e futuras gerações.

2 O direito de superfície e o princípio da acessão

O *direito de superfície* não é uma novidade. Na verdade, ele existiu no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, como forma de colocar no solo alheio o objeto do direito real autônomo de construir ou de plantar. Pode-se afirmar que

o direito de superfície repousou na concepção de que nem sempre o acessório segue o principal e que o princípio da acessão, como forma da aquisição da propriedade, pode ter exceções¹.

Clara é a explanação do professor Ricardo Pereira Lira acerca da acessão, ao afirmar:

Caracteriza-se a acessão pela união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico².

* Leandro Soares Lomeu é advogado em Minas Gerais. Mestrando em Direito (Relações Privadas e Constituição) pela Faculdade de Direito de Campos. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/MG. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce na cidade de Governador Valadares.

¹ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

² LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3.

A apreciação do *direito de superfície* passa necessariamente pelo exame do princípio da acessão, valendo-nos salientar que a acessão se afasta do *direito de superfície*, pois que, como brilhantemente nos leciona Ricardo Pereira Lira, “o direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão”³.

Coloca-se, dessa forma, uma interrupção à regra *superficies solo cedit*, que vigorou de modo absoluto no direito clássico romano, por força da qual tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência, senão juntamente, aditivada ao solo.

Assim, quando se constitui o *direito de superfície*, há um direito de propriedade do solo, o qual necessariamente continua a pertencer ao proprietário. Porém, o superficiário terá a possibilidade de exercitar a faculdade de edificar ou plantar sobre o terreno, com vistas a adquirir a propriedade superficiária, que lhe dá o direito de usar, gozar e desfrutar das edificações e plantações objeto da superfície. Isso porque,

uma vez extinto este, em virtude do caráter abstrato e elástico do direito de propriedade, recuperará sua eficácia o princípio *superficie solo cedit* e o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como as edificações e plantações existentes no imóvel⁴.

Assente é que, por força do fenômeno da acessão, tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento. Contudo, existindo a determinação do *direito de superfície*, duas pessoas podem convenicionar que a primeira possa construir sobre o terreno de propriedade da segunda, de tal forma que a edificação seja do domínio daquela e o lote permaneça no patrimônio desta. Uma tal situação era revestida de impossibilidade anteriormente à legislação atual, como demonstrado a seguir no julgado do ano de 1987 do Segundo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, a título exemplificativo:

Possessória. Imissão de posse. Impossibilidade jurídica do pedido. Construção destacada do solo. Reconhecimento. - O pedido de obtenção da posse das construções destacada da posse do solo constitui impossibilidade jurídica, pois em nosso direito civil não existe o direito real de superfície. Quem tem a posse das construções tem igualmente a posse do solo, onde estão edificadas. (2º TACSP, AI 202.205-00/9, 2º Câmara, Rel. Juiz Walter Moraes, julgada em 4.3.1987.)

Através do *direito de superfície*, é possível negocialmente separar o direito de construir do direito de propriedade do lote. Identificam-se duas propriedades: a propriedade do terreno, de que é titular o concedente, e a propriedade da construção (propriedade superficiária).

3 Conceito e características do direito de superfície

São dois, comumente, os sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Concede aquele primeiro a este último o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*).

Na linguagem comum, o termo “superfície” encerra o sentido de “camada mais elevada do solo”, assim como a “face exterior ou superior de uma coisa corpórea”. Não obstante, no sentido jurídico, o termo significa “tudo aquilo que está acima do solo e que dele emerge”.

Segundo o culto professor Ricardo Lira, o *direito de superfície* é

o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade - separada do solo - dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente⁵.

Para Marco Aurélio Bezerra de Melo, a superfície é

um direito real sobre coisa alheia que permite o desdobramento dos poderes inerentes à propriedade, à medida que uma pessoa, chamada de superficiário ou concessionário, exerce os poderes de uso e fruição no tocante à edificação ou plantação em terreno alheio e ainda a propriedade plena sobre a coisa incorporada em solo de outrem que se chama fundieiro ou concedente⁶.

Esclarecedor é o conceito de Caio Mário da Silva Pereira, ao afirmar que “o *direito de superfície* caracteriza-se como um direito real sobre coisa alheia, e se apresenta como um *desdobramento da propriedade*”⁷ (grifo nosso). Temos, aí, a idéia de que se trata de duas propriedades. E, com a celebração do *direito de superfície*, temos a propriedade superficiária.

Com o mesmo efeito, Marco Aurélio S. Viana afirma ser

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 9.

⁴ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004, p. 69.

⁵ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 11.

⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2002, p. 220.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeio. O que se assegura pelo direito de superfície é o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio⁸.

Conforme se aprecia nos conceitos apresentados, fica destacado que, para caracterizar o *direito de superfície*, é essencial o direito a ter uma edificação ou plantação em solo alheio, atribuindo a propriedade superficial do edificado ou plantado, o que, nos casos mais habituais, se dá de forma temporária. Tal se vê no teor do art. 1.369 do Código Civil, que muito se aproxima do conceito apresentado por Sílvia Rodrigues⁹:

Art. 1.369 - O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

De forma sucinta, José dos Santos Carvalho Filho define o *direito de superfície* como

aquele pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de utilizar a superfície de seu imóvel na forma pactuada no respectivo contrato¹⁰.

O *direito de superfície* atende à necessidade prática de permitir a construção em solo alheio. Dessa forma, acolhe a propriedade de modo a cumprir o seu papel constitucional, a sua função social. Além disso, volta-se para a preservação do meio ambiente, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio.

Em linhas caracterizadoras, o *direito de superfície* em regra geral será temporário, na forma do direito contempóaneo. Pode a superfície, contudo, ser temporária ou perpétua. Sendo temporária, ocorrerá ao final do prazo acordado a reversão da coisa superficial para o patrimônio do concedente. Quando perpétua, encerra prazo indefinido, como previsto no art. 21, *caput*, do Estatuto da Cidade, que dispõe quanto a prazo determinado e indeterminado.

Note-se que, quanto à duração da superfície, não é frequente que no direito moderno se admita a existência de direitos de superfície naturalmente perpétuos, esclarecendo acertadamente J. Miguel Lobato Gomes que

o caráter perpétuo dos direitos reais em coisa alheia não é facilmente compatível com os atuais sistemas econômicos, sociais e jurídicos¹¹.

Compreende-se que a superfície perpétua traz o inconveniente de retirar do instituto sua principal vantagem, a maleabilidade, a possibilidade de adequação às necessidades sociais de determinado período.

De entendimento contrário, o ilustre Sílvia Salvo Venosa afirma que em nosso sistema somente se permite a modalidade temporária, não podendo ser direito perpétuo. Tal afirmativa quiçá se apoie no *caput* do art. 1369 do Código Civil, onde se encontra presente tão somente a figura da superfície temporária.

Se o contrato for estipulado por prazo indeterminado, nos moldes do Estatuto da Cidade, o *direito de superfície* será perpétuo, sendo, inclusive, transmissível aos herdeiros do superficiário. A extinção do contrato, desse modo, só pode efetivar-se por fatores diversos do fator tempo, como o descumprimento de obrigações ou o desvio de destinação do uso pelo superficiário.

Vencida a discussão acerca da duração do contrato da superfície, passaremos a distingui-lo dos demais direitos reais, pois se trata de direito real autônomo, com características distintas.

Primeiramente, distingue-se o *direito de superfície* da enfiteuse, como expõe brilhantemente Ricardo Pereira Lira:

É diverso da enfiteuse, que é a maneira mais profunda de desdobramento da propriedade, por isso que o enfiteuticador entrega ao enfiteuta o uso, o gozo e até mesmo a possibilidade de transferir a terceiros essa gama de direitos elementares, mediante o pagamento de *laudêmio*. No direito de superfície não se encontra esse desdobramento, e a transferência dos direitos a terceiro pelo superficiário se dá sem o pagamento de qualquer *laudêmio*¹².

Na verdade, a superfície surgiu para substituir a enfiteuse, banida pela nova codificação, nos termos do art. 2.038 do Código Civil.

De igual forma, no usufruto, o nu-proprietário atribui ao usufrutuário o uso e gozo da coisa, desdobramento que igualmente não ocorre no *direito de superfície*. Da mesma forma, difere da servidão, visto que neste instituto há a necessidade de identificar o imóvel dominante e o imóvel serviente, o que não é visto no *direito de superfície*. Elucidativa é a doutrina de Dilvanir José da Costa:

O instituto mais próximo da superfície, que pudesse substituí-lo eventualmente na prática dos negócios, seria a constituição do direito real de usufruto temporário sobre o terreno e sobre as acessões previstas, a serem executadas pelo usufru-

⁸ VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. Sálvia de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2003.

⁹ RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002, p. 275.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.

¹¹ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Op. cit.*, p. 75.

¹² LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In: *Revista Forense*, v. 364, p. 252.

tuário. A fim de contornar a extinção do usufruto com a morte do usufrutuário, o contrato seria feito com uma pessoa jurídica, que poderia normalmente usufruir do imóvel e até ceder a terceiro o exercício do usufruto. A aproximação seria maior do que na locação, sobretudo pela natureza real, mas restariam distinções básicas. O usufruto incide sobre o solo e as acessões de forma inseparável ou indivisível. A superfície permite a cisão da propriedade em dois direitos reais distintos e autônomos: o solo e as acessões. Donde os efeitos práticos: alienação, oneração, inclusive com usufruto e hipoteca, do direito real de superfície, com eficácia durante a vigência deste. Essa autonomia representa poder de retorno ou recuperação do investimento, tão importante no mercado que exige garantias reais. O usufrutuário não pode oferecer essas garantias sobre o usufruto inalienável e impenhorável¹³.

Evidencia-se que o *direito de superfície* é um direito real autônomo, não podendo ser reduzido à categoria dos demais direitos reais limitados sobre o imóvel alheio. Assim, uma vez concedido, o edifício construído ou a plantação feita pertencem exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário.

Mesmo que se assemelhe com alguns direitos reais limitados, como, por exemplo, o usufruto e a servidão, o fato é que, como afirmado, o *direito de superfície* se apresenta como direito autônomo, não se confundido com nenhum outro.

Quando se tratar de superfície remunerada, a importância será paga de uma só vez ou periodicamente pelo concessionário ao concedente, e é denominada de “*solarium*” ou “*cânon superficiário*”. Nada impede, contudo, que a superfície seja formalizada por meio de forma gratuita.

Ainda quanto aos direitos e obrigações desse instituto, cabe-nos acrescentar a redação recente do enunciado nº 321, aprovado na IV Jornada de Direito Civil pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 321 - Art. 1.369. Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel¹⁴.

Expressamente, determinou também o art. 1.370 do Código Civil, quanto às obrigações dos contratantes superficiários, que, se a concessão for onerosa, as partes estipularão se o pagamento será feito de uma só vez ou parceladamente.

Quanto aos encargos e tributos, o art. 1.371 do Código Civil prevê que o superficiário responderá pelos

encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Por sua vez, o parágrafo terceiro do art. 21 do Estatuto da Cidade estatui que é o superficiário responsável pela integralidade dos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária e, proporcionalmente, à sua parcela de ocupação efetiva do imóvel. Sobre esse ponto, aprovou-se o enunciado nº 94 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 94 - Art. 1.371. As partes têm plena liberdade para deliberar no contrato respectivo sobre o rateio dos encargos e tributos que recairão sobre a área incidida¹⁵.

4 Direitos e obrigações

Como afirmado, em nosso ordenamento jurídico brasileiro temos a Lei nº 10.257, de 10.7.2001, denominada “Estatuto da Cidade”, e os arts. 1.369 a 1.377, que cuidam do *direito de superfície*. Trata-se da lei especial que estabelece diretrizes gerais sobre a política urbana, na forma de um microsistema.

Podemos enumerar alguns direitos e obrigações dos proprietários do solo, a saber: a utilização da parte do imóvel que não constitui objeto do *direito de superfície*; o recebimento do pagamento pela cessão, caso tenha sido ajustada; a preferência em caso de alienação da coisa superficiária; a resolução da superfície antes do advento do termo, se temporária, se o superficiário não edificar ou plantar no tempo estipulado, ou se edificar contrariamente ao pactuado, ou, ainda, se destinar a superfície de forma diversa à originariamente concedida; não praticar atos que impeçam ou prejudiquem a concretização ou livre exercício do *direito de superfície*; dar preferência ao superficiário na aquisição da propriedade do solo.

Por outro lado, podemos destacar direitos e obrigações dos superficiários, tais como: utilizar da superfície do solo de outrem; usar, gozar e dispor da construção ou da plantação superficiária como coisa própria, separada da propriedade do solo; onerar com ônus reais a construção ou plantação; exercer o direito de preferência na aquisição do solo, caso o proprietário pretenda aliená-lo; reconstruir a edificação ou refazer a plantação; pagar a remuneração, denominada de *solarium*, no caso de superfície remunerada; pagar os encargos e tributos que incidirem sobre a obra superficiária; conservar a obra superficiária; e conceder preferência ao proprietário do solo quanto à aquisição da propriedade superficiária.

¹³ COSTA, Dilvanir José. *Sistema de direito civil à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 483.

¹⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

¹⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

Em caso de inadimplemento quanto à obrigação assumida, é viável a resolução. Pode-se, no entanto, executar as prestações pendentes. Tal como afirma Arnaldo Rizzardo:

Ingressa-se com o competente processo de execução, efetuando-se a constrição, por meio de penhora, para garantir a satisfação do crédito, nas construções e plantações erigidas no terreno. São as mesmas, após decorrido o prazo de embargos, ou julgados estes improcedentes, e depois da devida avaliação, levadas a hasta pública, para apurar-se o montante necessário ao pagamento das obrigações devidas¹⁶.

5 O direito real de superfície no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade

O instituto da superfície foi contemplado pelo Código Civil de 2002, após ter sido banido pela Lei nº 1.257, de 24.9.1864, e, após longo prazo de silêncio, estatuído pelo Código Civil de 1916. Encontrou o seu devido reconhecimento no Estatuto da Cidade, de 2001, que tentou configurá-lo como um novo instrumento de política urbana e habitacional.

O rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil dispõe expressamente, como direito real, na nova sistemática do direito contemporâneo, o *direito de superfície*. Com Título próprio, aparece no Livro III do Direito das Coisas, na nova sistemática cível do nosso ordenamento jurídico, a partir dos arts. 1.369 e seguintes daquele Código.

Tais dispositivos legais asseguram que o proprietário, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis, podendo essa concessão ser gratuita ou onerosa.

Poderá o *direito de superfície* ser transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, sem que o proprietário do solo possa estipular o pagamento de qualquer quantia pela transferência. Por outro lado, em caso de alienação do imóvel ou da superfície, como vimos, o superficiário, bem como o proprietário do solo, têm de respeitar a temática do direito de preferência, reciprocamente.

Como retratado, o Estatuto da Cidade foi quem primeiro reinseriu o instituto entre nós. Todavia, não era ainda elencado no rol do *numerus clausus* dos direitos reais. Sua inserção no rol somente se deu com a codificação de 2002.

Questiona-se sobre a aplicação e regulamentação das duas leis simultaneamente sobre o instituto, ou,

ainda, segundo citação de Sílvio de Salvo Venosa, “é de se perguntar se, no conflito de normas, o novo código, como lei posterior, derrogará os princípios do estatuto”¹⁷. Entretanto, cabe-nos esclarecer que, ante a colisão dos dispositivos legais, o novo Código Civil encontra-se posto como norma geral, e o Estatuto da Cidade, como microsistema, sob enfoque de norma especial. E ainda: quando se referir no caso em concreto a uma propriedade urbana, aplicar-se-á o Estatuto da Cidade e, subsidiariamente, o Código Civil; em caso contrário, tratando-se de uma propriedade rural ou agrícola, aplica-se o Código Civil e, subsidiariamente, o Estatuto da Cidade.

Acrescenta Lucas Abreu Barroso que,

deste modo, não temos dúvida de que não houve qualquer revogação e que as duas formas de superfície coexistem em nosso ordenamento jurídico¹⁸.

Traços esclarecedores foram dispostos pelo Enunciado nº 93, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a saber:

Enunciado 93. Art. 1.369. As normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano¹⁹.

Dessa forma, o Código Civil cuida da exploração mais restrita do solo, somente para construção ou plantação, podendo o imóvel ser urbano ou rural, e a cessão ser por prazo determinado apenas. Enquanto isso, no Estatuto da Cidade, a exploração do solo é mais ampla, desde que atendidas as regras de política urbana. Nesse caso, o imóvel pode ser apenas o urbano, e a cessão, por outro lado, pode ser por prazo tanto determinado quanto indeterminado.

Destaque importante ainda deve ser feito acerca de tais distinções, quando necessariamente temos que invocar o art. 1.377 do Código Civil, que afirma poder o *direito de superfície* ser constituído por pessoa jurídica de direito público interno, regendo-se nesses casos pelo novo Código Civil no que não for diversamente disciplinado em lei especial.

Quanto ao prazo, o Código Civil estipula prazo determinado, enquanto o Estatuto da Cidade estabelece prazo determinado ou indeterminado, como abordado aqui, em linhas anteriores.

Note-se que há a possibilidade de a superfície se constituir por cisão, tal é a redação apresentada por

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 411.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 382.

¹⁸ BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/1jornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

Marise Pessoa Cavalcanti, ao afirmar, acerca da cisão, que se trata da

propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem do solo, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente²⁰.

Tal plasticidade se deve ao fato de a estrutura da relação superficiária poder partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa, ou, ainda, nascer complexa, como se vê na cisão, tal como assevera o distinto Ricardo Pereira Lira²¹.

Os referidos termos foram também abraçados no Enunciado nº 250 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, em que ficou estatuído: “admite-se a constituição do direito de superfície por cisão”.

Aspecto importante merece ser apreciado quanto ao uso do subsolo ou espaço aéreo. O parágrafo primeiro do art. 21 do Estatuto da Cidade estabelece que o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. Já o parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Sendo assim, indaga-se: qual seria a solução, diante do silêncio do Código Civil, para o uso do espaço aéreo relativo ao terreno?

O Código Civil estabelece, no art. 1.229:

A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondente, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Encontramos, pois, resposta para a dita indagação, quando visualizamos a propriedade, de uma forma geral, tal como contemplada no Código. Leciona Ricardo Pereira Lira, em parecer sobre direito de superfície alusivo à aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo:

Não se pode aceitar que o espaço aéreo e o subsolo não estejam abrangidos na propriedade do solo. Estão, evidentemente, com as limitações indigitadas²².

De forma semelhante, e caminhando em harmonia, encontram-se o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à instrumentalização formal e à necessidade imperiosa do registro do direito de superfície.

Na redação do art. 1.369 do Código Civil está que o pacto do direito de superfície será realizado “mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. O mesmo sentido foi consagrado no Estatuto da Cidade, ao afirmar, em seu art. 21, *caput*, que o proprietário urbano poderia conceder o direito de superfície “mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

Quanto aos direitos reais, é notório que a transferência entre vivos da propriedade se dará mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. De outra forma, não poderia ser com o direito de superfície.

Esse requisito formal é inderrogável pela vontade das partes. Sobre isso:

Se o vínculo entre o dono do solo e o superficiário resultar apenas do contrato em si, terá natureza meramente obrigacional, e não terá os efeitos e as garantias atribuíveis aos direitos reais. Pode-se dizer, assim, que a escritura pública é da substância do negócio jurídico: sua ausência acarreta a nulidade²³.

Desse modo, a vontade das partes deve ser formalizada através de escritura pública e, conseqüentemente, do devido registro imobiliário. E, como a regra tem relação com o registro público, o Estatuto alterou o art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973, determinando o acréscimo do item nº 39, ou seja, a constituição do direito de superfície de imóvel urbano.

Nesse contexto do Código Civil e do Estatuto da Cidade, podemos perceber que, em grande parte, as mudanças de cunho social culminaram com a Constituição de 1988, que, entre os destaques que nos interessam, trouxe a função social da propriedade, expressa no art. 5º, XXIII, além das menções feitas nos arts. 183 e 191, estabelecendo formas de uso em obediência à função social.

Em datas recentes, surgiram leis que colocaram em destaque o princípio da função social da propriedade. O Estatuto da Cidade trouxe em seu bojo mecanismo sobre a utilização do solo com o fim de promover o bem-estar social. O Novo Código Civil também absorveu essas mudanças e veio ratificar o segmento.

Dentro desse enfoque, a figura do direito de superfície foi inserida em nosso ordenamento, mostrando pos-

²⁰ CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

²¹ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 56.

²² LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.11, jul./set., 2002, p. 200.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 151.

suir grande relevância, ao atuar como uma das formas de se conseguir que a propriedade alcance sua função social.

Pode-se, a título exemplificativo, citar o caso de uma municipalidade que, titular de uma gleba, dá em superfície a uma empresa a área superior para construção de um hospital de grande porte, a ser explorado pela dita empresa pelo prazo que lhe convier, findo o qual o complexo hospitalar ingressará gratuitamente no patrimônio da municipalidade. E, na mesma gleba, a municipalidade poderá conceder o subsolo em superfície, para implantação de uma imensa área de estacionamento, a ser utilizada, remuneradamente, pelos usuários do hospital²⁴.

Pode-se entender que no Direito brasileiro existe uma dupla modalidade superficiária, deduzindo que unicamente são de aplicação direta ao *direito de superfície urbanística* os preceitos do Estatuto da Cidade, enquanto os do Código Civil somente se devem aplicar à superfície comum ou ordinária. Também se poderia admitir uma certa intercomunicação entre ambas as regulamentações, de modo que a disciplina estabelecida no Código, além de regular a superfície comum ou ordinária, servisse como direito supletivo do Estatuto da Cidade para completar a disciplina urbanística. Entretanto, o mais adequado é pensar que ambas as regulamentações se integram em um todo orgânico, o ordenamento jurídico brasileiro, e, em consequência, deve-se proceder a uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada de todo o complexo relativo ao tema²⁵.

6 Conclusão

O instituto do *direito de superfície*, apresentado como direito real imobiliário em nosso atual Código Civil, e reinserido em nosso ordenamento com o Estatuto da Cidade, trouxe novas perspectivas de reformulação da propriedade imobiliária. Tornou-se possível conceber a propriedade superficiária distintamente da propriedade do solo, específica do concedente, constituindo-se, nesses moldes, incentivo à construção civil, com ensejo à mitigação do grave problema da crise habitacional no País, bem como à criação de novos empregos. Não resta a menor dúvida de que o *direito de superfície* se mostra com grande conveniência para uma maior dinamização do domínio, resultando, por via de consequência, em maior proveito do solo improdutivo ou inculdo e, no plano técnico-jurídico, em possibilidade de atendimento a situações concretas que vêm sendo consolidadas de modo totalmente irregular.

Apresenta-se o *direito de superfície* com características próprias, limitado e autônomo, permitindo construir ou manter construções, ou conservar ou assentar plantações, em solo alheio, em caráter temporário ou indeterminado. Contemplado no novo Código Civil, apresentou-se tal direito como um novo e importante instituto, suspendendo-se o efeito aquisitivo do princípio da acessão, ou seja, a *superfícies solo cedit*.

O *direito de superfície* veio consagrar em ordem louvável a função social da propriedade, tanto quando disposto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade, com mecanismos em seu bojo que permitem a utilização, por exemplo, do solo ou de prédios inacabados, a fim de promover o almejado bem-estar social.

Apesar de não encontrar tradições no cotidiano brasileiro, visto que o *direito de superfície* não integra o rol dos direitos reais admitidos pelo ordenamento brasileiro, desde o ano de 1864 se percebe que sua reintrodução no ordenamento jurídico em vigor é excelente. Isso porque constitui categoria relevante do ponto de vista jurídico e social e, principalmente, por encerrar um conteúdo que garante maior proteção à pessoa humana e a seus direitos fundamentais, tal como o é a moradia.

7 Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *1 Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acesso em 26.7.2007.

_____. *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Dilvanir José. *Sistema de direito civil à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 483.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004.

²⁴ Exemplos esclarecedores expressados pelo brilhante Prof. Ricardo Lira, no prefácio da obra *Superfície compulsória*, de Marise Pessoa Cavalcanti, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁵ GÓMEZ, J. Miguel Lobato.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo, in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul./set. 2002.

_____. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito de superfície e o novo Código Civil, in *Revista Forense*, Separata, p. 364.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 5, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2003.

...

Do fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência segundo a Lei 11.101/05

Simone Cristine Araújo Lopes*

Sumário: 1 Introdução. 2 Situação jurídica das sociedades empresárias e da massa falida. 3 A figura do sujeito passivo da obrigação tributária. 4 Multas tributárias com finalidade punitiva. 5 A intranscendência das penalidades na falência: fundamento constitucional. 6 As súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre multas fiscais na falência: precedentes. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Com o advento da Lei 11.101/05, denominada “Lei de Recuperação de Empresas e Falência”, há o entendimento, corrente em certos meios acadêmicos, de que não é mais possível a exclusão da multa tributária do quadro de créditos no procedimento falimentar. Isso por conta de dispositivo previsto no referido diploma legal.

O presente artigo visa a demonstrar que, em verdade, não houve alteração da sedimentada jurisprudência a respeito. Ao contrário, houve reforço no entendimento doutrinário e dos Tribunais da impossibilidade de transferência de penalidade a terceiro por sucessão, em respeito ao princípio da intranscendência das penas, inclusive tributárias, que retira sua validade da própria Constituição.

2 Situação jurídica das sociedades empresárias e da massa falida

Sabe-se que o instituto da falência é aplicável apenas e tão somente às sociedades empresárias, denominadas, simplesmente, como “devedor” para os fins da Lei 11.101/05 em seu art. 1º.

Assim, logo se verifica que só podem falir as pessoas jurídicas de direito privado, excluídas aquelas dispostas no art. 2º da mesma lei.

Mas, deve-se, ainda, distinguir a sociedade empresária daquela intelectual, ou, no atual Código Civil, sociedade simples. É que, no art. 966 do Código Civil de 2002, denomina-se o empresário excluindo as atividades ditas intelectuais, científicas, literárias ou artísticas, “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único do art. 966, CC/02).

Isso porque as sociedades de atividade eminentemente intelectual só podem se constituir como sociedade civil (equivalente à sociedade simples do novo Código

Civil). Nesse sentido, veja-se o que diz o Prof. Dr. Vinícius Gontijo sobre o tipo “empresário” e por que alguns agentes estão excluídos de seu conceito:

Estes elementos [do conceito de empresário] são: a) profissionalismo; b) atividade econômica; c) organização; e d) produção ou circulação de bens ou serviços.

No entanto, para a compreensão do que seja empresário não nos basta verificar a presença dos quatro elementos fático-jurídicos prescritos pelo art. 966 do CC. De fato, há casos em que, ainda que presente todos os elementos legais, a pessoa natural ou jurídica não será considerada empresária por força da exclusão determinada pelo parágrafo único do art. 966 do CC, impondo-se o seu estudo para a melhor compreensão do ‘empresário’ a que nos dispusemos neste nosso trabalho.

Omissis.

Para que se compreenda a exclusão prescrita pelo parágrafo único do art. 966 do CC, há que se ter em mente a velha discussão acerca da unificação do direito privado travada entre Cesare Vivante e Alfredo Rocco, brilhantemente sintetizada por João Eunápio Borges.

Como se sabe, o direito empresarial tem dentre os seus princípios o *individualismo* e a *oneriosidade* presumidos nas relações. Isso gera no empresário uma mentalidade, uma ética, um estado de espírito e atitudes diversas daquelas do cidadão comum. [...]

Cesare Vivante propôs a unificação do direito privado, mas Alfredo Rocco foi analisando e impugnando todos os argumentos colacionados por Vivante, e com isso demonstrando a impossibilidade, à época, da unificação. O próprio Cesare Vivante termina por assumir o equívoco doutrinário e, na quinta edição de seu monumental *Trattato del diritto commerciale*, fundamentando-se basicamente na ‘diversidade de espírito’ que havia entre o comerciante e o civil e à qual já nos referimos, concorda com Alfredo Rocco e se diz favorável à manutenção da divisão do direito privado.

Sabe-se, perfeitamente, que o Código Civil atual não unificou o direito privado, mantendo a dicotomia do direito empresarial e do direito civil, conservando diversidade de regulamentos, princípios, institutos etc. Da mesma maneira, o legislador *excluiu expressamente* da compreensão do que seja *empresário* pessoas que possam até mesmo exercer profissionalmente uma *atividade econômica*, devidamente organizada de *produção ou circulação de bens ou serviços* e que, em tese, estariam compreendidas como empresárias, pois teriam todos os atributos prescritos pelo *caput* do art. 966 do CC brasileiro.

Omissis.

Por outro lado, essa ‘diversidade de espírito’ em atos, ética, comportamento, etc. o legislador brasileiro não vislumbrou absorvida por aqueles que exercem atividade *intelectual*, pouco interessando se de natureza artística, literária ou científica. Daí a exclusão contemplada no parágrafo único do art. 966 do CC, que tem evidente conotação ética.

Omissis.

Quando o legislador do Código Civil prescreveu que o exercício da profissão intelectual não seria considerado objeto simples caso constituísse elemento de empresa, ele quis dizer que, se o exercício desta atividade estiver inserido na linha de produção da pessoa (natural ou jurídica), ela não estaria

* Bacharela pela UFMG. Especialista em Direito Tributário. Mestranda em Direito Público pela PUC/MG, com apoio da Fapemig. Advogada. Professora..

excluída da compreensão de empresária. Logo, seria uma pessoa empresária, mesmo tendo atividade intelectual como elemento (trabalho) de empresa (GONTIJO, 2005, p. 154-159).

Veja-se que o empresário, tal como definido no *caput* do art. 966, CC/02, é aquele que exerce a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços com estado de espírito eminentemente comercial, o que não é o caso do trabalho intelectual.

E, quando se fala em atividade econômica organizada, está se referindo a um conjunto de fatores que compõem a empresa, tais como o capital, trabalho.

O elemento de empresa que o dispositivo trata no conceito de empresário se refere aos casos, por exemplo, em que um profissional liberal trabalha como parte integrante de uma empresa, como funcionário.

Esclarecido esse ponto nevrálgico para o Direito de Empresa – como é o conceito legal de empresário –, importa, por fim, afirmar que, como é de comezinho saber jurídico geral, a pessoa do sócio se distingue da pessoa jurídica da sociedade.

Tal constituição de personalidade jurídica distinta, própria a adquirir direitos e deveres, se dá, conforme melhor doutrina, com o contrato social, sendo o registro mero ato declaratório (arts. 967 e 983, CC/02).

Essa situação jurídica perdura enquanto não houver qualquer desconstituição do *status quo* legal atribuído. A desconstituição ocorre, por exemplo, com a superveniência da figura da massa falida. Isso porque, com a decretação da falência (e não mera declaração da falência, sem conotação desconstitutiva, como se pode verificar), passa a existir a figura daquilo que a doutrina convencionou denominar “massa falida subjetiva” e “massa falida objetiva”. Veja-se:

A falência, vale dizer, a possibilidade de o Estado intervir para a busca de uma solução na situação de insolvência de devedor empresário justifica-se como uma opção valorativa do legislador, que viu nas conseqüências do encerramento das atividades da empresa efeitos negativos para uma série de sujeitos de direito.

Omissis.

A locução massa falida pode ser usada em dois sentidos: massa falida objetiva e massa falida subjetiva. A primeira se forma a partir do momento em que é decretada a falência, em razão da perda da administração dos bens pelo devedor, o afastamento do falido. No estado falimentar, o empresário não pode exercer as faculdades de proprietário em relação aos seus bens, muito embora preserve sua propriedade até que eles sejam encaminhados à venda judicial.

Massa falida objetiva é, então, o conjunto de bens que tem como peculiaridade serem todos de propriedade do empresário, cujo titular não detém mais sua posse e administração, que estarão em mãos do Estado. A massa falida objetiva é uma universalidade de direito sujeita a um novo regime jurídico incidente a partir da decretação da falência. Massa falida subjetiva é o conjunto de sujeitos de direito

constituído, segundo a previsão normativa, unidos pelo interesse comum quanto à sorte dos bens do falido. Logo, é o conjunto dos credores do devedor falido, devidamente habilitados (BERTOLDI; RIBEIRO, 2006, p. 557)

Sendo assim, fica claro que a figura da massa falida é distinta do empresário falido, muito embora este possua personalidade jurídica e aquela, não. Trata-se de uma das inovações jurídicas para garantir a finalidade do instituto, que é o pagamento dos créditos devidos pela sociedade empresária sobre a qual sobreveio a falência.

A natureza jurídica da massa falida constitui um dos ‘mistérios’ do direito. Não constitui a massa pessoa jurídica, pois os bens que passam a compô-la não lhe são transmitidos. [...]

Segundo Miranda Valverde trata-se de ‘patrimônio do falido submetido a um novo regime legal’ e para Rubens Requião um ‘patrimônio separado’ [...]

É a massa falida, portanto, um patrimônio separado, afetado a um determinado fim, especificamente destinado pela lei ao pagamento igualitário dos credores (GUIMARÃES, 2007, p. 84-85).

Claro está que não se trata de uma dissolução da sociedade com a superveniência da massa falida, muito embora um dos objetivos da falência seja a extinção da pessoa jurídica falida, que pode, inclusive, não se implementar. É o caso das falências superavitárias, nas quais os sócios da antes massa falida poderão prosseguir com o empreendimento, ou seja, manter a sociedade empresária, ou, simplesmente, dissolvê-la.

Assim, passado o termo da falência em juízo, os bens remanescentes retornam ao patrimônio dos sócios, na sociedade. Eles poderão manter as atividades societárias, tal como antes, adequá-las ou, ainda, fechar o negócio como qualquer outro, dado o direito constitucional de livre iniciativa privada.

Feito esse esclarecimento, assente na legislação vigente, conclui-se pela distinção entre a figura da sociedade empresária – ou, simplesmente, empresário – e a massa falida.

3 A figura do sujeito passivo da obrigação tributária

Entre as hipóteses para a incidência do tributo, tem-se o sujeito passivo da obrigação tributária.

O art. 121, CTN dispõe que o “sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”. Tal sujeito pode ser contribuinte, “quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” e pode ser responsável, “quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

Dessas disposições legais, deve-se distinguir a situação da sociedade empresária antes e depois da decretação da falência.

Isso porque, antes da falência, se estará diante de uma pessoa jurídica apta a praticar atividades que encontrarão subsunção na hipótese de incidência tributária, que a obrigará a um pagamento de tributo. Se descumprir tal obrigação tributária, além de configurar o inadimplemento, que poderá desembocar numa execução fiscal, haverá, ainda, as penalidades tributárias próprias, de cunho pecuniário ou meramente político, como são as positavações em certidões de débito fiscal. Logo, a sociedade empresária - e só ela - arcará com as consequências.

Já depois da falência, figura a massa falida como sujeito passivo tributário dos fatos geradores que tenham cumprido todos os requisitos de hipótese de incidência tributária. Logo, a massa falida é contribuinte quando pratica fatos geradores que obrigam a um pagamento do tributo desde que realizados durante a sua existência jurídica. Por isso a previsão do art. 134, V, CTN, quando afirma ser o síndico (substituído pela denominação “Administrador Judicial” nos termos da Lei 11.101/05) responsável solidariamente pelos tributos devidos pela massa falida, excluídas as penalidades como afirma o parágrafo único do mesmo art. 134, CTN.

É que, ao contrário do imaginário popular, há casos de massas falidas que continuam a operar no mercado, durante todo o processo de falência e, por esse motivo, continuam a realizar fatos geradores de tributos e, portanto, obrigadas a cumprir, diligentemente, as obrigações tributárias que lhe são correlatas. Se não fosse assim, estariam em franca vantagem em face dos demais contribuintes que não estão em situação falimentar, desrespeitando os princípios da livre concorrência e isonomia no mercado, cerceando privilégio ou tratamento diferenciado que configurem abuso de poder econômico (art. 170, IV, c/c art. 173, § 4º, CR/88).

Importante salientar que a continuação da atividade da então massa falida é estimulada pela lei sob um novo prisma no ordenamento jurídico brasileiro, que busca implementar a política de preservação das atividades empresárias, num paradigma de cumprimento da função social da propriedade. Afinal, a maior empregadora em qualquer país não é outra senão a iniciativa privada, sem falar que é ela que gera as divisas e riquezas necessárias que compõem o Produto Interno Bruto – PIB – e até mesmo as receitas tributárias para a manutenção do Estado.

Com o princípio da preservação das atividades empresárias, das duas, uma finalidade, ao menos, será atendida: ou a recuperação da empresa ou a melhora no ativo para o pagamento do maior número possível de credores, inclusive o próprio Estado, sujeito ativo dos tributos.

4 Multas tributárias com finalidade punitiva

Ocorreu muita celeuma a respeito da qualificação das chamadas “multas tributárias” por conta das

variadas e criativas formas como o sujeito ativo – Fisco – as instituiu.

Tanto que há uma aparente contradição entre duas súmulas pretorianas, a saber: número 191 – “*inclui-se no crédito habilitado em falência a multa fiscal simplesmente moratória*” – e a de número 565 – “*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*”.

Contradição aparente porque, em verdade, a multa moratória fiscal de que trata a Súmula 191 do Supremo Tribunal Federal (STF), acima citada, data de 13.12.1963, ou seja, anterior à entrada em vigor do Código Tributário Nacional, de 25.10.1966. E, ademais, a referida multa, moratória, tinha por função restabelecer aos cofres públicos o valor sonogado quando do fato gerador no valor atualizado do efetivo pagamento, e não punir.

Difícil imaginar tal distorção na aplicação dos termos, nos tempos atuais. Mas é fácil compreender diante da realidade no País de meados do século passado, quando a praxe era o tabelamento oficial de preços e, portanto, se houvesse atualização monetária, seria aquela imposta pelo Poder Público.

Para exemplificar, basta citar o art. 2º, VI, da Lei 1.521, do ano de 1951, ainda incrivelmente em vigor, que dispõe ser crime contra a economia popular

transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes.

Ademais, veja-se a esclarecedora menção a esse respeito pelo Ministro do STF, Cordeiro Guerra, Relator do RE 79625/SP, de 1975, que vem a ser um dos principais precedentes da Súmula 565, em vigor:

A multa, por definição, foi instituída para suprir a falta da correção monetária, ou compensar, vamos dizer, a desvalorização da moeda decorrente da mora, porque os juros já existiam. Hoje, acredito, além de legal, ela é sanção pecuniária (f. 1.302, grifos acrescidos).

E, como se sabe, correção monetária não é penalidade aplicável em qualquer relação jurídica, nem sequer possui natureza indenizatória como são os juros.

Tanto que a Súmula 191, STF foi mencionada no julgado que deu origem à Súmula 565, que a adequou para a nova leitura jurídica, afastando aquela para manter e aplicar-se esta.

De fato, há, hoje, uma caterva de multas ditas “moratórias”, “de convalidação”, “administrativa”, “fiscal”, mas todas, sem exceção, não fogem à regra do art. 157, CTN, que dispõe que a “imposição de penalidade não elide o pagamento integral do crédito tributário”, o

que implica dizer que toda multa ou outro nome ou categoria que se lhe der, que não integre o crédito tributário em seu valor principal, só poderá ter caráter punitivo.

Penalidade x tributo. Este artigo apenas esclarece que a penalidade não substitui o tributo devido, mas, sim, agrega-se a ele, ficando o contribuinte obrigado ao pagamento de ambos.

Cumulação. 'Deverá o infrator recolher a quantia equivalente à penalidade pecuniária e, além disso, cumprir a prestação do tributo' (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. Ed. Saraiva, 1996, p. 305) (PAULSEN, 2007, p. 1.019).

Assim, tem-se sedimentado no Código Tributário Nacional o caráter e finalidade legislativa de punição pelo inadimplemento de qualquer obrigação tributária imposta ao sujeito passivo. Até mesmo porque, como definiu o art. 3º do próprio CTN, tributo não pode ser sanção de ato ilícito. O mero inadimplemento do tributo não é crime, nem é ilícito adstrito à seara do Direito Obrigacional.

Concluindo: juros e correção monetária não possuem caráter punitivo. Aquele possui cunho meramente indenizatório, pela perda da posse do bem "dinheiro" no tempo, pela mora do adimplemento; esta possui cunho de recuperação ou retorno do valor no *status quo ante*, na data do dever de adimplir, que, no caso de tributos, é pagar, em pecúnia. Já a multa, qualquer que seja a sua denominação, possui caráter punitivo, sancionatório.

5 A intranscendência das penalidades na falência: fundamento constitucional

A Constituição da República de 1988, norma máxima no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe uma série de direitos e garantias para o indivíduo, aqui entendido não apenas em sua singularidade, mas, inclusive, em sua coletividade.

A massa falida possui, durante sua existência jurídica, vários direitos previstos na Constituição, como, por exemplo, direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88), direito de petição junto aos órgãos e entes da Administração Pública (art. 5º, XXXIV, CR/88) e, também, no que se refere diretamente ao tema ora tratado, a personalidade da pena (art. 5º, XLV, CR/88), ou seja:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Tal princípio é reconhecido desde a Constituição Imperial, do que nos dá notícia o Prof. Vinícius Gontijo:

Desde a Constituição Imperial, o preceito da não-transferência da sanção é previsto e reconhecido. Nesse sentido,

colha-se: 'A Constituição Imperial de 1824 (art. 179, n. 20) preceitua: 'Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja'. As Constituições de 1891 e 1946 seguiram a mesma linha, e nada preceituou a respeito a Carta de 1937.'

Naturalmente, em que pese não haver expressa prescrição na Constituição de 1937 (vigente à época da edição do Decreto Falimentar de 1945), este era um preceito tacitamente reconhecido, tanto que nosso legislador expressamente excluiu do processo falimentar as sanções por ilícitos penais e administrativos pelo falido (GONTIJO, 2006, p. 203).

Desse modo, se a sociedade empresária (massa falida, na falência), que é distinta da pessoa dos sócios (que representam o falido, na falência), pratica qualquer ato que resulte em penalidade tributária durante a sua administração e existência, anterior à decretação da falência, *somente ela pode arcar com as consequências*, a saber: penas de caráter punitivo.

Em outras palavras, a massa falida, por se constituir num universo de credores, distinto da sociedade que faliu, não deverá suportar as multas tributárias a ela – sociedade – impostas.

O direito tributário sancionador, nesse aspecto, deixa a desejar quando trata da situação jurídica da massa falida, aplicável, ainda hoje, o princípio da pessoalidade da pena, não transmissível a terceiros. Nesse sentido:

Nesse particular, em matéria penal, impera o consenso entre os autores. Contudo, o mesmo não se verifica na seara do Direito Tributário Sancionador, ao menos no Brasil. Existem estudiosos com opiniões divergentes, algumas das quais, as mais conservadoras, chegam a empregar a personalização como critério de distinção entre as sanções estritamente tributárias e as sanções penais.

Omissis.

A intransmissibilidade das sanções estritamente fiscais e o reconhecimento da prevalência do princípio da personalidade no âmbito do Direito Tributário Sancionador encontram-se solidamente estribados em vigorosos e contundentes fundamentos. Contudo, quando as infrações são cometidas por pessoas jurídicas, a solução pode ser questionada, porquanto o princípio da personalidade da penas, que tem origem no Direito Penal, protege as pessoas físicas do sofrimento de sanções impostas a atos ilícitos praticados por outrem, não valendo para as pessoas jurídicas que, ao menos tradicionalmente, não podem ser consideradas autoras de crimes e tampouco padecerem de pena. Assim, a comunicabilidade das sanções estritamente fiscais entre pessoas jurídicas estaria a merecer considerações e consequências peculiares (COIMBRA, 2007, p. 323 e 330).

Com a devida homenagem ao eminente doutrinador e professor, não nos parece correta a assertiva de que não é possível a aplicabilidade do princípio de pessoalidade da pena às pessoas jurídicas e, por extensão, a figuras como a massa falida, por visar a proteção das

peças naturais ao sofrimento de penas por crimes cometidos por outrem. Nessa colocação, há, pelo menos, dois equívocos.

O primeiro, quando trata a penalidade apenas e tão somente como consequência de ato ilícito ou crime. Não é. Tanto que, no Brasil, o simples não pagamento de tributo não importa em ilegalidade, mas mero inadimplemento, em âmbito obrigacional, apenas. O já mencionado art. 157, CTN, cumulado com o art. 3º, CTN, deixa claro a esse respeito. Uma coisa é a pena aplicada para os fins penais, outra, para fins obrigacionais. Mas ambas as penas estão na seara do fundamento punitivo, sancionador.

O segundo lapso é quando considera que pessoas jurídicas não possam padecer de penas. Tanto pode, como há todo um Direito Penal inovador construído para garantir a punição de sociedades e companhias em crimes ambientais, por exemplo. A única diferença é quanto ao *tipo de pena*, que, forçosamente, não há de ser reclusão, em cárcere. É pena, aqui, possui, reiterar-se à exaustão, caráter de sanção.

Isso é explicável pelo conhecimento de História. Pois, o que é o princípio do não confisco, hoje consagrado e estendido às sociedades e companhias de todos os matizes, senão a proibição do Rei João Sem Terra – a pessoa do governante se confundindo com a figura do “Estado” – de não tomar as terras dos senhores feudais e nobres, pessoas naturais ainda que de posse de bens reais, coisificadas? Se formos considerar todo o arcabouço do Direito Penal, ele sempre teve, como raiz, um fundamento pessoal que protegia as coisas não pelo que elas são e seus atributos, mas porque todas elas remetem, em última análise, ao Direito da Pessoa Humana.

Desse modo, a despeito de entendimentos contrários, perdura a posição de que as multas tributárias, *por possuírem caráter punitivo*, não podem ser pagas pela massa falida, estando na penúltima colocação do rol dos credores, como prevê o art. 83, III e VII, da Lei 11.101/05.

Massa falida não é sucessora, em nenhuma hipótese, da sociedade empresária. Trata-se, como já dito, de mera figura jurídica temporal e com finalidade legal específica, que não é a continuação, debaixo de sua figura, das atividades empresariais daquele que falhou.

Por isso, persiste a aplicação do princípio da pessoalidade da pena quando se trata da massa falida, afastando-se, por consequência, as multas tributárias de caráter punitivo.

6 As súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre multas fiscais na falência: precedentes

Há 2 (duas) súmulas do STF, que continuam em vigor, aplicáveis para a questão jurídica sob análise, a saber: 192, cujo texto, *ipsis litteris*, é “*não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa*”, e 565, pela qual “*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*”.

A Súmula 192 teve aprovação na sessão plenária do STF em 13.12.1963, anterior ao Código Tributário Nacional, de 1966, enquanto que a Súmula 565 foi aprovada em 15.12.1976.

O que importa para o presente trabalho são os precedentes que fundamentaram a elaboração das respectivas súmulas, sendo certo que todas confirmam o acima já elaborado. Senão, veja-se a ementa do RE 79.625/SP, mencionado em outros precedentes:

Multa moratória. Sua inexigibilidade em falência, art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências.

A partir do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25.10.1966, não há como se distinguir entre multa moratória e administrativa. Para a indenização da mora são previstos juros e correção monetária. RE não conhecido.

Verifica-se que qualquer valor reclamado em falência, que tenha conotação punitiva como as multas tributárias e mesmo contratuais, não pode ser requisitado preferencialmente aos de cunho meramente restaurador do *status quo* ou indenizatório, como são o caso da correção monetária e os juros. Veja-se extrato do voto do RE 79.625/SP a respeito:

Nessa conformidade, a sanção fiscal aplicada ao falido, compensada a mora pela correção monetária do tributo exigido e pelos juros moratórios, é sempre punitiva, pois que a sanção aplicada não o é pela mora, mas pelo simples fato do inadimplemento, daí considerar a sua natureza como punitiva, e não moratória.

Omissis.

Por isso, entendo, como o Egrégio Tribunal local, e nesse sentido votei no plenário, no RE nº 80.093-SP e mais 80.193, 80.147 e 80.185, em 13.12.74, que as sanções fiscais são sempre punitivas, uma vez assegurados a correção monetária e os juros moratórios. O princípio da Lei de Falências é o de que não se deve prejudicar a massa, o interesse dos credores. O que se assegura é o imposto devido, não as sanções administrativas. Esta a inteligência que dou ao art. 184 do CTN.¹

O novo art. 83, VII, da Lei 11.101/05 viola esse critério embasado em princípio geral de direito - disposto no art. 23 da antiga Lei de Falências (Decreto-lei

¹ F. 1.299-1.300.

7.661/1945) - ao preferir “as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias” aos “créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato”, como dispõe o inciso VIII do mesmo artigo da nova lei de falências.

Em outras palavras: pagam-se as multas e demais penalidades pecuniárias com índole punitiva primeiro e, se sobrar, pagam-se os juros. É a consagração do absurdo jurídico! Mas ela tem uma explicação legislativa: é que a Fazenda, não raro, prevê uma variedade de multas de todos os matizes: “convalidação”, “moratória”, “fiscal”. Se um contrato, privado, fizer previsão de mais de um tipo de cláusula penal ou multa, certamente, será fulminada por uma decisão judicial que a afastará por constituir em abuso, violação da função social do contrato ou, recorrendo aos princípios publicísticos, *ne bis in idem*.

O grande problema do mencionado art. 83, VII, da Lei 11.101/05 é a sua *inconstitucionalidade*, que há de ser reconhecida pelo Poder Judiciário. Não para negá-la, mas *para determinar a correta disposição das preferências de crédito na falência*. Isso porque o agente que praticou o ato passível de sanção é pessoa diversa da massa falida, que, como dito, retrata o universo de credores da massa falida.

A manter a disposição legal tal como está, o credor que pleiteia pagamento dos juros indenizatórios, ficará por último, *proporcionando evidente privilégio do Estado, que usa e abusa das multas para arrecadar às custas não só do contribuinte, mas de terceiros*, como acontecerá na falência se o dispositivo não for declarado inconstitucional.

Pelo Código Tributário Nacional, todas as multas têm conotação punitiva, de penalidade, devendo ser pagas por último. De fato, veja-se o já mencionado RE 79.625/SP, datado de 14.08.1975:

O Senhor Ministro Cordeiro Guerra - O V. Acórdão recorrido excluiu a multa moratória da condenação, em executivo fiscal, imposta à massa falida, em obediência ao art. 23, § único, III, da Lei de Falências, por entender que, face ao Código Tributário Nacional, todas as multas fiscais são de natureza administrativa penal.

Inconformado, recorre o Estado de São Paulo, para que se reconheça que a multa moratória é exigível de massa falida, nos termos da Súmula n. 191.

Omissis.

Voto - [...] Não há dúvida, e o consagra a Súmula 192, que não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa [...].

Essa proibição, como esclarece Miranda Valverde, ‘figura no nosso direito falimentar desde a Lei 2.024, de 1908, e provém da lei alemã sobre falências, que, no § 63, n. 3,

ordena a exclusão, do concurso, dos créditos por penas pecuniárias, porquanto se eles pudessem ser incluídos na falência, feririam não tanto o devedor, quanto os credores dela, contrariando, ainda hoje, o princípio, que não necessita estar mais nos códigos, de que a responsabilidade penal é absolutamente pessoal’.

Entretanto, esta Egrégia Corte sempre entendeu que, em se tratando de multa simplesmente moratória, inclui-se no crédito habilitado em falência, a multa de tal natureza – Súmula n. 191.

Em reiterados julgados, os eg. Tribunais de São Paulo têm entendido, porém, como na espécie, que, a partir da vigência do Código Tributário Nacional, não obstante o disposto no seu art. 184 e 134, § único, toda multa fiscal é punitiva, e, conseqüentemente, inexigível em falência.²

Em face das distinções entre a sociedade empresária falida e a massa falida e, ainda, do caráter pessoal da penalidade pecuniária, é que se afastam, taxativamente, por disposição constitucional, as multas em classe preferencial na falência. Tal ponto é tão importante em matéria falimentar que, em outro momento no voto do v. acórdão paradigma da Súmula 565 do STF, ainda em vigor, foi ressaltado:

Fundamental, nos termos dessa exposição para que a multa pecuniária se exclua do processo da falência, é a circunstância de caber ao falido a responsabilidade pessoal pela infração, que haja dado causa à pena. Filia-se essa interpretação, como é sabido e como se registra, aliás, em nota ao comentário do insigne comercialista, à exposta nos motivos da lei alemã, explicativos das razões que haviam induzido o legislador germânico a mandar excluir do concurso de créditos fundados em penas pecuniárias. ‘Se as penas pecuniárias’ – rezavam os motivos dessa lei – ‘em que estivesse incurso o devedor comum, pudessem ser reclamadas na falência, elas feririam, não tanto esse devedor, quanto os credores da falência’.

4. Se bem que houvesse sido esse, originariamente, o motivo que determinou se excluíssem do processo de falência os créditos oriundos de pena pecuniária, a contenda, na aplicação dessa regra, passou a ferir-se, todavia, acerca de saber se a chamada multa moratória constitui pena ou, mais precisamente, pena pecuniária. A questão em torno da qual gira a divergência consiste, assim, em apurar se esse gravame é multa simplesmente moratória ou se, ao contrário, reveste, malgrado esse *nomen iuris*, o caráter de multa penal. À idéia de que a sanção pelo descumprimento de obrigação fiscal possui natureza meramente civil, com a função de ressarcir dano causado pelo inadimplemento desse dever jurídico contrapõe-se, desse modo, a concepção de que, na multa moratória, se traduz verdadeira sanção penal, transcendendo a reação punitiva, nela expressa, os limites do mero ressarcimento de prejuízo ou dano acarretado pelo descumprimento da obrigação fiscal.³

Numa fina analogia, o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto no mesmo RE 79.625/SP, explica:

² F. 1.297-1.298.

³ F. 1.308-1.309.

Além disso, penal ou moratória, o falido deixa de pagá-la para transferir a seus credores. O Fisco recebe não na moeda da falência, mas na moeda atual, quando os demais credores vão receber na moeda da falência, e, além disso, ainda contribuem para pagar ao Fisco na moeda atual. Razão por que também acompanho o eminente Relator [...]”⁴.

Frise-se que os Ministros que foram vencidos nesse julgado, Ministro Thompson Flores e Ministro Xavier de Albuquerque, aplicavam a Súmula 191, STF, dizendo que a multa moratória seria correção monetária sob outro nome, no que foram advertidos pelos demais componentes da Corte Pretoriana sobre o equívoco, qual seja: na data da edição da Súmula 191, STF, a referida “multa moratória” era, na verdade, a junção dos índices de correção monetária com os juros de mora.

7 Conclusão

Feitas essas observações, não há como persistir o equívoco presente no art. 83, VII, da Lei 11.101/05, que determinou a preferência das multas em face dos juros nos termos do inciso seguinte, visto que inconstitucional.

De fato, o princípio constitucional da intranscendência das penas que tem como espécie as multas, contratuais privadas ou mesmo estatais, como é o caso do Fisco, não sofreu qualquer reparo, devendo se aplicar por supremacia à norma infraconstitucional.

Qualquer multa em falência só pode ser adimplida por último e em derradeiro, visto que só assim se estará garantindo a aplicação sancionatória a quem, efetivamente, a provocou.

8 Referências

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do RE 79.625/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2008.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência. *Revista de Direito Mercantil*, v. 141, São Paulo: Malheiros, jan. a mar./06.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 831, ano 94, jan./05.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falência à luz da Lei n. 11.101/2005*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

...

⁴ F. 1.315.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Serviço de telefonia - Fixação de obrigatoriedade de atendimento aos usuários em tempo razoável - Proteção ao consumidor - Matéria de competência concorrente e de interesse local - Arts. 24 e 30 da Constituição Federal - Possibilidade - Norma que delega ao Poder Executivo o estabelecimento de sanções por infração à lei - Ofensa ao princípio constitucional da reserva legal - Ocorrência

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que fixa a obrigatoriedade de atendimento aos usuários do serviço de telefonia em tempo razoável. Proteção ao consumidor. Matéria de competência concorrente e de interesse local. Arts. 24 e 30 da CR. Possibilidade. Norma que delega ao Poder Executivo o estabelecimento de sanções por infração à lei. Ofensa ao princípio constitucional da reserva legal. Ocorrência.

- Insere-se no âmbito de competência legislativa do Município, a edição de lei que verse sobre o tempo razoável de atendimento aos clientes de empresas de telefonia, tendo em vista que tal matéria se circunscreve aos interesses locais do Município e ao âmbito da proteção do consumidor, não se confundindo com aquelas atinentes às atividades-fim das “empresas” de telecomunicação, cuja competência legislativa é privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da CR.

- É inconstitucional, por ofensa ao princípio constitucional da reserva legal, a norma que delega ao Executivo a tipificação das sanções aplicáveis à infração administrativa fixada em lei.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.480653-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Requerente: Prefeitura Municipal de Juiz de Fora - Requerida: Câmara Municipal de Juiz de Fora - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Sérgio Resende, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos,

EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela requerida, o Dr. Paulo Henrique Mattos Studart.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sob exame, autos de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar movida pelo Prefeito Municipal de Juiz de Fora, em face da Câmara Municipal de Juiz de Fora, contestando a validade da Lei Municipal nº 11.639/2008, que “obriga as empresas de telefonia fixa, móvel ou congêneres, no âmbito do Município de Juiz de Fora, a atenderem os usuários em tempo razoável”. Eis o teor da norma impugnada:

Lei nº 11.639/2008:

Art. 1º Ficam as empresas de telefonia fixa, móvel ou congêneres, no âmbito do Município de Juiz de Fora, obrigadas a atenderem os usuários, em tempo razoável.

Art. 2º Para efeitos desta Lei, entende-se como tempo razoável para atendimento:

I - até vinte minutos em dias normais;

II - até trinta minutos em vésperas ou após feriados prolongados.

§1º As empresas mencionadas no caput ou suas entidades representativas informarão ao órgão encarregado de fazer cumprir esta Lei, as datas mencionadas no inciso II.

§2º O tempo máximo de atendimento referido nos incisos I e II leva em consideração o fornecimento normal dos serviços essenciais à manutenção do ritmo normal das atividades, tais como energia, telefonia e transmissão de dados.

Art. 3º As empresas mencionadas no art. 1º têm o prazo de sessenta dias, a contar da data da publicação desta Lei, para adaptarem-se às suas disposições.

Art. 4º O não cumprimento das disposições desta Lei sujeitará o infrator às punições que serão regulamentadas pelo Poder Executivo Municipal.

O requerente justifica o pedido liminar, ao argumento de que a lei questionada contém vício de iniciativa, uma vez que compete à União legislar sobre as questões relativas às telecomunicações, a teor do contido no art. 22, IV, da Constituição Federal e, ainda, pelo fato de que tal competência não se encontra prevista nos arts. 170 e 171 da Carta Estadual.

No mérito, alega que a lei padece de vício formal de inconstitucionalidade, pois não seria de competência do Município legislar sobre a matéria, já que se trata de assunto do âmbito de competência privativa da União,

tanto no que diz respeito à exploração do serviço quanto no que concerne ao poder de legislar a seu respeito. Alega, ainda, a existência de inconstitucionalidade material na lei municipal em questão, por ofensa aos princípios da reserva legal e da razoabilidade, e por haver falta de previsão orçamentária, conforme argumentações às f. 02/10 e documentos de f. 11/19. Por fim, pede, em decisão final, seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.639/2008, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da CR/88, com produção de efeitos *ex tunc*.

Às f. 29/31, a referida liminar foi deferida, *ad referendum* da eg. Corte Superior, suspendendo-se os efeitos da Lei Municipal nº 11.639/2008, até julgamento do mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Ratificação da liminar cautelar deferida às f. 36/42.

Devidamente notificada, a Câmara Municipal de Juiz de Fora apresentou sua manifestação às f. 64/101.

A douta PGJ, em parecer da i. Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise, opinou pela improcedência do pedido, não visualizando a alegada incompetência legislativa do Município de Juiz de Fora para promover a defesa da parte mais fraca da relação de consumo, qual seja o consumidor.

É o relatório. Passo à análise.

I - Inconstitucionalidade formal.

Nesse tópico, o requerente alega ser patente a inconstitucionalidade formal da lei municipal em questão, tendo em vista a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, nos termos do art. 22, IV, da Constituição da República. Alega que a matéria versada pela lei municipal trata de:

serviço cuja exploração compete à União, diretamente ou sob regime de concessão e que, por isso mesmo, sujeita-se a normas legais emanadas do poder legislativo federal, as quais instituem um órgão regulador para o controle e a fiscalização da prestação do serviço (f. 03).

Data venia, sem razão o requerente.

É que, da análise dos dispositivos da lei municipal questionada, vemos que, diferentemente do que fora alegado, a norma em questão não versa sobre a atividade-fim das empresas de telecomunicação, mas sim sobre o tempo razoável de atendimento aos usuários das utilidades públicas que fornecem, no âmbito das relações de consumo travadas entre estes e as empresas de telefonia. Trata-se, portanto, de norma protetiva do consumidor que, como tal, é matéria de competência concorrente, nos termos do art. 24 da CR e se circunscreve nos interesses locais do Município, nos termos do art. 30 da CR. Inafastável, portanto, a competência municipal para legislar sobre o assunto.

Nesse ponto, é farta e pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Vejamos:

Recurso extraordinário. Constitucional. Consumidor. Instituição bancária. Atendimento ao público. Fila. Tempo de espera. Lei municipal. Norma de interesse local. Legitimidade. Lei Municipal nº 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do município. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - Recurso Extraordinário nº 432.789-9/SC; Rel. Min. Eros Grau.)

Administrativo. Serviços bancários. Tempo máximo de atendimento ao usuário de serviços bancários. Matéria de interesse local. Competência legislativa municipal. Inteligência do art. 30, incisos I e II, da CF/88. Precedentes do STF e STJ.

1. As normas que estabelecem o tempo de atendimento máximo nas agências bancárias são de interesse local (art. 30, I, CF/88), visto disciplinarem atividades-meio daquelas instituições, no intuito de amparar o consumidor. Precedentes do STF: Ag Reg no REExt 427.463-RO, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19.05.2006; REExt 432.789-SC, Min. Eros Grau, DJ de 07.10.05; AI 429.760, Min. Gilmar Mendes, DJ de 09.08.05; AC 1.124-SC, Min. Marco Aurélio, DJ de 27.03.2006; AI 516.268-RS, Min. Celso de Mello, DJ de 18.08.05; SS 2.816, Min. Nelson Jobim, DJ de 22.02.06; e do STJ: REsp 943034/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 23/10/2008; REsp. 598183/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1º Seção, DJ de 27.11.2006; REsp 747.382-DF, Min. Denise Arruda, DJ de 05.12.05; REsp 467.451-SC, Min.ª Eliana Calmon, DJ de 16.08.04.

No mesmo sentido, vem-se manifestando reiteradamente a jurisprudência deste Tribunal. Vejamos:

Mandado de segurança. Lei municipal determinando a instalação de sanitários e bebedouros em fundações públicas, autarquias e concessionárias de serviços públicos, imóveis destinados ao uso de serviços públicos municipais, estaduais e federais, bem como agências bancárias e similares. Interesse local reconhecido. Validade da lei. Precedente do Supremo Federal. - Tem-se por perfeitamente possível que o Município legisle sobre a necessidade e obrigatoriedade da instalação de sanitários e bebedouros em fundações públicas, autarquias e concessionárias de serviços públicos, imóveis destinados ao uso de serviços públicos municipais, estaduais e federais, bem como agências bancárias e similares. Estas questões são de interesse eminentemente local, estando, pois, dentro da competência legislativa municipal, delineada no inciso I do art.30 da Constituição da República. (TJMG - Processo nº. 1.0707.04.079103-0/001; Rel. Des. Geraldo Augusto; DJMG de 06.03.07.)

Constitucional - Mandado de segurança - Limitação de tempo para atendimento de clientes - Lei municipal - Norma de interesse local e direito do consumidor - Possibilidade de legislação supletiva do Município - Arts. 24, inciso V, c/c 30, incisos I e II, do Texto Constitucional - Denegação da segurança. - 1 - A lei municipal que impõe limites de tempo para atendimento ao público nas agências bancárias não afronta

regra de competência estabelecida na Constituição da República, uma vez que aquela norma, além de estar relacionada ao interesse da comunidade local de zelar pelo conforto e dignidade do usuário (CR/88, art. 30, inciso I), também se acha compreendida no âmbito da matéria de proteção ao consumidor, sobre o qual o Município detém competência legislativa supletiva (arts. 30, inciso II, c/c 24, inciso V). - 2 - Sentença reformada, em reexame necessário. (TJMG - Processo nº 1.0521.03.026183-3/001; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; DJMG de 09.08.06.)

Mandado de segurança - Lei municipal - Fixação de prazo para atendimento em filas nas instituições financeiras - Assunto de interesse local - Possibilidade - Precedentes do STF. - O Município possui competência para legislar sobre tempo de atendimento em filas nos estabelecimentos bancários, tratando-se de assunto de interesse local, o que não se confunde com a atividade-fim do banco. Precedentes do STF. (TJMG - Processo nº 1.0271.05.044067-3/002; Rel. Des. Silas Vieira; DJMG de 19.07.07.)

Pelo exposto, não se vislumbra o alegado vício de inconstitucionalidade formal a macular a lei municipal questionada.

II - Inconstitucionalidade material.

Neste tópico, o requerente questiona a constitucionalidade material da lei municipal em análise por ofensa aos princípios constitucionais da reserva legal e razoabilidade. Argumenta que, como o art. 4º da referida lei municipal determina que caiba ao Executivo regulamentar as sanções aplicáveis ao infrator no caso de descumprimento da lei, tal “delegação” ensejaria ofensa à reserva legal e à razoabilidade, nos termos do art. 5º, II, da CR e arts. 4º, *caput*, e 13, *caput*, da Cmg. Por fim, defende a inconstitucionalidade da lei municipal em questão por ofensa ao art. 161, I, da Cmg.

No que se refere ao art. 161, I, da Cmg, não se percebe qualquer inconstitucionalidade da lei municipal em questão por ofensa ao referido dispositivo. O argumento da falta de previsão orçamentária não prospera, porque a lei em análise não cria despesa nova, apenas explícita e regulamenta, em âmbito municipal, o que a Constituição da República, a Cmg e o Código de Defesa do Consumidor já impõem como dever do Estado, em todos os âmbitos da Federação: a proteção ao consumidor. Veja-se:

Constituição da República

Art. 5º [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor.

Constituição do Estado de Minas Gerais

Art. 4º O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Os dispositivos da lei municipal questionados não criam serviços, nem impõem, direta ou indiretamente, ao Executivo o dever de criá-los. Limitam-se a explicitar obrigações, em conformidade com as normas acima. Enfim, nesse particular, não há inconstitucionalidade a ser declarada.

Quanto à ofensa ao princípio da reserva legal, assiste parcial razão ao requerente.

De fato, o estabelecimento de infrações ou de obrigações administrativas e das respectivas sanções não pode estar alheio ao princípio constitucional da reserva legal. Em respeito aos arts. 5, II, da CR e 4º da Cmg, só a lei pode fixar infrações administrativas e suas sanções.

Nesse sentido, é bastante clara a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Vejamos:

Infrações administrativas, para serem validamente instituídas e irrogadas a quem nelas incidir, devem atender a determinados princípios básicos, alguns dos quais também se aplicam às sanções; a saber: a) o princípio da legalidade [...] Princípio da legalidade - Este princípio basilar do Estado de Direito, como é sabido e ressabido, significa subordinação da Administração à Lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia dos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Bem por isto, tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed., p. 843.)

A lei municipal em análise, ao fixar a obrigatoriedade de as empresas de telefonia fixa, móvel ou congêneres, no âmbito do Município de Juiz de Fora, atenderem aos usuários em tempo razoável, por via transversa, estabelece, de forma legítima, a correlata infração administrativa. Tal infração administrativa consiste, precisamente, no descumprimento daquilo que ela fixa como dever: o atendimento aos usuários em tempo razoável. No entanto, deixa a cargo da regulamentação

executiva o estabelecimento da sanção aplicável, o que ofende o princípio da legalidade sem, no entanto, invadir totalmente a lei. Apenas o art. 4º se encontra eivado do vício de constitucionalidade, devendo-se reconhecer a validade dos demais dispositivos da lei municipal.

Porém, a inconstitucionalidade material do referido art. 4º não vicia a totalidade da lei questionada, como pretende o requerente em suas razões. O aspecto central da lei questionada, que é a fixação do prazo razoável de atendimento aos usuários dos serviços prestados pelas empresas de telefonia, encontra-se, como se viu, em plena consonância com a Constituição da República e com a Cemg.

A inconstitucionalidade do art. 4º da referida lei não obsta a sua exequibilidade uma vez que, na ausência de lei municipal estabelecendo sanção para as infrações administrativas de consumo, nada obsta que a autoridade administrativa local, nos termos das regras de competência concorrente fixadas pelo art. 24 da CR, valha-se da norma geral de proteção ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor), aplicando às infrações nela previstas as penalidades cabíveis conforme a legislação consumerista. Nesse sentido, é claro o caráter de norma geral do art. 56 do CDC, vejamos:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Como se vê, a inconstitucionalidade reconhecida apenas transfere a base legal das penas para o âmbito das normas consumeristas gerais.

Conclusão.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar, tão somente, a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 11.639/2008 do Município de Juiz de Fora.

DES.ª JANE SILVA - Trata-se, em síntese, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Juiz de Fora em face da Lei Municipal 11.639/2008, do Município de Juiz de Fora, pois em desacordo com as Constituições da República e do Estado, visto que teria determinado às empresas de telefonia (fixa, móvel ou congêneres) o atendimento dos usuários em tempo razoável, situação que se encontra na competência legislativa privativa da União, da qual adveio a Lei Federal 9.472/1997. Enfatizou, também, que o Município não é o responsável pela concessão dos serviços de telecomunicação, motivo pelo qual não se pode exigir que ele fiscalize a adoção, pelas empresas, de sistema exclusivo e distinto daquele prestado em outras localidades, o que somente poderia ser feito pela União, via Anatel. Acrescentou que a manutenção da norma impugnada geraria aumento de gastos ao Executivo local sem previsão em lei orçamentária, visto que seria necessária a criação de uma estrutura administrativa para fiscalizar sua aplicação, situação que, ainda assim, seria inócua, tendo em vista a falta de atribuição municipal para tanto.

É o relatório.

Examinei cuidadosamente os elementos constantes nos autos, assim como o voto do eminente Relator, e entendo por bem acolher, em parte, o pedido formulado na inicial.

A Lei Municipal 11.639/2008, cuja cópia se acha encartada às f. 18/19, foi editada com o fito de obrigar as empresas de telefonia fixa, móvel ou congêneres, no âmbito local de Juiz de Fora, a atenderem aos usuários em tempo razoável, dando, também, outras providências.

Com a devida vênia, penso que a lei impugnada não infringe a competência privativa da União (art. 22, IV, da Constituição da República), pois seu objetivo não é o de regulamentar as atividades de telecomunicações, mas apenas o de suplementar a legislação federal (Código de Defesa do Consumidor) no que concerne à execução dos serviços prestados pelas empresas concessionárias do mencionado serviço público.

Em outras palavras, não se está regulando o serviço executado pelas empresas, mas apenas a forma como isso vem sendo feito, situação passível de regulamentação por legislação municipal.

Muito se comparou, nos autos, a lei em exame com outras de semelhante teor referentes ao tempo máximo de espera em estabelecimentos bancários, já consideradas constitucionais pelo Pretório Excelso.

Com efeito, interpretando-se a Lei Municipal 11.639/2008 como destinada a regular a forma de execução do serviço prestado pelos estabelecimentos físicos

das empresas de telefonia, assim entendidos aqueles que se destinam a receber pessoalmente o cliente para tratar sobre quaisquer assuntos de interesse das partes (venda de aparelhos, assinaturas etc.), não se vislumbra qualquer vício na norma impugnada.

Logo, mostra-se perfeitamente viável a elaboração de leis municipais visando à delimitação de prazo máximo para o atendimento do cliente usuário de serviço telefônico, pois, nessa hipótese, cabe a cada agência regulamentar em seu âmbito interno os meios de execução de seus serviços a fim de viabilizar o atendimento em tempo razoável.

Importante salientar que seu escopo, ao que tudo indica, é o de regulamentar justamente esse serviço, mas não aquele prestado via *call center*, o qual realmente extrapola o âmbito municipal.

A essa conclusão se chega em função de terem sido excluídos os dias não úteis (feriados e finais de semana) da normatização legal, englobando o tempo máximo de atendimento apenas em dias “normais” (presume-se serem os úteis) e aqueles vésperas ou subsequentes aos feriados prolongados (art. 2º).

Por outro lado, no que se refere à imposição de sanções aplicáveis às referidas infrações administrativas, entendo, tal como o eminente Relator, que a sua tipificação escapa à competência do Poder Executivo, devendo derivar da própria lei.

Ante tais fundamentos, acompanhando o culto Relator, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, tão somente para declarar inconstitucional o art. 4º da Lei 11.639/2008, do Município de Juiz de Fora.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, NEPOMUCENO SILVA, MANUEL SARAMAGO, PAULO CÉZAR DIAS, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, FRANCISCO KUPIDLOWSKI, ALBERTO DEODATO NETO, CLÁUDIO COSTA, RONEY OLIVEIRA, HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, CÉLIO CÉSAR PADUANI, KILDARE CARVALHO, ALVIM SOARES, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA.

Súmula - JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Ação penal - Processo-crime de competência originária - Juiz de Direito - Injúria circunstanciada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções e ameaça - Promotor de Justiça - Preliminares - Nulidade - Inexistência - Inquérito administrativo sob o crivo exclusivo do Ministério Público - Lastro no acervo amealhado perante a Polícia Militar e documentação preexistente - Transação penal - Denunciado a quem não se oportunizou conhecer a integralidade da documentação, limitando a aquilatação da proposta - Irrelevância - Ausência de norma impositiva - Preliminares rejeitadas - Inépcia verificada - Denúncia confeccionada sem observância das solenidades do art. 41 do Código de Processo Penal - Explanação lacônica e silente quanto a dados essenciais subjacentes aos fatos ditos criminosos - Óbice ao pleno exercício da defesa, contraditório e devido processo legal - Ofensas sentidas pelo denunciado - Magnitude do sentimento que não se pode mensurar - Conduta com feição de retorsão a provocação - Denúncia rejeitada

ACÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.09.497484-7/000 - Comarca de São João del-Rei - Denunciantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procurador-Geral de Justiça - Denunciado: Carlos Pavanelli Batista, Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Sérgio Resende, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E A DENÚNCIA, POR MAIORIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2010. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo Denunciado, o Dr. Eduardo Naylor Pavanelli Batista.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - O Ministério Público, por seu Procurador-Geral de Justiça do Estado

de Minas Gerais, mediante Representação do Ofendido e terceira pessoa (f. 04/16, ex vi do parágrafo único do art. 145 do CP), denunciou Carlos Pavanelli Batista, Juiz de Direito, pelo cometimento, em tese, dos delitos de injúria majorada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções; e ameaça, em concurso material, em face do Promotor de Justiça Adalberto de Paula Christo Leite.

Assim é que o Denunciado fora increpado como incurso no art. 140, c.c. o art. 141, II, e art. 147, na forma do art. 69, todos do Código Penal, e requerido o recebimento da denúncia com a conseqüente instauração da ação penal e acolhimento da pretensão punitiva, até final condenação na forma legal.

Seguiu-se o rol de testemunhas.

Intimado à f. 620, o Denunciado compareceu à audiência designada para a proposta de transação penal, nos moldes do art. 79 da Lei 9.099/95 - que recusou (f. 621) - e então notificado para apresentar defesa preliminar, na forma do art. 4º da Lei 8.038/90 (c.c. o art. 364 do RITJMG).

O Denunciado, através de Defensor regulamente constituído, ofereceu Defesa Preliminar, f. 623/627.

Argui, preliminarmente, a nulidade da prova que emprestara subsídio à denúncia, posto que colhida pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça/MG, usurpando prerrogativa constitucional da Autoridade Policial, donde inexistir justa causa para o oferecimento da denúncia.

De outra banda, ainda em sede de preliminar, assenta malferimento ao art. 4º, § 1º, da Lei 8.083/90 (em verdade, Lei 8.038/90), de vez que ao Denunciado, quando da oferta da transação penal, não lhe fora franqueada a inteireza da prova existente até então - senão somente cópia da peça ministerial de ingresso -, obstando sua plena compreensão para melhor análise da proposta.

Quanto ao mérito, o Denunciado dá sua versão dos fatos, asseverando, em suma, que a denúncia é por demais lacônica e deixa de retratá-los escorreitamente, máxime no que tange aos momentos que antecederam o evento danoso.

Afirma o Denunciado, ainda, que, à luz dos fatos tais como ocorreram, sua conduta estaria amparada pelo art. 140, incisos I e II, do CP.

Diz que sua atitude fora conciliadora - não criminosa -, pois foi sacada a arma para evitar "mal maior", vale dizer, interromper o entrevero antes que evoluísse para contenda corporal.

Noutra banda, a denúncia não chegara a explicitar qual gesto do Denunciado incorporaria vislumbres de ameaça.

Aduz que o Promotor de Justiça Representante teria avançado em direção ao Denunciado e não o contrário, sendo impedido pela ação do Advogado Dr. Allan Morethson Chaves, para que o primeiro não agredisse o segundo.

Refuta com veemência a prática delitiva, assinalando, outrossim, que eventualmente poderia "...agredir, levemente, o Promotor de Justiça" (*in verbis*), e assim estaria agindo em legítima defesa de sua honra, visto que tachado de farsante pelo Representante.

Implora pelo não recebimento da denúncia.

De seu turno, a Procuradoria-Geral de Justiça - f. 651 - se faz ciente da Defesa Preliminar e documentos juntos.

Assim relatados, acorrem-me os autos para cumprimento do art. 6º da Lei 8.038/90, c.c. o art. 366 do Regimento Interno deste e. TJMG.

A denúncia há de ser rejeitada.

Antes que tudo, de se descartar a preliminar primaz.

Um olhar seguro na denúncia permite, sem mistérios, a constatação de que, em parte, buscou sustentáculo no Termo de Audiência do Processo nº 1274/2008, que tramitou na Comarca de São João del-Rei perante a 328ª Zona Eleitoral (f. 41/47); e no Boletim de Ocorrência nº 19.509/08, lavrado em 31 de outubro de 2008 pelo 2º Ten. PM Leonardo Coelho de Medeiros, lotado no 38º Batalhão da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, f. 62/67.

Em parte, o supedâneo da denúncia repousa em Procedimento Investigatório Criminal - PIC ID 1210729 - confeccionado perante a Corregedoria-Geral de Justiça do Ministério Público.

Ressalte-se, além do mais, a presença, no acervo, de documentos outros constituídos anteriormente ao aludido Procedimento.

Importa registrar que de há muito este Relator adota a compreensão de que é inadmissível a propositura de ação criminal com lastro apenas em inquérito administrativo realizado perante o Ministério Público, visto que a atividade persecutória é própria e exclusiva da Polícia Judiciária.

Muito embora os autos incorporem um procedimento ministerial investigativo, assumem relevo para este Relator, como lastro imprescindível à confecção da denúncia, os documentos preexistentes, pois trazem à balha os elementos indiciários que levaram à oferta de denúncia.

Por seu turno, tampouco se vislumbra a alegada ofensa ao art. 4º, § 1º, da Lei 8.038/90, ora transcrito:

Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

A melhor exegese é a interpretação literal do dispositivo, que não dá margem a dúvidas, no que toca à intenção do legislador.

Basta um singelo exame dos autos para se verificar que a notificação do Denunciado se perfez, à f. 620-v.,

que após seu “Ciente” logo abaixo do carimbo de Intimação.

Demais disso, a cópia da denúncia lhe fora entregue, como restou incontroverso das palavras inscritas na Defesa Preliminar.

Se outra documentação não se ofertou ao Denunciado conjuntamente com a cópia da inicial acusatória, tal se deu porque este Relator nada determinou neste sentido, como se infere do Despacho de f. 612.

Nessa esfera, respeitado à saciedade o comando do art. 4º, § 1º, da Lei 8.038/90.

Rejeitam-se as preliminares.

Sem delongas, passa-se a deliberar sobre o recebimento ou rejeição da denúncia.

Narra a denúncia, *in verbis*:

Consta do incluso procedimento investigatório que, no dia 30 de outubro de 2008, no curso de uma audiência de instrução, realizada no processo eleitoral n. 1.274/2008, referente à 328ª Zona Eleitoral, no período de expediente forense, no Fórum de São João del-Rei, o Denunciado sacou de uma arma de fogo contra o Promotor de Justiça Adalberto de Paula Christo Leite, ameaçando-lhe, por gesto, de causar mal injusto e grave.

Segundo o apurado, após um entreviro entre o Magistrado e o Promotor de Justiça. Relativo a um desabafo do Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite (depois do indeferimento do pedido ministerial a registrar, em ata de audiência, vários episódios ocorridos naquele ato de instrução, no entender daquele órgão de execução do Ministério Público, transparecia que o Presidente da audiência estava conduzindo a mesma de forma tendenciosa), o Denunciado pegou sua bolsa, colocando-a em cima da mesa da sala de audiência, momento em que sacou arma de fogo em desfavor do Representante do ‘Parquet’.

Ato contínuo, com o escopo de atingir a honra subjetiva de Adalberto de Paula Christo Leite, Carlos Pavanelli Batista, já de arma em punho, disse que o Promotor de Justiça era ‘covarde’ e ‘vagabundo’.

Consta, ainda, que só não houve resultado mais grave, já que o Promotor de Justiça foi empurrado para fora da sala por um dos Advogados (Dr. Allan Morethson Chaves), que acompanhava o ato processual.

Assim agindo, o Denunciado não só atingiu a honra do Promotor de Justiça, desprestigiando a dignidade do cargo e a própria instituição do Ministério Público, mas, também, acarretou prejuízo à respeitabilidade do Poder Judiciário.

Desde logo, é de se reconhecer a inépcia da inicial.

As hipóteses de rejeição da denúncia estão elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, a saber:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- I - for manifestamente inepta;
- II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

No caso presente, infere-se o advento da inépcia da denúncia, que é de ser reconhecida.

Diz o art. 41 do CPP:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Sobressai dos elementos fragmentários, com singela clareza, a irregularidade da denúncia, pois que os multifários assuntos subjacentes ao tema principal que pudessem talvez interferir no deslinde de eventual lide foram omitidos, muito embora presentes de forma fulgurante no repositório amealhado.

Ora, a denúncia não retratou os fatos com a fidelidade e exuberância colacionada no acervo dos autos - que está tão cheio de acontecimentos e vicissitudes caladas -, e isso é peculiaridade que o Judiciário não pode deixar de apreciar.

É condição inafastável da peça acusatória a explanação do fato tal e qual se deu, a fim de que possa a parte defender-se plenamente, salvaguardados os direitos e garantias constitucionais inerentes ao processo.

Reveste-se da maior estranheza o modo lacônico de exposição do suposto enredo delituoso na denúncia, que omitiu circunstâncias essenciais à solução da lide, que permitissem ao Julgador bem diagnosticar os eventos e ao Denunciado bem postar-se diante de processo-crime de inegável magnitude na vida e carreira de um Magistrado, conhecedor que é dos trâmites e incertezas processuais, a mitigar substancialmente ou eventualmente mesmo arredar-lhe a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Tudo em dissonância com o art. 41 do Código de Processo Penal.

O tema preocupa e exige uma abordagem explícita, visto que os variados momentos que fizeram eclodir as pretensas injúrias e ameaça assumem contornos bem mais intrincados e austeros que a singela exposição deduzida em exíguas linhas da denúncia.

Se não, vejamos:

O clima de animosidade já delongado entre o Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite e o ora Denunciado sobressai dos autos com tamanha eloquência que não se admite sua condenação num mero “desabafo”.

Ora, “desabafo” é expressão incorpórea, abstrata, imaterial, que a denúncia traz inscrita como fosse o fato gerador da ação/reação do Denunciado, e é tão mais tênue, sutil e evanescente do que a realidade amalgamada nos autos.

De um lado, já o próprio Boletim de Ocorrência estampa um panorama bem mais rico em minúcias que o consignado na exordial da Acusação, embora na dicção unilateral do Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite.

Ali, consta o transcurso de uma audiência judicial permeada de tensão de parte a parte, em que o Membro

do *Parquet*, sentindo-se “achincalhado” e “transformado em réu na audiência”, e insatisfeito com as perguntas referentes à sua pessoa, dirigidas às testemunhas, e com o rumo dos trabalhos e indeferimentos de requerimentos seus, culminou por dizer que “...aquilo tudo era uma farsa”.

Existem relatos de “testemunhas” presenciais - extraídos do Procedimento Ministerial apuratório - de que, além disso, o Promotor teria afirmado, também, dando continuidade ao seu raciocínio anterior, que o Juiz, ora Denunciado, fosse ele próprio uma “farsa” (f. 506; 512; 526; 543; 546; 549).

Os escritos sublinham a linguagem imoderada e os destemperos do Juiz, mas também do Promotor, com a consequente deterioração dos ânimos, ao tempo em que não aclaram a ameaça com arma de forma cabal.

De seu turno, ao final da Ata da Audiência do Processo 1274/2008, palco dos eventos que originaram o presente, f. 43/49, há a declaração subscrita por quatro Advogados, que assinalam que

...o incidente começou a partir do momento em que o Promotor de Justiça disse ‘isto daqui é uma farsa e o Sr. é uma farsa’, levantando-se e apontando dedo para o Magistrado.

A isso se alia o teor da Representação Criminal de f. 04/16, firmada pelo Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite contra o Denunciado; a arguição de Suspeição (f. 85/97), onde, inclusive, há o registro de que o Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite fosse “inimigo capital” do Denunciado (f. 85); a Representação perante a Corregedoria Eleitoral do Estado de Minas Gerais (f. 450/463)

Há, também, notas de prévia reclamação disciplinar lançada pelo Promotor de Justiça Dr. Adalberto de Paula Christo Leite em face do Denunciado perante o CNJ (f. 70/72).

Nesta dimensão objetiva, assume relevo a perspectiva obviamente desfavorável ao Denunciado transcrita na denúncia, silente que fora sobre a inteireza das circunstâncias subjacentes aos fatos, em visível negativa das ancestralidades desconfortáveis à Acusação.

Sem que os fatos tidos por criminosos sejam devidamente contextualizados na realidade que os envolvia, não há como se possa aquilatar-los.

Vem à balha emblemático julgado do mui culto Desembargador Herculano Rodrigues:

A conceituação dos crimes contra a honra envolve uma análise sistêmica do ambiente no qual as expressões tidas por desonrosas foram manifestadas, de modo a evitar-se a análise individualizada e incompleta dos fatos. - Ainda que as expressões e palavras utilizadas pelo querelado em seus pronunciamentos nos autos do processo 220/2.004, em alusão à conduta da querelante, tomadas isoladamente, pudessem configurar, em tese, a prática de crime contra a

honra da Magistrada, quando contextualizadas, revelam, desenganadamente, tratar-se de retorsão diante das também descuidadas palavras do Juízo em relação à atuação do Ministério Público (Extrato de ementa - Número do processo: 1.0000.05.418846-1/000. Relator: Herculano Rodrigues. Data do Julgamento: 12/07/2006. Data da Publicação: 18/08/2006).

Nessa ótica repousa a irregularidade da denúncia.

Se mais não fosse, tomar-se-iam as atitudes do Denunciado como retorsão ao que julgara injustiças a si irrogadas; como explosão irrefreada e quiçá impensada, própria do ânimo humano no calor da discussão.

Não existe escala conhecida que meça a gravidade da ofensa lançada pelo Denunciado, nem tampouco aquela desferida contra si.

Numa contenda, cada qual busca as razões na própria razão, no senso particular de justiça, no sentimento íntimo de honra.

Nesse azimute, quem daqueles que retruca estaria mais legitimado que o outro a retrucar?

Os fundamentos ora lançados impõem, pois, a escolha mais crucial - a única admissível - que é a rejeição da denúncia.

Posto isso, rejeitam-se as preliminares e rejeita-se a denúncia.

DES. ALVIM SOARES - Sr. Presidente, pela ordem. Este caso está sendo visto, aqui, como matéria criminal, mas existe também a matéria administrativa. Para deixar bem caracterizada a diferença entre as matérias, gostaria que o ilustre Corregedor falasse, antes de efetivarmos os nossos votos, sobre o processo administrativo que ocorreu.

PRESIDENTE (DES. SÉRGIO RESENDE) - A única pessoa que poderia falar seria o Relator.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. A questão já foi apreciada no Conselho. Inclusive, fui Revisor. O Juiz teve uma advertência relativamente à questão. Salvo melhor juízo, é a mesma questão do Promotor e do Juiz de São João del-Rei.

Já houve um processo administrativo.

Quanto ao processo que aqui está, até mesmo pelo processo administrativo já existente, acompanho, integralmente, o voto do Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente. Rejeito as preliminares, acompanhando o eminente Relator, e também rejeito a denúncia, com base no art. 395, III, do CPP - falta de justa causa para o exercício da ação penal.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Acompanhando o eminente Relator, também rejeito as preliminares e a denúncia.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

DES. CLÁUDIO COSTA - Sr. Presidente, pela ordem. Peço vênua ao Des. Alberto Deodato, para, em adiantamento de voto, acompanhar o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar meu voto.

Quanto às preliminares, acompanho o eminente Relator.

No que concerne à preliminar abordada especificamente da tribuna, saliento que sua rejeição se impõe, porque o Denunciado não era um leigo, mas um Magistrado a quem competia minimamente conhecer os seus direitos e o disposto na legislação penal.

Quando lhe foi ofertada a transação, competia a S. Ex.^a questionar o caráter incompleto das peças que foram apresentadas, e recorrer, se fosse o caso. A questão precluiu.

Passou a fase da transação, não foi ela aceita, não se pode agora chorar sobre leite derramado.

Lamento rejeitar todas as preliminares, especificamente essa alegada da tribuna, pelo motivo que aduzi.

Quanto à denúncia propriamente dita, entendo respeitoso e bem fundamentado o voto do eminente Relator. Todavia, não posso adentrar no mérito, porque, adentrar no mérito, a essa altura, seria quase que, por analogia, criar o mecanismo da absolvição sumária fora de crimes da competência do Júri.

Para que se receba, ou não, a denúncia, há de se questionar, apenas, o disposto nos arts. 41 e 43 do Código Penal.

Então, quando a denúncia contém aqueles requisitos do art. 41 da Lei Adjetiva Penal, ela atende a exigência legal, por isso, não se pode repeli-la *ab initio*, e só pode ela ser rejeitada nas hipóteses parcimoniosas do art. 43 do mesmo Diploma Penal. Não é o caso. A denúncia relata um fato, um fato grave, ocorrido em uma audiência. Ainda que provocado pelo Promotor, ainda que houvesse animosidade entre Juiz e Promotor, não poderia o Magistrado perder o seu equilíbrio, rebatendo ou praticando a retorsão, como disse o eminente Relator, sacando a arma de fogo, ainda que descarregada, em plena audiência.

Penso que só o anúncio desse fato delituoso, com sua descrição, oferece possibilidade de defesa.

A denúncia é apta a ser recebida, e a instauração do procedimento é o meio hábil de o ilustre Magistrado, a quem respeito e estimo, possa ter terreno para sua defesa. O que não posso, é, pura e simplesmente, deixar de receber a denúncia que atenda aos requisitos do art. 41.

Recebo a denúncia, discordando do eminente Relator.

DES. ALMEIDA MELO - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar meu voto. Também conheço bastante o caso, e, *data venia*, ponho-me de acordo com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Sr. Presidente, pela ordem. Também em adiantamento de voto, estou de acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente, pela ordem. Também em adiantamento de voto, estou de acordo com o Relator.

DES. ALVIM SOARES - Sr. Presidente, pela ordem. Também estou em condições de adiantar meu voto.

Fiz aquela observação para dizer que o Denunciado não está ficando ileso, administrativamente, da atitude que veio a tomar naquela ocasião na Comarca de São João del-Rei. Foi advertido e, pelo que me consta, isso foi confirmado pelo Des. Paulo César Dias. Então, no caso, não está deixando de haver uma repreensão ao Denunciado.

Quanto ao fato, em si, observei o material que me foi enviado, bem como o voto do eminente Relator, o qual estou acompanhando, com a devida vênua do eminente Des. Roney Oliveira.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente, pela ordem. Em adiantamento de voto, peço vênua para, também, acompanhar o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - Sr. Presidente, pela ordem. Em adiantamento de voto, peço vênua para, também, acompanhar o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, pela ordem. Em adiantamento de voto, também acompanho o Relator.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar meu voto. Também acompanho o Relator, mesmo porque pode ter havido, conforme me disseram, uma questão administrativa que já foi, inclusive, apreciada. Rejeito a denúncia.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Sr. Presidente, pela ordem. Também em adiantamento de voto, gostaria de dizer que a questão já está definida. O eminente Des. Paulo César esclareceu que podia pairar alguma dúvida, mas já está definido. Parece que até no CNJ está definido.

Então, *data venia*, acompanho o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente, pela ordem. Também em adiantamento de voto, estou de acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON DE ANDRADE - Sr. Presidente, pela ordem. Em adiantamento de voto, estou de acordo com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Sr. Presidente, pela ordem. Em adiantamento de voto, estou de acordo com o Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Sr. Presidente, pela ordem. Diante dos esclarecimentos dados pelos eminentes Pares, sinto-me em condições de votar nesta assentada, acompanhando o Relator e desistindo do pedido de vista.

DES. ARMANDO FREIRE - Senhor Presidente. Peço vênia, registrando, inicialmente, que vou me ater aos fatos, sem desmerecer a pessoa do Denunciado, com quem, diga-se, nunca tive a oportunidade de manter um relacionamento, funcional ou social, mais próximo. Tive acesso à matéria e a ela me dediquei, examinando-a, neste curto espaço de tempo, entre a convocação e a realização desta sessão, cuidadosamente. Não sendo um *expert* em matéria criminal, não obstante ter tido a honra de integrar a Primeira Câmara Criminal deste Sodalício, quando promovido do extinto TA, devo redobrada atenção aos votos que me precederam neste julgamento. Notadamente ao judicioso voto do em. Relator, esse sim, reconhecido conhecedor da matéria, um dos mais brilhantes entre outros que integram as Câmaras Criminais deste TJ. Mesmo assim, ousou divergir. Não consigo entender e apreender a inépcia da denúncia, assim reconhecida e declarada nos votos precedentes, excetuando-se o voto do em. Des. Roney Oliveira. Acredito que, de acordo com o material que chegou às minhas mãos, a peça de denúncia atende, satisfatoriamente, os requisitos que lhe são pertinentes, consoante a norma processual penal de regência. Respeito muito, e não pode ser de outra forma, os votos da maioria, neste julgamento. Tenho em linha de conta, volto a reprisar, os fatos descritos na peça vestibular da ação penal que ora se examina, fatos esses colocados e expostos com base na prova indiciária, admitida, por sinal, desde que rejeitada a preliminar que lhe é correspondente. Distancio-me, assim, dos argumentos que levaram à fundamentação dos votos da maioria, atento a que a sua prevalência, sobre não limitar-se, *data venia*, à inépcia, propriamente, permitiu a incursão na seara do mérito, chegando-se a uma autêntica absolvição do ora Denunciado, com a antecipação prematura do julgamento de mérito. Respeito muitíssimo, volto a dizê-lo, o desconforto da situação para o colega, ora Denunciado. Há registros, vários, de sua respeitável atuação no exercício da judicatura mineira. Louva-se tudo isso. Contudo, aqui, neste julgamento, o que importa e deve ser analisado são os fatos, colhidos e descritos na peça de

denúncia. Esses fatos, com redobrada vênia, têm a consistência da tipicidade que se exige para a instauração da ação penal. Os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal estão presentes e, por isso, autorizam o recebimento da denúncia.

Com esses administrículos, estou aderindo à divergência instalada através do igualmente respeitável voto do em. Des. Roney Oliveira, para receber a denúncia, rejeitadas as preliminares examinadas.

DES.ª SELMA MARQUES - Sr. Presidente. Gostaria de deixar consignado que, neste caso específico, diante das explicações do Des. Paulo César Dias, acompanho o Relator.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E REJEITARAM A DENÚNCIA, POR MAIORIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Crime contra a honra de Desembargador - Calúnia e injúria - Autor - Promotor de Justiça - Denúncia - Inépcia - Não cabimento - Lastro probatório - Presença - Ausência de justa causa - Não ocorrência - Plausibilidade das imputações - Calúnia - Imunidade judiciária - Não abrangência - Inviolabilidade de manifestações - Relação com o exercício funcional - Limites da lei - Direito de queixa - Renúncia tácita - Excludente de punibilidade - Art. 107, V, do Código Penal - Não ocorrência - Afastamento - Retratação - Pedido de desculpas genérico na sessão do Júri - Não aceitação pelo querelante - Transação penal - Lei nº 9.099/95 - Soma das penas - Limite de dois anos ultrapassado - Inviabilidade - Legitimidade do querelante - Recusa peremptória - Ação penal instaurada

Ementa: Processo-crime de competência originária. Crimes contra a honra de Desembargador. Queixa oferecida contra Promotor de Justiça. Calúnia. Injúria. Ofensas irrogadas no Plenário do Júri. Preliminares suscitadas pela defesa. Inépcia da inicial. Improcedência. Denúncia perfeitamente formalizada. Elemento subjetivo. Indicação na queixa. Demonstração diferida para a instrução de feito. Lastro probatório mínimo atendido. Alegação de ausência de justa causa repelida. Ofensas destacadas. Plausibilidade das imputações e das capitulações propostas. Renúncia tácita. Inexistência. Imunidade judiciária e inviolabilidade funcional.

Excludentes não evidenciadas. Retratação do querelado. Inocorrência. Transação penal. Não incidência. Suspensão condicional do processo. Legitimidade do querelante. Recusa em ofertar a proposta. Inviabilidade de aplicação do benefício. Queixa recebida.

- Se a queixa está perfeitamente formalizada e descreve os fatos de forma satisfatória, com lastro probatório mínimo, inexistente o alegado vício de inépcia e tampouco se faz ausente justa causa para a persecução penal.

- A demonstração definitiva acerca da presença ou não do elemento subjetivo dos tipos penais propostos está reservada para a instrução do feito.

- A imunidade judiciária não alcança o delito de calúnia e não se aplica em relação às ofensas dirigidas aos magistrados que tenham funcionado na causa.

- Os membros do Ministério Público assim como os advogados são invioláveis por suas manifestações processuais, mas dentro dos limites da lei, estabelecidos na Lei Penal.

- Tendo sido o crime de injúria atribuído ao próprio querelado, e não a terceiro, afigurando-se plausível a imputação também quanto a este aspecto, de se afastar a alegação de ocorrência de renúncia tácita ao direito de queixa e, conseqüentemente, a excludente de punibilidade prevista no art. 107, V, do Código Penal.

- A par de não abranger o crime de injúria, a retratação para extinguir a punibilidade exige que o querelado desminta-se, reconhecendo que cometeu um erro, retificando o alegado, de forma a permitir que a imagem do ofendido seja restaurada diante da sociedade, situação essa que não teria se configurado na espécie.

- A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Contudo, nesse caso, a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante (precedente STJ).

- Evidenciada a plausibilidade da queixa, impõe-se a instauração da ação penal, a fim de que sejam devidamente apurados os fatos.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.09.507321-9/000 - Comarca de Belo Horizonte - Querelante: Reynaldo Ximenes Carneiro, Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Querelado: Gustavo Fantini de Castro, Promotor de Justiça, lotado na 1ª Vara

do Tribunal do Júri da Comarca de Contagem - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Sérgio Resende, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM RECEBER A QUEIXA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DERAM-SE POR SUSPEITOS OS DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES E NEPO-MUCENO SILVA.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo querelante, o Dr. Bruno César Gonçalves da Silva.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Reynaldo Ximenes Carneiro, Desembargador (aposentado recentemente) deste Tribunal de Justiça, oferece queixa-crime contra o Promotor de Justiça Gustavo Fantini de Castro, imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos arts. 138 (calúnia) e 140 (injúria), ambos combinados com o disposto no art. 141, incisos II, III e IV, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

O querelante atribui ao querelado o fato de haver sido por este último caluniado e injuriado durante sessão de julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Contagem, realizada no dia 28 de setembro de 2009, quando, na condição de titular da ação penal em apreciação naquela oportunidade, dirigiu-se ao Conselho de Sentença e imputou-lhe, falsamente, a prática de fato definido como crime, além de dirigir-lhe ofensa à dignidade ao lhe atribuir adjetivação pejorativa, afetando-lhe a reputação e deprimindo-lhe a dignidade e o decoro. De acordo com a peça inicial,

[...] o querelado, referindo-se perante o Conselho de Sentença aos Acórdãos do Recurso em Sentido Estrito nº 1.0079.02.018891-2/001 e dos Embargos de Declaração nº 1.0079.02.018891-2/002, emanados da 2ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça e que tiveram o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro como Relator, referiu-se a este, conforme restou consignado na Ata da Sessão do Júri, 'como líder da quadrilha do Luciano Farah, tendo em vista que sua Excelência determinou o desentranhamento dos autos de prova produzida pelo Ministério Público', tendo ainda adjetivado-o de 'quadrilheiro', segundo relatado pela cobertura jornalística do jornal *O Tempo* (f. 03/04).

Prossegue a peça acusatória aduzindo que "o querelado atribuiu ao querelante, falsamente, fato deter-

minado definido como crime, qual seja o crime de formação de quadrilha ou bando, pois afirma que ele seria o 'líder da quadrilha do Luciano Farah, tendo em vista que sua Excelência determinou o desentranhamento dos autos de prova produzida pelo Ministério Público' (f. 05), o que caracterizaria o crime de calúnia.

Acrescenta o querelante que a imputação acima referida chegou ao conhecimento de inúmeras pessoas e teve grande repercussão, gerando indignação em toda comunidade jurídica mineira.

Salienta, também, que à calúnia se somou a adjetivação pejorativa atribuída ao querelante pelo Promotor de Justiça, que se referiu a ele, Desembargador do Tribunal de Justiça, como "quadrilheiro", com deliberada intenção de ofendê-lo, o que estaria a configurar o delito de injúria.

Destaca, ainda, o querelante o fato de terem sido as ofensas proferidas "contra funcionário público, em razão de suas funções, na presença de várias pessoas" e "contra maior de 60 (sessenta) anos", causas de aumento de pena previstas no art. 141, incisos II, III e IV (respectivamente), do Código Penal.

Por fim, sustenta a inaplicabilidade, no caso, da excludente da imunidade judiciária, bem como a inexistência de retratação cabal por parte do querelado.

Notificado, apresentou o querelado defesa preliminar (f. 75/123), propugnando pela rejeição da queixa.

Sustenta o Promotor de Justiça descrever a inicial um único fato delituoso, qual seja o de haver o querelado

[...] na condição de Promotor de Justiça, 'em sessão de julgamento realizada na Comarca de Contagem/MG em 28.09.2009', ter, em tese, se dirigido 'ao Conselho de Sentença, e durante sua fala, imputou ao querelante a falsa prática de fato definido como crime, além de dirigir-lhe ofensa à dignidade ao lhe atribuir adjetivação pejorativa, afetando-lhe a reputação e deprimindo-lhe a dignidade e o decoro (f. 77).

Segundo a peça de defesa:

[...] o outro fato narrado refere-se à publicação jornalística não escrita pelo querelado, não reconhecida pelo querelado como de sua autoria, negando expressamente o querelado a utilização do termo 'quadrilheiro' na referida sessão do Tribunal do Júri, afastando desde já a possibilidade de recebimento da queixa-crime em face de sua pessoa, tendo em vista que se trata de adjetivo trazido por terceira pessoa, jornalista, em peça por ela escrita (ib.).

Assim, assevera o querelado, não haveria como ser recebida a peça acusatória, ausentes os requisitos para tanto exigidos.

Alega, por outro lado, que, embora não tenha ele perpetrado qualquer ofensa à honra do querelante, suas manifestações durante a sessão de julgamento, referidas na inicial, além de desprovidas de dolo, estariam acobertadas pela imunidade judiciária, figura prevista no

art. 142 do Código Penal, bem como por prerrogativa funcional assegurada no art. 106, V, da Lei Complementar nº 34/94, que confere aos membros do Ministério Público inviolabilidade pelas opiniões externadas nos procedimentos em que atuam, o que estaria a obstaculizar a configuração dos delitos que lhe são atribuídos.

Seriam atípicos, portanto, os fatos descritos na queixa, carecendo de justa causa a persecução penal. Suas manifestações - afirma - guardaram relação com o exercício da profissão e a defesa de um direito e não haveria como se identificar na sua conduta o elemento subjetivo necessário para a caracterização de crime contra a honra, sobretudo porque o episódio teria se dado na discussão da causa, durante o acalorado debate que ocorreu no Plenário do Júri.

Ressalta, por outro lado, o fato de registrar na Ata da Sessão seu pedido de desculpas e as razões do ocorrido.

Aduz, também, o querelado ter havido renúncia tácita por parte do querelante, ao excluir do polo passivo da ação a pessoa que subscreveu a reportagem contendo o termo "quadrilheiro", renúncia essa que a ele se estenderia, nos termos do art. 49 do Código de Processo Penal, importando na extinção de sua punibilidade, consoante o disposto no art. 107, V, do Código Penal.

Prossegue a defesa reiterando a alegação de atipicidade dos crimes, por ausência de dolo.

No caso do delito de calúnia, sustenta o querelado ter agido com *animus criticandi*, no calor dos debates do Júri, fazendo consignar na Ata da Sessão o seu pedido de desculpas, com a justificativa de que teria saído do sério em decorrência das sucessivas interrupções do advogado de defesa.

Ainda quanto ao crime de calúnia, aduz que sua manifestação não poderia caracterizar o referido crime, mas apenas o de injúria, pois não teria havido a imputação do fato criminoso previsto no art. 288 ao querelante, na medida em que não afirmou tivesse este último se associado a outras pessoas para a prática do crime de formação de quadrilha.

No tocante ao crime de injúria, reafirma não ter utilizado a expressão "quadrilheiro", que não está registrada na Ata da sessão de julgamento, atribuindo-a ao jornalista responsável pela reportagem sobre o episódio. Careceria a queixa, nesse aspecto, de respaldo probatório. Salienta, porém, que, ainda que tivesse usado o mencionado termo, não teria agido dolosamente, mas com o mesmo ânimo de criticar a decisão judicial proferida pelo querelante.

Noutro giro, repisa a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, pela atipicidade do fato, ausente a vontade de ofender, afirmando também que a queixa, cuja narrativa seria deficiente, não demonstra ou indica a vontade dirigida ao fim descrito no tipo penal ali capitulado.

Por fim, postula, como direito subjetivo seu, a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Alega que a supressão desses direitos, antes da análise do eventual recebimento da queixa, gera nulidade de ordem absoluta.

Esses, em apertada síntese, os argumentos do querelado, no sentido da rejeição da queixa-crime.

Intimado para que se manifestasse acerca de eventual proposta de suspensão condicional do processo, o querelante, em petição por ele subscrita em conjunto com o seu procurador, recusou-se a ofertá-la (f. 130/132).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer exarado às f. 136/143, opina no sentido da delimitação da imputação, restringido-a ao crime de calúnia, e pela rejeição da queixa, em face da inviolabilidade das manifestações do Ministério Público e da ausência de dolo específico. Superadas essas teses, manifesta-se pela decretação da extinção da punibilidade em virtude da retratação do querelado (art. 107, inciso VI, CP). Requer, finalmente, na hipótese de recebimento da queixa, oportunidade para se manifestar acerca da aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

No principal, é o relatório.

A queixa-crime oferecida atende aos requisitos formais, propiciando, por parte do querelado, o pleno exercício do direito de defesa, não se mostrando procedente, pois, a alegação contida na defesa preliminar, no sentido de que a inicial conteria narrativa deficiente.

Ao contrário do que sustenta a referida peça de defesa, a inicial descreve os fatos de forma satisfatória, transcrevendo as expressões tidas como caluniosas e injuriosas e o contexto em que foram elas pronunciadas, com menção, inclusive, ao elemento subjetivo dos tipos penais ali capitulados, o que viabiliza o recebimento da queixa.

Os documentos que instruem a queixa estão a fornecer o lastro probatório mínimo exigido para a instauração da persecução penal, indicando a plausibilidade das acusações contra o querelado, a afastar a alegação de ausência de justa causa para a persecução penal. Evidentemente, a demonstração definitiva acerca da presença ou não do elemento subjetivo dos tipos, reclamada pelo querelado, não há de ser exigida nesta fase. Está reservada para a instrução do feito, se recebida a queixa.

Por outro lado, as referências feitas pelo Promotor de Justiça à pessoa do Desembargador se mostram, em princípio, passíveis de tipificação como crimes contra a honra, com a capitulação provisória proposta, recomendando a instauração da ação penal para que os fatos sejam examinados com maior amplitude.

Segundo a queixa apresentada, “o querelado atribuiu ao querelante, falsamente, fato determinado definido como crime, qual seja o de formação de

quadrilha ou bando, ao afirmar que o Desembargador seria o líder da quadrilha do Luciano Farah, tendo em vista que sua Excelência determinou o desentranhamento dos autos de prova produzida pelo Ministério Público” (f. 05), o que caracterizaria o crime de calúnia.

Ora, no episódio referido acima, pelo que se depreende dos elementos indiciários apresentados não está clara a alegada intenção por parte do querelado de simplesmente narrar ou mesmo criticar, de forma genérica, o Magistrado. Ao que parece, houve menção a um episódio específico, apregoadado como delituoso, com imputação de envolvimento nele de pessoa determinada, no caso, o querelante.

Não vejo como reconhecer, de pronto, a incidência da invocada imunidade judiciária do art. 142 do Código Penal, ou mesmo da prerrogativa funcional dos membros do Ministério Público, prevista no art. 106, inciso V, da Lei Complementar nº 34/94, de modo a excluir os crimes.

Em primeiro lugar, a imunidade judiciária não alcança o crime de calúnia, nos exatos termos do art. 142 do Código Penal.

Depois, a aludida excludente não se aplica à hipótese de ofensas dirigidas aos magistrados que tenham funcionado na causa, que não são parte na acepção abraçada pelo tipo penal permissivo do art. 142 do Código Penal.

Note-se que os membros do Ministério Público assim como os advogados são invioláveis por suas manifestações processuais (art. 106, V, da Lei Complementar nº 34/94), mas dentro dos limites da lei, estabelecidos pela Lei Penal.

A *libertas convinciandi* do promotor de justiça assim como do advogado não se degrada em licença para irrogar ofensas ao juiz da causa. Como já assinalou a jurisprudência, se o membro do Ministério Público e o advogado são invioláveis por seus atos, no exercício de sua profissão, toda e qualquer pessoa é inviolável em sua honra (art. 5º, X, CF). E,

se assim o é com relação a qualquer pessoa, *a fortiori* deverá manter a intangibilidade da honra do magistrado, que é a figura *piu imminente della relazione processuale*, sendo a personificação de um dos Poderes da República (TACRIM-SP - HC - Rel. Segurado Braz - RT 652/289).

Demais, e em princípio, não pude verificar, ao menos até aqui, em que medida as expressões transcritas na inicial - que o querelante reputa ofensivas à sua honra - teriam relação direta com discussão da causa ou mesmo com o exercício das funções do Ministério Público, como alegou a defesa. E, como se sabe, as ofensas perpetradas sem relação com o exercício funcional justificam a persecução penal.

Assim - e sempre numa apreciação inicial, própria do juízo de admissibilidade da queixa -, não haveria que

se falar em imunidade no tocante aos crimes de calúnia e de injúria.

Quanto à adjetivação tida como pejorativa atribuída ao querelante pelo Promotor de Justiça, ora querelado, que teria se referido ao Desembargador Reynaldo Ximenes como “quadrilheiro”, com deliberada intenção de injuriá-lo, trata-se de ofensa destacada daquela outra, de conteúdo, em tese, ultrajante, especialmente quando considerado o cargo ocupado pelo querelante, e não vejo comprovada a negativa de autoria.

Nesse ponto, a alegação de que não se trataria de expressão utilizada pelo querelado, mas sim pelo repórter autor da matéria sobre o julgamento, carece de demonstração, sobretudo porque o exemplar do jornal onde foi publicada a reportagem registra a expressão entre aspas, denotando que teria sido ela dita pelo Promotor, ora querelante, em referência ao Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

A propósito, o título da matéria veiculada no jornal *O Tempo*, edição do dia 29 de setembro de 2009 - “Promotor acusa desembargador de fazer parte de quadrilha” (f. 26) -, é um indicativo sério de que as referências feitas pelo querelado à pessoa do querelante possam ter a conotação ofensiva apontada pelo querelante.

Nesse contexto, atribuída a injúria, na queixa, ao querelado, e não a terceiro, fica afastada, por ora, a tese de renúncia tácita, invocada pela defesa, e, conseqüentemente, a reclamada incidência da regra do art. 107, V, do Código Penal.

Ressalte-se que não há que se falar, aqui, em provocação do ofendido e tampouco em retorsão, a reclamar o perdão judicial.

De se afastar também, nessa fase, a tese da retratação.

A par de não abranger o crime de injúria, a retratação, para operar a extinção da punibilidade, exige que o ofensor volte atrás no que disse, desminta-se, reconhecendo que cometeu um erro, refazendo as suas anteriores afirmações. Deve o agente reconhecer que se equivocou e retificar o alegado, permitindo que a imagem do ofendido seja restaurada diante da sociedade. Isso, ao menos até aqui, não se encontra nos autos.

O pedido de desculpas consignado na Ata da sessão do Júri, genérico e equívoco, sem um desmentido cabal, não há de ser tomado como retratação, para o fim previsto no art. 143 do Código Penal -, e assim não o considerou o querelante, como fez questão de consignar na inicial.

De se observar, por fim, que consideradas as penas máximas previstas nos tipos penais propostos e tomados os acréscimos devidos pela postulada incidência das causas de aumento e pelo concurso formal (tal como proposto na queixa), as sanções ultrapassam o limite de dois anos, não sendo cabível, portanto, a transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95.

Noutro vértice, é certo que a Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Contudo, nesse caso, a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante (nesse sentido, STJ, APN 390/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJ de 10.04.06), que, instado a se manifestar sobre o benefício, recusou-se peremptoriamente a ofertá-lo, o que impede a implementação da medida.

Com essas considerações, recebo integralmente a queixa oferecida, determinando desde logo, caso referendado o recebimento pelos eminentes pares, a conclusão dos autos para deliberar acerca dos ulteriores atos do processo.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Sr. Presidente.

Dou-me por impedido e suspeito pela amizade íntima que tenho com o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro e, também, porque participei do julgamento em que foi envolvido o Sr. Dr. Eduardo Farah, de modo que penso que é mais cauteloso que me dê por suspeito para participar do julgamento.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

DESª. JANE SILVA - De acordo com o Relator.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Sr. Presidente.

Tão logo ocorreu o fato, fiz o procedimento por escrito que acabou sendo lido na Assembleia; então me declaro, com base no art 135, V, do CPC, suspeito para pronunciar o voto, porque, repito, o meu pronunciamento sobre o episódio foi lido e tornado público na Assembleia Legislativa.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com o Relator.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo com o Relator.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Sr. Presidente.
Inicialmente, parablenzo o douto tribuno pela sus-
tentação oral proferida e registro que tenho, para mim,
que não estamos entrando no mérito criminal, que qual-
quer crítica ofensiva *a priori*, e até prova em contrário, é
um crime contra a honra. A honra é uma coisa muito
sagrada para ser alvo de uma crítica ofensiva.

Com esses adminículos, acompanho integralmente
o judicioso voto do Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com
o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - Sr. Presidente.
Proponho a publicação do excelente voto do emi-
nente Relator e a ele adiro às inteiras.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo com o Relator.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De
acordo com o Relator.

Súmula - RECEBERAM A QUEIXA, NOS TERMOS
DO VOTO DO RELATOR. DERAM-SE POR SUSPEITOS
OS DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA
BORGES E NEPOMUCENO SILVA.

...

**Mandado de segurança - Audiência -
Determinação de suspensão de realização - Juiz
de Direito - Prática de atos preparatórios da
audiência - Reclamação - Liminar - Concessão -
Suspensão dos atos preparatórios para a realiza-
ção da audiência - Informações do magistrado
de que não houve descumprimento da ordem**

Ementa: Mandado de segurança. Determinação de sus-
pensão de realização de audiência. Juiz de direito.

Prática de atos preparatórios da audiência. Reclamação.
Concessão de liminar. Suspensão dos atos preparatórios
para a realização da audiência. Informações do magis-
trado dando notícia de que não houve descumprimento
da ordem. Reclamação julgada procedente.

- Se este Tribunal concede liminar em mandado de segu-
rança, determinando a suspensão de audiência em
processo criminal, mas o MM. Juiz de Direito começa a
praticar atos preparatórios para a sua realização, cabe a
apresentação de reclamação, que se tem como proce-
dente, se o magistrado, ainda que sob o fundamento de
que laborou em equívoco, deixa evidenciado que real-
mente chegou a praticar atos de preparação para a rea-
lização da referida audiência.

**RECLAMAÇÃO Nº 1.0000.09.511185-2/000 -
Comarca de Belo Horizonte - Reclamantes: Wallace de
Oliveira Chaves e outro - Reclamado: Juiz da 8ª Vara
Criminal da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES.
JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES**

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de
Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do
Desembargador Cláudio Costa, incorporando neste o
relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamen-
tos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos,
EM JULGAR PROCEDENTE A RECLAMAÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2010. - José
Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos reclamantes, o
Dr. Carlos Henrique Peixoto de Souza.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Sr. Presidente.
Essa reclamação nasceu, porque foi deferida uma medi-
da, suspendendo o andamento de um processo, e o MM.
Juiz, não obstante tal fato, entendeu, pouco tempo
depois, de lhe dar seguimento, quando já fora concedi-
da uma ordem para que não se desse. Então, deferi,
liminarmente, o pedido, para que a audiência que a
havia suspenso não fosse realizada, uma vez que S.
Ex.ª estaria contrariando ordem deste Tribunal.

Esse caso já está, de certa forma, superado,
porque esse Juiz foi afastado do caso e foi acolhida a
sua suspeição na 2ª Câmara Criminal; por isso, talvez,
a Procuradoria tenha entendido que essa reclamação
estaria prejudicada, mas, como será apenas uma
questão praticamente de semântica no seu resultado,
entendi que a reclamação procede, julgo-a procedente,
embora já advertindo os Colegas de que o MM. Juiz foi

dado como suspeito para continuar a presidir o feito que até então presidia.

Wallace de Oliveira Chaves e Hugo Oliveira Veloso apresentam reclamação, com base no art. 486 do RITJMG, alegando que este Relator, nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.505431/000, concedeu liminar, determinando a suspensão, nos autos da Ação Penal nº 0024.02.750052-9/000, da audiência de instrução e julgamento marcada para o dia 21.09.2009, sendo que o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, desconsiderando tal decisão liminar, está praticando atos preparatórios para a realização da audiência - que continua suspensa -, tais como designação de nova data e determinação de que testemunha, dada a sua condição especial - Conselheiro do Tribunal de Contas - indique data para ser ouvido.

Os reclamantes sustentam que ofício já foi encaminhado à referida testemunha, para indicação de dia para ser ouvida.

Diante disso, segundo os reclamantes, a audiência, que está suspensa por ordem deste Tribunal, está em vias de ser realizada.

Juntaram documentos.

Concedi a liminar (f. 89/90).

O reclamado manifestou-se às f. 113/124.

A d. Procuradoria opinou pelo arquivamento da presente reclamação, pela perda do objeto (f. 129/130).
Relatados.

Como visto, alegam os reclamantes que este Relator, nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.505431/000, concedeu liminar, determinando a suspensão, nos autos da Ação Penal nº 0024.02.750052-9/000, da audiência de instrução e julgamento marcada para o dia 21.09.2009, sendo que o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, desconsiderando tal decisão liminar, está praticando atos preparatórios para a realização da audiência - que continua suspensa -, tais como designação de nova data e determinação de que testemunha, dada a sua condição especial - Conselheiro do Tribunal de Contas - indique data para ser ouvido.

Ao exame das informações de f. 113/114, vê-se que o reclamado afirmou que "laborou em equívoco", ao oficiar à testemunha da defesa, solicitando que indicasse, em ajuste prévio, local, dia e hora para ser ouvida, nos termos do art. 221 do CPP.

O reclamado assevera, porém, que não teve a mínima intenção de desrespeitar ordem deste Tribunal,

emanada dos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.505431/000, no sentido de que fosse suspensa a audiência designada para o dia 21.09.2009, nos autos do Processo nº 0024.02.750052-9.

Diz S. Ex.ª que o equívoco decorre do excesso de processos e da preocupação de emprestar bom andamento a todos os feitos que tramitam por aquele Juízo, além do que tinha em mente que a liminar concedida no referido mandado de segurança já tinha sido devidamente cumprida.

O reclamado destaca que não houve descumprimento da ordem, porque a audiência não chegou a ser realizada.

Quando muito, apenas atos preparatórios foram praticados, mas, mesmo assim, já foram suspensos.

Como se vê, o douto Magistrado, ainda que sob o fundamento de que laborou em equívoco, deixa evidenciado que realmente iniciou a preparação para a audiência, cuja realização estava suspensa por ordem deste Tribunal.

Não sem desconsiderar a justificativa apresentada pelo representado, é forçoso reconhecer, aqui, que os "atos preparatórios" da referida audiência somente foram obstados, ao que se pode ver, com a medida liminar concedida nos autos desta representação, ou seja, o descumprimento da ordem deste Tribunal, alegado na inicial desta representação, ainda que por mero equívoco do douto Magistrado, estava a ser concretizado.

Desse modo, fica clara a procedência da presente reclamação, de tal sorte que, ao contrário do entendido pela d. Procuradoria, *data venia*, não se há de dá-la por prejudicada, por perda do objeto.

Há, sim, que se dar por procedente a reclamação, a meu modesto aviso.

Do exposto, julgo procedente a reclamação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA, ALVIM SOARES, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, AUDEBERT DELAGE, NEPOMUCENO SILVA, MANUEL SARAMAGO, BELIZÁRIO DE LACERDA, PAULO CÉZAR DIAS, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, FRANCISCO KUPIDLOWSKI, RONEY OLIVEIRA, ALMEIDA MELO, KILDARE CARVALHO, BRANDÃO TEIXEIRA, VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - JULGADA PROCEDENTE.

...

Jurisprudência Cível

Ação negatória de paternidade - Fundamento - Erro de fato - Prova pericial - Requerimento - Admissibilidade - Voto vencido

Ementa: Agravo de instrumento. Ação negatória de paternidade. Fundamento. Erro de fato. Requerimento de prova pericial (exame de DNA). Admissibilidade. Provimento do recurso.

- Importa cerceamento de defesa o indeferimento de prova pericial expressamente requerida, cujo objeto é a demonstração de fato integrante da causa de pedir.

- Dentro dos critérios atuais da civilização, o exame DNA é considerado de valor absoluto, sendo que o registro de nascimento que se fez em desacordo com a verdade pode ser anulado, a qualquer tempo, por erro de fato.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.10.002397-7/000 - Comarca de Porteirinha - Agravante: E.C. - Agravado: M.C.C.M.L.C., representado pela mãe S.C.M. - Relator: DES. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Moreira Diniz, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2010. - Almeida Melo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Este recurso foi interposto contra a decisão trasladada às f. 139/141-TJ, que, em ação negatória de paternidade, indeferiu a realização de prova pericial e designou A.I.J. para o dia 2.6.2010.

Sustenta o agravante que tem o direito indisponível e personalíssimo, de ordem pública, à realização do exame de DNA, para a comprovação, ou não, da relação biológica entre as partes. Invoca a aplicação do art. 1.601 do Código Civil. Argumenta que todos os meios legais de prova são hábeis a demonstrar a veracidade dos fatos.

Contrarrazões às f. 161/165-TJ.

Estabelece o art. 130 do Código de Processo Civil que cabe ao juiz a direção do processo, podendo ele, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a realização das provas necessárias à instrução dilatória ou indeferir as diligências meramente protelatórias.

No caso, extrai-se das peças que instruem o agravo de instrumento que se trata de ação negatória de paternidade, apresentada pelo agravante ao fundamento de que não é o pai biológico da agravada e somente praticou o registro por ter sido levado a erro pela genitora.

A partir desse contexto, assimilo o entendimento de que é indispensável a produção da prova técnica requerida, para que se comprove a existência, ou não, da relação biológica entre as partes.

Embora o reconhecimento da paternidade tenha sido feito por ato de livre e espontânea vontade (f. 25-TJ), dentro dos critérios atuais da civilização, o exame DNA é considerado de valor absoluto.

O registro que se fez em desacordo com a verdade real pode ser anulado, a qualquer tempo, por erro de fato.

A doutrina afasta a existência da falsidade e do erro a que se refere o art. 1.604 do Código Civil apenas nos casos em que o pai registra o filho havido na constância do casamento, sabendo que não é seu.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial nº 146.548/GO, destacou que

A Constituição de 1988, alterando profundamente as instituições do direito privado, em especial as do direito de família, elevou como núcleo do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana, do qual decorre o direito de a pessoa saber quem são seus pais e quais são seus filhos. Estabelecido que não há restrição temporal para a investigação da paternidade, há de se concluir também que inexistente limite de tempo para a investigação da filiação, ainda que esta consista na negatória da paternidade derivada do registro civil e aceita como presunção decorrente do casamento.

Portanto, em obséquio das garantias previstas no art. 5º, LV, da Constituição Federal e da regularidade do processo originário, impõe-se o deferimento da prova pericial requerida e justificada.

Dou provimento ao recurso, para deferir a produção da prova pericial pleiteada pelo recorrente (f. 10-TJ e 17 e 88-TJ).

Custas, ex lege.

DES. MOREIRA DINIZ - Pelo que se percebe, a ação em que foi proferida a decisão agravada é "negatória de paternidade", com o autor alegando "que não é o pai biológico da agravada e somente praticou o

registro por ter sido levado a erro pela genitora" (voto do eminente Relator).

Uma vez reconhecida a paternidade, não mais se admite a ação negatória desta, porque efetuou o reconhecimento; sendo possível apenas a ação anulatória de registro, se realizado sob circunstância caracterizadora de um dos defeitos do ato jurídico.

O erro - que é a situação alegada pelo agravante - não é a simples declaração de ser pai, pensando ser, sem o ser.

O erro motivador da anulatória de registro - nunca de ação negatória de paternidade, que não é cabível com tal alegação - seria aquele provocado por atitude da mãe da agravada, que turvou a manifestação de vontade do então declarante e o levou a reconhecer, equivocadamente, a paternidade.

Essa é a prova a ser produzida.

No caso, a prova reclamada pelo agravante é o exame em DNA, mas este não prova ocorrência do erro como espécie de defeito do ato jurídico, senão a existência, ou não, da paternidade.

A simples constatação - aqui hipoteticamente falada - da inexistência da paternidade não implica, automaticamente, reconhecimento do erro como defeito do ato jurídico.

Há uma série de razões que podem levar alguém a fazer declaração que não corresponda à realidade, sem que isso constitua erro ou qualquer outro defeito do ato jurídico.

Logo, o DNA não é prova adequada para a natureza e finalidade da ação, em que o que deve ser provado é o erro na declaração, causado por interferência de terceira pessoa na manifestação de vontade do declarante, e não a inexistência da paternidade.

No caso, a prova é inócua, desnecessária.

Nego provimento ao agravo.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

...

Embargos à execução - Cheques pós-datados - Emissão - Negociação com empresa de *factoring* - Cessão de crédito - Equiparação - Notificação - Ausência - Exceção pessoal - Possibilidade - Art. 290 do Código Civil - Inexigibilidade do título - Extinção da exceção

Ementa: Execução. Embargos do devedor. Emissão de cheques pós-datados. Negociação com empresa de *fac-*

toring. Equiparação a cessão de crédito. Ausência de notificação. Exceções pessoais. Possibilidade. Inteligência do art. 290 do Código Civil. Inexigibilidade do título. Extinção da exceção.

- Ausente a notificação da emitente do cheque sobre a cessão do crédito, e considerando a natureza contratual e não cambial da relação vinculadora entre faturizador e faturado, possível é a arguição das exceções pessoais, envolvendo a *causa debendi*.

- A empresa faturizadora que não age com as cautelas devidas, quando da compra dos créditos junto à faturizada, deve buscar ressarcir-se junto à empresa de quem se tornou parceira, não sendo de se admitir que a executada seja compelida a pagar por uma mercadoria que comprovadamente não recebeu.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0604.09.014568-0/001 - Comarca de Santo Antônio do Monte - Apelante: Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Fogos de Artifício Pereira & Santos Ltda. - Apelado: Kambio Factoring Ltda. - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, 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, 22 de junho de 2010. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata a matéria de questão versada na apelação interposta por Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Fogos de Artifício Pereira & Santos Ltda., visando à reforma da r. sentença de f. 104/106, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Santo Antônio do Monte, nos autos dos embargos do devedor opostos à execução movida contra a ora apelante pela Kambio Factoring Ltda.

Em suas razões - f. 109/128 - pretende a apelante a reforma da r. sentença, ao fundamento de que, tal como proferida, não lhe fez justiça. Alega a recorrente que atua no ramo de comércio de fogos de artifício e que adquiriu da empresa Lulu Brindes material para divulgação e utilização em sua empresa, tendo sido exigida, na ocasião, a emissão de cheques pós-datados como garantia de pagamento, com a condição de serem pagos depois da entrega dos produtos. Que um dos

cheques foi negociado com a empresa de *factoring*, ora embargada/apelada, sem que a recorrente fosse notificada. Alega que a empresa Lalu não cumpriu o prometido e não fez a entrega do material adquirido pela ora apelante, o que levou à sustação dos cheques, ensejando o acionamento da autoridade policial e motivando a propositura de uma ação civil de anulação de negócio e a declaração de ineficácia dos cheques, antes do manejo da presente execução. Alega que não desconhece o fato de que as exceções pessoais, de regra, não podem ser opostas ao portador do cheque, mas, no caso, trata-se de uma exceção, uma vez que o portador do título é uma empresa de *factoring*. Traça longas considerações a respeito, para afirmar ser possível a discussão da *causa debendi*. Assevera que o título não está revestido de suas características e, portanto, não é passível de execução, não sendo exigível em face da ora apelante, “pois resultante de uma relação, contratual e não cambial” - f. 115. Diz que a exequente não atentou para as devidas cautelas no momento da aquisição do crédito e, portanto, deve procurar o ressarcimento junto à empresa de quem se tornou parceira, não havendo como exigir o pagamento da apelante, pelos produtos que não recebeu. Reafirma que não foi notificada da cessão do crédito e que, portanto não tomou conhecimento da mesma, não havendo nenhuma prova a respeito, o que permite a oposição da recorrente ao seu pagamento. Invoca o disposto nos arts. 290 e 294 do Código Civil, traz variada jurisprudência a respeito do tema, colacionando cópias inteiras de julgados deste Tribunal e pugna pelo provimento do recurso.

As contrarrazões estão às f. 132/140, em evidente contrariedade.

Preliminares não foram deduzidas nem as vi de ofício para serem enfocadas.

Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conheço do recurso, que foi regularmente preparado - f. 129.

Cuida-se de embargos do devedor, em que a embargante afirma haver emitido o cheque objeto da execução em razão da negociação com a empresa Lalu Brindes, para aquisição de uma grande quantidade de produtos, quais sejam brindes e caixas de papelão personalizadas, e que seriam utilizados em sua atividade comercial. Afirma que foram vários os cheques pós-dados dados em garantia da entrega dos produtos, para a referida empresa. Assevera que não recebeu a mercadoria, o que levou à sustação dos títulos, conforme demonstrado nos autos. Diz ainda que um dos cheques, o que se encontra em execução, foi repassado para a ora exequente, uma empresa de *factoring*, através de cessão de crédito. Alega que não foi notificada dessa cessão e que, portanto, é legítima a oposição de exceções pessoais, visto que o pagamento dos títulos estava condicionado à entrega da mercadoria. Afirma que, inclusive, já intentou ação visando à declaração de invalidade dos títulos.

Ressalte-se, inicialmente, que o *factoring* consiste numa cessão onerosa de crédito em que um comerciante transfere, mediante pagamento, à empresa faturizadora, títulos de crédito e assume os riscos de sua cobrança.

O doutrinador Waldo Fazzio Júnior preleciona:

O *factoring* ou faturização (fomento) é um contrato misto de compra e venda, desconto e cessão de crédito, pelo qual uma empresa vende a outra seu faturamento a prazo, total ou parcial, sem garantir o pagamento dos créditos transferidos, recebendo como preço valor menor que o daqueles, consistindo essa diferença em remuneração da empresa adquirente (*Manual de direito comercial*. 3. ed., Atlas, 2003, p. 539).

Por ser uma cessão de crédito, o *factoring* é regido pelas normas civis que tratam do assunto. O Código Civil dispõe em seu art. 290 que a cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, enquanto ele não for notificado a respeito. Confira-se:

A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou da cessão feita.

É consabido que os cheques são regidos por princípios próprios, dentre os quais se destacam a literalidade, abstração, autonomia e inoponibilidade das exceções pessoais (arts. 13 e 25 da Lei nº 7.357/85). Entretanto, a teoria comporta exceções, uma vez que em situações isoladas é possível discutir a *causa debendi* do título e aplicar a oponibilidade das exceções pessoais quando feita em face do credor originário.

Cinge-se o âmbito da discussão à possibilidade de ser declarada legal a obrigação consistente no pagamento do título objeto da lide, sob o argumento de que, na condição de empresa que desenvolve a atividade de *factoring*, não participou da relação jurídica entre a empresa faturizada e a apelante, sendo caracterizada como terceira de boa-fé.

Com efeito, ao terceiro de boa-fé, portador de cheque recebido, via endosso, são inoponíveis as exceções pessoais do emitente contra o recebedor da cártula. Entretanto, no caso em apreço, esse terceiro é especialíssimo, por tratar-se de empresa de *factoring*.

Reafirme-se que o contrato de *factoring* ou fomento mercantil se caracteriza como um contrato de natureza híbrida, muito assemelhado à própria cessão de créditos e do desconto bancário pelo qual uma empresa vende a outra seu faturamento a prazo, total ou parcial, sem garantir o pagamento dos créditos transferidos, recebendo como preço valor menor que o daqueles, consistindo essa diferença em remuneração da empresa adquirente.

Isto evidencia que no *factoring* a faturizadora compra os créditos da empresa faturizada, assumindo os riscos de eventual inadimplemento. Tanto é assim que à

faturizadora é facultada a escolha dos créditos, podendo rejeitar aqueles que não lhes interessa.

Essa a lição de Waldirio Bulgarelli:

Contudo, o endosso do título ao factor não será meramente um endosso mandato, mas pleno, transferindo-lhe a propriedade do título [...]. (*Contratos mercantis*. 9. ed. Atlas, 1997, p. 538.)

Na essência, o fomento mercantil é uma técnica de gestão empresarial em que o faturizador gere os créditos do faturizado, através da análise e controle dos mesmos, selecionando aqueles que lhe serão cedidos. Assim, antes de assumir um crédito, o faturizador deve proceder a uma pesquisa da veracidade e validade desse crédito.

No caso em apreço, a apelante comprovou que, em razão da não entrega das mercadorias adquiridas da empresa Lulu Brindes - f. 33/34 -, procedeu à sustação do cheques que deu em garantia do pagamento - f. 36 -, um deles objeto da execução em apenso - f. 05 -, tendo elaborado um boletim de ocorrência policial - f. 35 -, além de interpor ação própria visando à declaração de inexigibilidade dos títulos - f. 26/40.

Cabia, assim, à apelada demonstrar que, quando da aquisição da cártula, não havia qualquer vício em relação à mesma, ou seja, que o negócio subjacente havia sido cumprido. Trata-se de fato impeditivo do direito da exequente, ora apelada, ônus que lhe é imputado pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil. Entretanto, isso não ocorreu na espécie.

Em primeiro lugar, não existe nos autos qualquer prova de que a executada/apelante tenha sido notificada, como exige o art. 290 do Código Civil, mencionado alhures. É condição de eficácia da cessão a ciência do devedor da existência da transferência do crédito a terceira pessoa, que, *in casu*, é a embargada.

E a consequência da ausência de notificação do devedor é a possibilidade de este opor as exceções legais que tinha contra o credor primitivo.

A respeito do tema, voltemos à lição de Waldo Fazzio Júnior:

Nos termos do art. 290 do CC de 2002, a cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada. Quer dizer, a obtenção de eficácia da cessão relativamente ao devedor carece de sua cientificação. Até porque, se a cessão não lhe é notificada, pode opor ao cessionário as eventuais exceções que tem contra o cedente. É o que resulta do art. 377 do CC de 2002. Por exemplo, o emitente de cheque que desconhece o contrato celebrado entre faturizador e faturizada pode opor ao cessionário as defesas pessoais que poderia deduzir contra o empresário faturizado, porque não se aplica, no caso, o regramento perfeitamente às operações cambiárias (o.c., p. 541/542).

Por outro lado, em audiência atermada à f. 100, foi ouvida, sem compromisso, uma testemunha, a supervisora administrativa Deborah Cristina Souza Coimbra

Santos, funcionária da empresa embargante e esposa de um de seus sócios, que não recebeu contradita e declarou à f. 101:

Recorda a depoente com relação ao título objeto da execução ter havido entre ela e a pessoa de Kátia, da Kambio Factoring, embargada, uma conversação via telefônica; Kátia ligou para a empresa e indagou da depoente se poderia fazer a aquisição de um segundo cheque de emissão da empresa embargante em favor de Lulu Brindes; que a resposta da depoente foi de que não deveria ter a embargada adquirido nem mesmo o primeiro cheque, ambos de igual valor, pois a dita Lulu Brindes não fizera a entrega daquilo que fora adquirido pelo embargante; que o comentário com Kátia foi que então não poderia trocar este segundo cheque [...] que, como a Lulu Brindes não cumpriu o seu compromisso, a depoente entrou em contato com o seu representante de nome Marcelo e disse para ele que em razão de não ter entregue o que prometera então devolvesse os cheques emitidos; que Marcelo devolveu um dos cheques e falou para a depoente aquilo que ela já sabia em razão da conversa anterior tida com Kátia e já mencionada, no sentido de que um dos cheques fora negociado por Marcelo com a ora embargada [...]

A apelada, empresa de *factoring*, não produziu prova de que teria comprado o cheque executado, sem qualquer impedimento, ou de que teria procedido a uma pesquisa sobre a situação do mesmo e da própria empresa faturizada, obrigação que era sua, pela própria essência do negócio. Não juntou, sequer, o próprio contrato de fomento mercantil, ajustado com a empresa Lulu Brindes (inválido para tanto o borderô de f. 75), nem o comprovante de entrega das mercadorias, pagas pelo cheque em comento. Assim, é impossível a constatação de regularidade e validade da cessão procedida por meio de endosso.

Dessarte, sem a averiguação da regularidade do título adquirido, a apelada, empresa de *factoring*, assumiu o risco da sua inexigibilidade, risco este de sua própria atividade negocial, cumprindo ressaltar, ainda uma vez, que a autonomia e cartularidade do cheque, previstas nos arts. 13 e 25 da Lei nº 7.357/85, não são absolutas e irrestritas.

Nesse sentido, a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça:

A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de *factoring* que o recebeu por endosso (REsp 434.433/MG, da 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 25.3.2003).

No corpo do voto, definiu o e. Ministro:

A empresa recorrente é uma *factoring*, de sorte que, notadamente no desconto de cheques advindos de pessoas jurídicas, por endosso, bem sabe que o título se acha vinculado a

alguma obrigação assumida, em contrapartida, pela suposta credora e endossante, de sorte que a origem da dívida tem relação direta com o crédito que adquire.

Ainda a respeito da matéria:

Apelação cível. Execução. Embargos. *Factoring*. Natureza. Ausência de cientificação ao devedor. Arts. 1.069 e 1.071 do Código Civil. Nulidade do processo por cerceamento de defesa e nulidade da sentença por insuficiência do relatório. Preliminares repelidas. Má-fé processual. - Age deslealmente apelante que alega defeito manifestamente inexistente. Preparo. Deve realizar-se, quando muito, em simultaneidade com a apresentação do recurso, pois, nos termos do art. 511 do CPC, é este o momento da prova dele. Não há que se falar em cerceamento de defesa, por não realização da audiência de instrução e julgamento, quando previamente cientificadas as partes, por seus procuradores, da precipitação do procedimento, com o julgamento antecipado da lide. Se exhibe satisfatório relatório que consigna, resumidamente, nos termos do art. 458, I, do CPC, pretensão e defesa, com isso identificando objetivamente o litígio. À míngua de legislação mais específica, resolve-se a natureza da faturização pelas regras próprias a cessão de crédito, motivo pelo qual não se há de dispensar, para a obtenção de eficácia relativamente a ele, a notificação do devedor (art. 1.069 do Código Civil). Age com manifesta má-fé a parte que alega preliminar de invalidade do processo, destituída de um mínimo de fundamento fático, pois regular e previamente intimada do julgamento antecipado da lide. É inadmissível recurso de apelação que não exiba prova do preparo, conforme exigência do art. 511 do CPC. Sentença mantida (AC 197208655, 6ª Câmara Cível, TARS, Rel. Juiz Antônio Janry Dall'Agnol Júnior, j. em 9.9.1998).

Portanto, a apelante, que não recebeu a mercadoria objeto da frustrada negociação, isso por evidente má-fé da cedente do título, não pode ser obrigada ao seu pagamento, até porque, repita-se, a empresa faturizadora, antes de adquirir o cheque, deveria exigir da faturizada a comprovação acerca da concretização da compra e venda representada pelo referido título.

Logo, se assim não procedeu, não é justo que a apelada pague por um bem que não logrou receber; tampouco pode sucumbir diante do comportamento imprevidente da exequente/apelada, que, evidentemente, poderá buscar ressarcir-se junto à empresa de quem se tornou parceira.

Assim, constatado o vício quando da aquisição do cheque, entendo possível ao emitente apresentar as exceções pessoais que teria contra o recebedor da cartula, em relação ao faturizador, e, demonstrada a irregularidade da cessão, conforme visto acima, não há como prosperar a pretensão executiva.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença e acolher os embargos do devedor, restando insubsistente a penhora efetivada nos autos da execução, a qual julgo extinta pela inexigibilidade do título. Condeno a exequente embargada ao pagamento das custas processuais e recursais e honorários advocatícios, que, na forma do disposto no art. 20,

§ 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), que serão corrigidos na época do efetivo pagamento.

Resumo do dispositivo (art. 506, III, CPC):

- Dar provimento à apelação para reformar a r. sentença e acolher os embargos do devedor e, declarando a insubsistência da penhora, julgar extinta a execução.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e GENEROSO FILHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

**Menor - Guarda provisória - Liminar -
Deferimento a terceiros - Detrimento da avó
materna e da vontade dos genitores -
Manutenção do menor na família biológica -
Ausência de riscos**

Ementa: Agravo de instrumento. Liminar deferindo a guarda provisória do menor a terceiros, em detrimento da avó materna e da vontade dos genitores. Inexistência de risco na manutenção do menor sob os cuidados da família biológica.

- Deve-se priorizar a permanência da criança com a família biológica, salvo quando desta convivência possa advir risco ao menor.

- Inexistindo nos autos conduta desabonadora da avó materna e sendo vontade dos genitores que a criança permaneça com ela, não há motivos para promover a transferência da guarda a terceiros.

- Indícios de que as declarações prestadas pelos autores não correspondem ao quadro fático real.

Ausência de urgência a ensejar o provimento liminar.

Recursos providos.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº
1.0002.09.022690-9/001 (em conexão com
1.000.10.001949-6/000) - Comarca de Abaeté -
Agravantes: J.A.A.C. e outros - Agravados: A.E.S. e
outro J.A.O. - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2010. - *Helôisa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de agravos de instrumento interpostos por M.C.J. e J.A.A.C. e outros contra as r. decisões da MM. Juíza do Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Abaeté, que, respectivamente, deferiu a medida liminar em cautelar de busca e apreensão para que a criança fosse entregue aos autores, ora agravados, e deferiu a antecipação de tutela pleiteada pelos ora recorridos nos autos da ação de guarda, conferindo-lhes a guarda provisória do menor T.B.C.

No primeiro agravo, a avó do menor salienta que os agravados são estranhos e que narraram com má-fé a inicial que pleiteava a busca e apreensão.

Afirma, ainda, que os agravados apenas tomavam conta do menor e que a genitora da criança pagava aos agravados pelo serviço.

Aduz, ainda, que a criança foi tirada do convívio com a avó materna e de seus genitores.

Os demais agravantes alegam, preliminarmente, nulidade da decisão que deferiu a guarda provisória por ausência de fundamentação.

No mérito, pugnam pela revogação da guarda provisória deferida aos agravados, alegando que os autores omitiram diversas informações na exordial, entre elas, o fato de que o menor estava sob a guarda da avó materna, residindo na cidade de Contagem/MG, e o fato de que os genitores jamais abandonaram a criança.

Dizem, ainda, que os requerentes faltaram com a verdade ao afirmar que o pai do menor se encontrava em local incerto e não sabido, não tendo informado o respectivo endereço com o intuito de levar o Judiciário a erro.

Houve uma primeira decisão, nos autos de nº 1.0000.10.001949-6/000, indeferindo o efeito rogado. Porém, com a chegada dos autos de nº 1.0002.09.022690-9/001, acompanhados de declarações dos genitores da criança, reexaminei a questão e deferi o efeito ativo ao recurso para que o menor retornasse à família biológica como se vê às f. 90/91.

Indeferido o pedido de reconsideração dos agravados às f. 119/120 (2º).

Contraminuta às f. 150/154 (2º).

Parecer da ilustre Procuradoria de Justiça às f. 123/127, opinando pelo desprovimento do recurso (1º).

Embora existam dois recursos, impugnando decisões distintas, tenho que a questão dos autos deve ser decidida conjuntamente.

O primeiro recurso ataca a decisão liminar que deferiu a busca e apreensão do menor. O segundo, a decisão que deferiu a guarda provisória aos agravados. As controvérsias dos recursos, como se vê, são complementares, uma vez que a criança deve ficar com o detentor de sua guarda provisória, sendo a busca e apreensão mera decorrência lógica dessa fixação.

Portanto, examinarei os agravos conjuntamente.

Passo a decidir.

I - Ausência de motivação da decisão agravada.

A decisão que deferiu a guarda provisória, embora sucinta, não merece ser cassada.

O entendimento deste Tribunal a respeito do tema é o seguinte:

Processual civil - Agravo de instrumento - Ação declaratória com pedido de tutela antecipada - Decisão de primeiro grau que indeferiu a antecipação da tutela - Ausência dos requisitos estabelecidos no art. 273 do Código de Processo Civil - Ausência de fundamentação - Inocorrência - Fundamentação concisa - Decisão mantida. 1 - Não se vislumbrando, nos autos, a prova inequívoca do direito alegado, como sendo aquela que asseguraria à parte uma sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido da medida liminar, autorizada pelo novo art. 273 do Código de Processo Civil, deve-se inacolher a pretensão recursal. 2 - É nula a decisão que se encontra sem fundamentação, não o sendo aquela que apresenta fundamentação concisa. 3 - Preliminar rejeitada; recurso a que se nega provimento. (TJMG - Relator: Batista Franco - Sexta Câmara Cível - Data da publicação: 16.09.2005.)

Entendo que as decisões e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, sendo certo que essa concisão não significa ausência de fundamentação.

Dispõe o art. 165 do Código de Processo Civil o seguinte:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Ademais, ao deferir a busca e apreensão do menor (vide f. 29 e 30, 1º recurso), a Julgadora singular exteriorizou com maior minúcia as razões que levaram à formação de seu convencimento, o qual foi baseado no fato de que os autores possuíam a guarda provisória anteriormente.

Tenho que, embora sucinta, não está eivada de nulidade a r. decisão guerreada, *data venia*, razão pela qual rejeito a preliminar.

II - Mérito.

Embora existam duas decisões em discussão, tenho que a questão da guarda é prejudicial à busca e apreensão do menor, sendo a última decorrência lógica da primeira.

Portanto, o cerne da controvérsia diz respeito à guarda provisória do menor.

A situação narrada nos autos é delicada, tendo em vista a incipiente produção probatória, a incompatibilidade de versões apresentadas pelas partes, além do fato de que a criança tem sofrido com a instabilidade relativa ao lar.

Cediço que, em se tratando de guarda de menor, o julgador deve atentar sempre aos interesses da criança, prioritários sobre o dos demais envolvidos. No entanto, nesta fase de cognição sumária, inexistindo elementos que desabonem quaisquer das partes, deve-se privilegiar a situação que ofereça menor risco à criança e que tenha contornos, ainda que tênues, de estabilizar-se ao longo do tempo.

A liminar que deferiu a busca e apreensão do menor foi proferida sem a oitiva da avó ou dos pais da criança, tendo a MM. Juíza se baseado em declarações e documentos produzidos de forma unilateral pelos autores.

A decisão fundou-se nas alegações dos requerentes de que detinham a guarda provisória do menor e de que a avó da criança tinha retirado T.B.C. de seus cuidados de forma indevida.

Porém, pelo exame das provas colacionadas pela avó materna e pelo genitor da criança nestes recursos, percebe-se que a guarda provisória anteriormente deferida aos ora agravados já havia sido revogada por disposição posterior, na qual os pais do menor relegaram o encargo à avó materna (f. 75 e 76).

Dessa forma, inverídicas as alegações dos requerentes (que culminaram na concessão da liminar em seu favor), uma vez que a avó de T. estava munida da autorização dos pais de seu neto para o exercício da guarda provisória, tendo-o retirado da casa dos agravados com o respaldo de tal documento.

Lado outro, embora existam informações nos autos de que a criança se encontrava sob os cuidados dos autores pelo período de quase dois anos, creio que neste momento processual não há indícios de abandono por parte dos pais biológicos a autorizar a suspensão do pátrio poder.

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 de 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.

§ 1º *Omissis*.

§ 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 do abandono justamente por seu caráter transitório, justificado 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.

Como se vê dos documentos de f. 69/74 (2º), a genitora do menor, mesmo dos EUA, enviava dinheiro aos recorridos para que cuidassem da criança, sinalizando que se preocupava com o filho, ainda que à distância, não sendo possível penalizá-la, desde já, pela necessidade de buscar melhores condições financeiras fora do País.

Ademais, no próprio termo em que a genitora conferiu a guarda provisória inicialmente aos agravados (f. 46), frisou-se que os pais continuariam auferindo os mesmos direitos e deveres em relação à criança.

O pai de T., por sua vez, além de não ter assinado o termo de f. 46, não se encontrava em local incerto ou não sabido como afirmado na exordial. Tanto que o genitor compareceu aos autos, embora tenha sido citado por edital.

Em contrapartida, os autores não esclareceram de modo satisfatório a relação que teriam com a criança e sua mãe, o que permanece obscuro nos autos, tendo a avó materna afirmado que eles “recebiam dinheiro” de sua filha para cuidar da criança enquanto esta trabalhava.

Nesse mesmo sentido, as declarações da assistente social à f. 77 indicam que os recorridos associam os cuidados ao menor à obtenção de uma contraprestação pecuniária, tal como uma relação de prestação de serviços, como se vê do seguinte trecho:

Fiz contato com a Sr.ª A., perguntei se ela tinha a guarda judicial da criança, ela me relatou que não tinha, disse que há quase dois anos tomava conta da criança, que pegou afinidade por ela, disse a ela que mais dias menos dias a mãe ou responsáveis buscariam a criança, disse quem pagaria pelo seu trabalho.

Não se sabe ao certo a data em que a mãe dos menores foi para o exterior, nem a relação que o genitor e a avó tiveram com o menino durante o período em que ele esteve com os requerentes.

É de se atentar também ao fato de que a criança já se encontrava com a avó desde dezembro de 2009 e, ao que tudo indica, estava sendo bem cuidada.

Além disso, mantendo-se a guarda provisória com a avó materna, tal qual a vontade externada pelos geni-

tores da criança, detentores do pátrio poder, facilita-se a convivência do menor com seus pais e demais familiares, o que é sempre recomendável.

A avó já está providenciando uma viagem para que o neto visite a mãe, o que, a meu ver, é salutar, até mesmo porque, repita-se, até o momento a genitora ainda é responsável pela criança, já que não fora destituída do poder familiar.

Desse modo, não vejo razões para, contra a vontade dos pais do menor, deferir a guarda provisória aos agravados em detrimento da avó da criança, mormente por inexistirem indícios de que a permanência com a família biológica pode ocasionar risco ao menor.

Vislumbro, em sentido contrário, risco maior em deixar que a criança permaneça com terceiros, alheia às relações familiares, sem contato algum com seus pais biológicos.

Tenho que só se justifica a retirada da criança do seio familiar quando comprovado que há risco iminente para o menor, em decorrência de maus-tratos, abandono, ou outras das hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil, o que não restou comprovado nestes autos.

Para a transferência da guarda de T. a terceiros, faz-se necessária a demonstração de que a família biológica não tem como propiciar adequadas condições ao desenvolvimento da criança, o que, até o momento, não pôde ser constatado.

Nesse passo, aparenta-me desarrazoado neste exame sumário que, sem quaisquer razões imperativas, se retire a criança de sua família original, sendo direito do menor ter amplamente assegurada a convivência familiar (art. 19 do ECA).

Levando-se em consideração a controvérsia quanto aos fatos levantados na exordial, bem como os indícios de que as declarações prestadas pelos autores não correspondem ao quadro fático real, de melhor alvitre que o menor permaneça, por ora, com a família biológica.

Registro que o feito ainda será devidamente instruído, com a elaboração, em caráter de urgência, de estudos sociais, além da coleta de depoimento das partes e testemunhas, ocasião na qual poderá se apurar, com segurança, qual das partes propiciará melhores condições de desenvolvimento ao menor.

Enfim, creio que é mais seguro, no caso, privilegiar a situação que naturalmente ocorreria, caso não se comprovasse que a família original não tem condições de cuidar da criança. Pensando a longo prazo, deve-se registrar que a guarda a terceiros é medida que precede a adoção, e esta só poderá ocorrer após a destituição do poder familiar dos pais biológicos.

Ausente urgência a ensejar a transferência liminar da guarda do menor para terceiros, impõe-se a manutenção da guarda provisória com a avó materna, como autorizado pelos pais da criança, mormente por

não haver indício de risco à integridade física, psíquica ou moral com a adoção dessa medida, além de priorizarem-se os laços familiares.

Pelos motivos expostos, não restaram presentes os requisitos à concessão das medidas liminares em favor dos autores, tanto no tocante à guarda, quanto em relação à busca e apreensão.

Com tais considerações, dou provimento aos recursos, revogando as decisões de f. 24-v. (1.0002.09.022690-9/001) e f. 29/30 (1.0000.10.001949-6/000), confirmando a decisão de f. 90/91, prolatada nos autos de nº 1.0002.09.022690-9/001, que determinou que o menor ficasse sob os cuidados do genitor e da avó materna.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Indenização - Erro de diagnóstico - Ato ilícito - Laboratório - Responsabilidade - Culpa caracterizada - Exame de vírus de HIV - Aids - Divulgação errônea do resultado - Dano moral - Caracterização - Critérios de fixação

Ementa: Ação de indenização. Erro de diagnóstico. Ato ilícito. Laboratório. Divulgação errônea de resultado. Acusação de o paciente ser portador do vírus da Aids. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Danos morais. Caracterização. Critérios de fixação.

- A atividade laboratorial se insere dentre aquelas que se avizinham à prestação dos serviços médicos, motivo pelo qual deve ser tratada no mesmo plano, no que respeita à responsabilidade civil, seja quanto aos elementos para a sua caracterização, seja mesmo quanto aos efeitos que produz.

- Ao divulgar um resultado de exame, o ente prestador deve acautelar-se de todos os procedimentos necessários à preservação da integridade física e moral do paciente, inclusive quanto aos riscos do exame e à imprecisão do resultado, sob pena de responder pelos danos produzidos em decorrência da indicação de diagnóstico errôneo.

- A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida é uma moléstia de efeitos nefastos, e o erro na informação de resultado de exame laboratorial indicando desacetadamente a presença do vírus causa constrangimentos de

toda a ordem na pessoa que ao mesmo se submeteu, justificando, assim, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.04.038047-5/001 - Comarca de Araguari - Apelante adesiva: I.G.F. - Apelantes: 1º) G.C., 2º) L.S.S. Ltda. - Apelados: L.S.S. Ltda., G.C., I.G.F. - Relator: DES. NILO LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvimar de Ávila, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PRIMEIRA, SEGUNDA E ADESIVA.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2010. - *Nilo Lacerda*
- Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo segundo apelante, o Dr. Fernando Mitraud Ruas.

DES. NILO LACERDA - Em juízo de admissibilidade, conheço dos recursos. Próprios, tempestivos e regularmente processados, estando sem preparo o adesivo pelo fato de a apelante litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de f. 145/160 proferida pela MM. Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Araguari, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por I.G.F. na ação de indenização que propôs contra L.S.S.Ltda. e G.C.

Por consequência foram responsabilizados os requeridos solidariamente ao pagamento de R\$15.000,00, a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente pelos índices divulgados pela egrégia Corregedoria-Geral de Justiça e acrescidos de juros moratórios de 0,5% ao mês, nos termos do art. 406 do novo Código Civil.

Custas e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação pelos réus.

Interpostos os embargos de declaração de f. 162/163 pelo L.S.S. Ltda., foram rejeitados pela decisão de f. 165/166.

Os embargos de declaração apresentados por G.C. foram juntados às f. 168/169 e rejeitados pela decisão de f. 171/173.

Não se conformando com a decisão do primeiro embargo de declaração, G.C. protocolou outro, que foi juntado às f. 175/176.

Ao examinar o segundo embargo de declaração, a MM. Juíza *a quo*, proferiu a decisão de f. 178/179, restando modificada a sentença e consignado que os

juros e a correção monetária incidentes sobre o valor fixado para a indenização seriam computados a partir da data do ajuizamento da ação, bem como para deferir o pedido de justiça gratuita e a suspensão da exigibilidade de 50% das custas processuais devidas pelo 1º apelante.

Inconformado, o 1º apelante esclarece que é biomédico regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina, pelo que não é médico responsável pelo laboratório, visto que nem é médico.

Diz que, ao tempo da realização do exame referido na inicial, era funcionário do primeiro réu, exercendo a função de auxiliar de laboratório, pelo que considera não lhe poderia ser imputada responsabilidade, sob o fundamento de ser o médico responsável pelo resultado do exame.

Reitera as preliminares de ilegitimidade, de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse de agir.

No mérito, lembra que o documento de f. 11 não serve como parâmetro para uma ação indenizatória, visto que o teste anti-HIV, assim como os demais exames de laboratório, apresentam resultados falsos negativos e falsos positivos, não existindo nos autos prova de que a autora não fora alertada deste risco, existindo inclusive a realização de outro exame 04 meses antes, em outro laboratório com resultado negativo (f. 15).

Aduz a inexistência de obrigação de indenizar, por não estarem conjugados os três elementos indispensáveis, qual seja: a prática de um ato ilícito, derivado de culpa ou dolo, a produção de um dano e o nexo de causalidade.

Pede seja afastada sua condenação solidária e reduzido o valor fixado.

Em seu recurso, o 2º apelante alega não ter sido corretamente analisada a prova dos autos, sendo equivocadas as argumentações consignadas na r. sentença recorrida.

Afirma não terem sido examinadas todas as questões trazidas pelas partes, ocorrendo simples opção pela tese desenvolvida pela autora, o que constitui nulidade e cerceamento de defesa, fato que foi objeto de interposição de embargos de declaração, rejeitados sem que fossem supridas as omissões apontadas.

Por cautela, pleiteia a redução do valor fixado.

Recurso adesivo juntado às f. 214/217 com o objetivo de obter a majoração da condenação dos réus.

Contrarrazões pela autora juntada às f. 218/227.

Pelo despacho de f. 232, determinei a remessa dos autos à origem para que fossem colhidas as contrarrazões dos réus ao recurso adesivo da autora, comparecendo apenas o 2º réu, sendo sua manifestação juntada às f. 235/241.

Da 2ª apelação.

Diante da prejudicialidade existente entre os recursos, passo a analisar e julgar primeiramente a 2ª apelação.

A responsabilidade civil dos laboratórios por suposto defeito na prestação de serviços sujeita-se à norma disposta no art. 14 do CDC, que oferece disciplina específica para o assunto.

A noção de defeito na Lei 8.078/90 está diretamente relacionada à legítima expectativa de segurança do consumidor e, conseqüentemente, aos riscos que razoavelmente se esperam de um serviço.

Pela análise do documento de f. 13, verifico que nele não consta nenhuma ressalva acerca da possibilidade de ocorrer resultado falso positivo, ou mesmo uma ressalva informando a consumidora da necessidade de complementação posterior, para afastar qualquer margem de erro e obter confirmação através da realização de um segundo exame da correção do primeiro resultado, restando, portanto, configurada negligência por parte do laboratório na elaboração do resultado entregue à autora.

Essa circunstância, por si, afasta a alegada excludente de responsabilidade e a possibilidade de que a ocorrência de um falso positivo fora informada à autora no momento da entrega do resultado de f. 11.

Entendo que o fato de a autora ter efetuado outros exames antes do efetuado pelo laboratório réu não altera em nada o fato apurado nos autos, nem modifica ou afasta o erro cometido, devendo ser ressaltado que os motivos que levaram a consumidora a fazer repetidamente exames de AIDS não estão sob indagação.

O alegado erro de diagnóstico efetivamente ocorreu, não tendo sido pelos réus demonstrada a existência de fato impeditivo ou modificativo do direito pleiteado na inicial, restando de forma incontroversa apurado que o laboratório demandado se equivocou na avaliação da amostra sanguínea, fato que deve ser destacado, especialmente, repito, por importante, por não fazer constar do resultado entregue à autora (vide f. 11), nenhum meio de observação que a possibilitasse ter pleno conhecimento de que o resultado do exame não era 100% de certeza de ela estar com Aids, ou seja, não existe no documento e nos autos comprovação da possibilidade de ocorrência de falso positivo, seja em razão do método utilizado, seja em razão de condições particulares do próprio paciente.

Diferente seria a interpretação caso a possibilidade de ocorrência de falso positivo fosse esclarecida no corpo do exame, possibilitando um diagnóstico em descompasso com a realidade da paciente.

Ademais disso, os elementos de prova dos autos informam que a autora, para afastar sua preocupação, necessitou se submeter a outros exames por conta própria, como se verifica de f. 14/15, pois, somente cerca de dois meses depois, através do exame providenciado pelo laboratório réu de f. 13, dele recebeu a comprovação de que não estava com Aids.

Verifica-se, assim, que a culpa do laboratório réu restou configurada em razão de três distintos motivos.

O primeiro é por não ter advertido a autora de que o exame para constatação da Aids era sabidamente contraditório, sofrendo às vezes variações, até mesmo em função das condições da própria autora.

Por corolário lógico, se tinha conhecimento o laboratório de que o exame tinha alta margem de erro quanto à constatação da doença, a advertência à interessada era medida indispensável, justamente para evitar o elemento surpresa, e, ainda, para que a paciente pudesse ter conhecimento de que esses exames, às vezes, tendem para um resultado impreciso.

Se essa advertência tivesse sido feita, o que não ocorreu no caso em análise, os efeitos da notícia seriam outros e, desde o início, não teriam tido a extensão que tiveram, já que a própria interessada estaria ciente de que o resultado, em princípio, era confiável, mas que, em determinados casos, poderia haver interpretação dúbia, ou até mesmo um erro na constatação do vírus, determinando-se, assim, um novo exame para comprovação do anterior.

Num segundo momento, entendo que houve negligência do laboratório ao não promover, de imediato, a contraprova, sobretudo ante o reconhecimento de que a primeira prova se mostra imprecisa em determinadas ocasiões.

Portanto, ciente de tal circunstância e como órgão responsável pela realização do exame e capacitação técnica suficiente, tinha o dever de realizar outro imediatamente, evitando, com isso, o dissabor de uma divulgação equivocada, notadamente sobre um tema de especial sensibilidade.

Em terceiro plano, verifica-se que a ciência moderna se encontra num estágio de enorme avanço tecnológico, colocando à disposição dos profissionais métodos e equipamentos capazes de apontar com absoluta precisão um diagnóstico acertado.

Isso também se aplica aos métodos para realização dos exames e o laboratório e seus técnicos, médicos e biomédicos, tinham o dever de recorrer a tais métodos para certificar-se do resultado do exame antes mesmo de divulgá-lo, considerando-se, evidentemente, que as conseqüências de uma informação errônea poderiam ser desastrosas, como ocorreu no caso.

Reside, pois, nesses aspectos, a culpa do laboratório/apelado, de modo a caracterizar o primeiro elemento da responsabilidade civil, conduzindo-se, via de conseqüência, ao dever de indenizar.

Na célebre conceituação de Savatier:

A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária,

constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito (*Traité de la responsabilité civile*. Tomo I, nº 4, p. 5).

Extrai-se, portanto, da conceituação do civilista francês que a culpa se define como uma inexecução de um dever que o agente deveria e poderia observar, ocorrendo o ilícito civil tanto na hipótese de inexecução voluntária ou involuntária.

Assim, ao ter prévio conhecimento de que o exame do HIV pode traduzir resultados conflitantes, era dever da 2ª apelante, como norma de sua conduta profissional, orientar os seus prepostos para, constatado o resultado positivo, realizá-lo novamente, sempre precedido da advertência ao paciente de que tais circunstâncias podem ocorrer.

Ora, quem se submete a um exame geralmente é leigo, e o dever de informar e orientar é pré-requisito de uma atividade médico-hospitalar sadia e eficaz, evitando, assim, que a pessoa, já desgastada pelo ambiente hostil e pela preocupação e ansiedade, transtorne-se ainda mais diante de uma constatação de tamanha gravidade.

Esse é o entendimento de Aguiar Dias:

[...] o erro de diagnóstico, ainda que dê origem a intervenção desarrazoada, não estabelece por si mesmo a responsabilidade do profissional. Para esse efeito, deve ser a expressão de ignorância indesculpável; ou de má interpretação de dados semilógicos corretamente obtidos; ou de desinteresse em obtê-los; ou da omissão de pesquisas clínicas e radiológicas necessárias ao tratamento, se o meio em que atua o profissional dispõe desses recursos (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 226).

E, sendo esses recursos disponíveis, incumbia ao laboratório, de rigor, utilizá-los, evitando, assim, o sofrimento da apelante de se ver diante de uma situação de extremo constrangimento, em decorrência de uma informação imprecisa, sem que tenha sido previamente advertida desses riscos, ou, ainda, orientada pelos médicos da apelada após a realização do exame “falso positivo”.

Nesse sentido, colaciona-se:

Ementa: Indenização. Entrega de resultado errado. Responsabilidade do laboratório. Culpa caracterizada. Exame de vírus de HIV. Aids. Sentença reformada.

[...]

- A atividade laboratorial se insere dentre aquelas que se avizinham à prestação de serviços médicos, motivo pelo qual deve ser tratada no mesmo plano, no que respeita à responsabilidade civil, seja quanto aos elementos para a sua caracterização, seja mesmo quanto aos efeitos que produz.

- 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. Assim, restando evidenciada a culpa, há o dever ressarcitório (TJMG - Apelação Cível nº

1.0693.00.001206-4/001, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 22.11.2005).

Assim sendo, diante desses elementos fáticos, demonstrada a culpa e sendo inequívocos o dano e o nexo causal, surge para o laboratório o dever de indenizar pelo dano moral a que deu causa.

Como é próprio, o dano moral vem a ser a lesão a interesses não patrimoniais de pessoa física, ou mesmo jurídica, provocada por fato lesivo, consistindo, em resumo, na lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade ou nos atributos íntimos da pessoa.

Conclui-se, portanto, que a ofensa moral é aquela que atinge valores íntimos da pessoa humana, penetrando na preservação de conceitos e sentimentos pessoais, cuja mensuração escapa do raio de atuação do próprio direito, já que o sentimento do homem é algo intangível e que, a despeito de não ser palpável, é tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Tanto assim que a legislação pátria erigiu essa proteção à norma constitucional, estando assegurada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X, a proteção aos valores da intimidade.

Logo, como anota Caio Mário:

Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito, obrigatório para o legislador e para o Juiz (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Editora Forense, 1995, p. 58).

A Aids - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida -, conhecida como “Mal do Século”, é uma moléstia de efeitos nefastos, seja no âmbito clínico, seja no âmbito moral. Clínico porque debilita o sistema de defesa humano, tornando o organismo passível de qualquer doença e tornando-o incapaz de produzir as suas defesas. É moral porque decreta a morte de quem possui o vírus, morte social, decorrente do preconceito, da incompreensão, do isolamento, que ainda ocorrem em nossa sociedade, levando a vítima às raias da loucura, sem esperança de vida.

O dano, portanto, materializa-se na sensação de perda e na certeza convicta de que, a partir de então, o mundo passa a ser outro, mais sombrio, e de que todos os planos e projetos pessoais se esvaziam, passando a ser a vida um constante sofrimento.

Ter essa sensação - ainda que por algum tempo - é o bastante para adentrar no âmago da personalidade humana, causando alterações e sérios transtornos e atingindo o lado imaterial do sujeito que, agredido, deve ser reparado, mesmo que não haja uma relação de compensação entre o sentimento e a indenização recebida.

A autora, nitidamente, passou por esse sofrimento, mesmo que temporário, ao ter que conviver com a reali-

dade, mesmo que hipotética, de que sua vida mudou de forma completa, tudo em função do engano e da irresponsabilidade da apelada, ao negligenciar na constatação e divulgação de algo que sabia ser impreciso, não se cercando dos cuidados para evitar as consequências que podiam ser previsíveis.

Logo, existindo o dano, há o dever de repará-lo.

Da 1ª apelação.

No exame da apelação apresentada pelo biomédico, 2º réu, nada encontro que possa afastar sua responsabilidade, que decorre da chancela dada no resultado, atestando sua veracidade, não como médico, mas como biomédico, não sendo esta ou aquela profissão fator possível de ser utilizado para afastar a solidariedade para com o laboratório.

Da apelação adesiva.

Busca a autora apelante adesiva a majoração do valor fixado na r. sentença recorrida.

Quanto à fixação dos danos morais, devem-se observar dois fatores: ter a condenação um caráter punitivo, para que o causador do dano sofra uma reprimenda pelo ilícito praticado; e ter também um caráter de compensação, para que a vítima possa, ainda que precariamente, se recompor do mal sofrido e da dor moral suportada.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal:

Ementa: Indenização - Dano moral - Laboratório - Divulgação de resultado de exame indicando erroneamente que o paciente é portador do vírus da Aids, 'Síndrome da Imunodeficiência Adquirida' - Caracterização - Critérios de fixação - *Quantum* indenizatório balizado em caso análogo. [...]

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida é uma moléstia de efeitos nefastos, e o erro na informação de resultado de exame laboratorial indicando desacetadamente a presença do vírus causa constrangimentos de toda a ordem na pessoa que ao mesmo se submeteu, justificando, assim, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais.

'A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa' (RT 706/67). (TJMG - Apelação Cível nº 1.0672.03.123006-9/001, Rel. Des. José Antônio Braga, j. em 25.04.2006).

Em vista disso, e considerando ainda que a indenização não pode constituir uma fonte de enriquecimento ilícito, hei por bem manter a indenização fixada em R\$15.000,00 (quinze mil reais), como forma de compensação pelo sofrimento suportado.

Diante de tais considerações, nego provimento às apelações, mantendo íntegra a r. sentença recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade da autora por força do disposto no 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 ÀS APELAÇÕES PRIMEIRA, SEGUNDA E ADESIVA.

...

Reintegração de posse - Servidão de passagem aparente - Súmula 415 do STF - Instalação de porteira - Turbação - Art. 927 do CPC - Requisitos - Presença - Liminar - Manutenção

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Servidão de passagem aparente. Liminar. Requisitos do art. 927 do CPC. Presença.

- O direito real de servidão de passagem é instituto distinto do direito de vizinhança à passagem forçada, sendo que o encravamento do imóvel é requisito apenas deste último.

- O fato de haver outro acesso que pode ser utilizado pelo agravado para chegar a sua propriedade não afeta o seu direito de se valer da ação possessória para proteger a sua posse.

- Estando presentes nos autos os requisitos do art. 927 do CPC, deve ser mantida a decisão que deferiu a liminar de reintegração de posse ao autor.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0514.09.047127-7/001 - Comarca de Pitangui - Agravante: Valdeci Caetano da Costa - Agravado: Geraldo Majela de Brito - Relatora: DES.ª ELECTRA BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Pereira da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2010. - *Electra Benevides* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Gabriel Amaral Fonseca.

DES.º ELECTRA BENEVIDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Valdeci Caetano da Costa contra a decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Pitangui, que, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por Geraldo Majela de Brito, deferiu a liminar de reintegração de posse requerida pelo ora agravado, a fim de compelir o agravante a retirar a porteira colocada na estrada onde se alega ter ocorrido o esbulho, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais) para o caso de descumprimento da ordem.

Irresignado, insurge-se o agravante contra a r. decisão, alegando que, ao contrário do alegado pelo agravado, a estrada onde a porteira foi instalada não é a única que dá acesso às suas terras, haja vista que existe uma segunda entrada que permite ao autor ingressar em sua propriedade, não se tratando, portanto, de servidão.

Defende que o fato de haver uma porteira, que é utilizada para evitar que o gado do agravante escape durante o período de passagem, não configura esbulho possessório, pois aquela não fica trancada em momento algum, e permanece aberta na maioria das vezes.

Informa que, não obstante a Prefeitura Municipal de Leandro Ferreira não ter apresentado provas de que a estrada vicinal onde o agravante instalou a porteira era de propriedade da Municipalidade, o agravante firmou um acordo com o referido ente público, comprometendo-se a manter a porteira sempre aberta e apenas fechá-la durante o período do manejo do gado, ficando acordado, ainda, que o recorrente providenciaria uma placa com os seguintes dizeres: “Estamos manejando gado, favor manter a porteira fechada”, o que foi feito.

Reitera que

a porteira está sempre aberta, não só destrancada, mas totalmente aberta, sendo fechada somente por poucos minutos e em 4 dias da semana, quando é necessário levar e buscar o gado no pasto.

Afirma que, também, ao contrário do alegado pelo agravado, na estrada onde a porteira foi instalada não transitam ônibus municipais para levar e buscar as crianças para a escola.

Sustenta que a estrada não é utilizada por todos da região, pois é passagem apenas para as terras do agravante, do agravado e do Sr. Leri de Oliveira.

Destaca que as declarações colacionadas aos autos atestam que é o agravante quem cuida da manutenção da estrada, fazendo sua limpeza e mantendo-a adequada ao tráfego de veículos e animais, utilizando, para tanto, máquinas de sua propriedade.

Assevera que possui duzentas e quarenta cabeças de gado, a maioria da raça nelore, sendo o gado desta

raça de difícil manuseio, tendo em vista que é arreado e bravo e que requer maiores cuidados em sua criação. Nesse esteio, a instalação da porteira teve como objetivo não somente evitar a perda do gado, que pode morrer ao cair em um “mata-burro”, mas também evitar que alguém se machuque com o descontrole da manada.

Alega que o gado comumente adentra em terras alheias quando depara com a porteira aberta, causando transtornos àqueles que estão com a responsabilidade de conduzi-los.

Salienta que “são 240 cabeças de gado bovino, cuja maioria, como já frisado, tem temperamento instável, podendo, até mesmo, investir contra a integridade física de alguém”.

Pugna pelo provimento do recurso, buscando a reforma da r. decisão prolatada em instância primeira.

Contraminuta às f. 69/74.

Conforme despacho de f. 58/59, o recurso foi recebido apenas no seu efeito devolutivo, tendo em vista que a liminar de reintegração de posse já havia sido cumprida.

Manifestação do agravante, à f. 81-v., acerca da vista concedida em razão do documento de f. 75, junta-do pelo agravado.

Este o relatório. Decido.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se o agravante contra a decisão que deferiu a liminar de reintegração de posse a favor do agravado, a fim de compelir o recorrente a retirar uma porteira instalada na estrada vicinal que dá acesso à propriedade do autor, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais) para o caso de descumprimento da ordem.

Do cotejo dos autos, verifica-se que o agravado ajuizou em desfavor do agravante uma ação de reintegração de posse sob o argumento de que o recorrente é proprietário da Fazenda Veredas, que é cortada por uma estrada que dá acesso à fazenda do autor, sendo que este utiliza a referida estrada há mais de vinte anos; contudo, há cerca de seis meses, o agravante fechou a estrada vicinal que serve à propriedade do agravado.

De acordo o agravado, o referido ato esbulhou a sua posse, haja vista que o seu direito de servidão restou limitado em razão da instalação da porteira.

A servidão de passagem é passível de proteção possessória quando comprovada a turbação ou a perda da posse por ato violento, clandestino ou fraudulento, devendo restar demonstrados os requisitos exigidos no art. 927 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Cumpra-se destacar que o fato de haver outro acesso que pode ser utilizado pelo agravado para chegar a sua propriedade não afeta o seu direito de se valer da ação possessória para proteger a sua posse, tendo em vista que o direito real de servidão de passagem é instituto distinto do direito de vizinhança à passagem forçada, pois o encravamento do imóvel é requisito apenas deste último.

A propósito, já decidiu esta Câmara:

Ação de reintegração de posse. Servidão de trânsito. Esbulho. Comprovação. - Deve o autor ser reintegrado na posse de estrada quando restar apurado nos autos que está impedido de gozar da servidão de passagem a qual existe há muito tempo e de que há longo tempo faz uso, em face da obstrução de sua via de acesso pelo réu, independentemente de não ser esse o único caminho. Recurso provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0344.06.027220-2/003 - Rel. Des. Pereira da Silva - DJ de 09.06.2009).

No mesmo sentido, já decidiu este Tribunal:

Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Servidão de passagem. Concessão de liminar. Presença dos requisitos arrolados no art. 927 do CPC. - Restando demonstrado nos autos que a passagem pela ponte da barragem era contínua e permanente, há quase 20 anos, a sua obstrução unilateral, com a instalação de um portão com cadeado, constitui esbulho, suscetível de ser estancado pela proteção judicial. Irrelevante a existência de outra via de acesso ao local, quando existem indícios de que a utilização dela implica risco ou prejuízo para a parte. Cabível a proteção possessória da servidão de trânsito, que não se confunde com o conceito de passagem forçada (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0103.06.001169-1/005 - Rel. Des. Luciano Pinto - DJ de 18.09.2008).

In casu, o agravante não contestou a alegação do autor de que este utiliza aquele caminho para adentrar em sua propriedade há mais de vinte anos, sendo que a defesa do recorrente, nesse ponto, reside apenas no fato de que o agravado pode se valer de outra estrada para acessar as suas terras.

Nesse esteio, a existência de servidão de passagem aparente se faz presente, mormente se considerarmos as fotografias juntadas aos autos pelo próprio recorrente, apontando o caminho utilizado pelo agravado.

Ressalta-se que, a teor do disposto na Súmula 415 do STF, a servidão de trânsito não prescinde de ato formal para se configurar, podendo ser provada por outros meios, senão vejamos:

Súmula 415. Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.

Da mesma forma, entendo que a turbação à posse do agravado também ficou demonstrada, na medida em que a instalação da porteira na estrada dificulta e às vezes impede que o autor se utilize da passagem.

Insta salientar que o fato de o agravante possuir gado arreado, bravo e de temperamento instável não o autoriza a instalar uma porteira na estrada para fazer o manejo do rebanho de um pasto para outro, pois a guarda destes animais de modo a não causar danos a terceiros é de responsabilidade do recorrente, a teor do disposto no art. 936 do Código Civil.

Certo é que existem outras formas de impedir que o gado do agravante saia de sua propriedade e invada a propriedade vizinha, sendo todas de responsabilidade do agravante (mata-burro, funcionários etc.), haja vista que este deve suportar o ônus de sua atividade de fazendeiro sem ferir direito alheio.

Pois bem. Prosseguindo com a análise da presença dos requisitos do art. 927 do CPC, a data da turbação também restou comprovada pelo autor, haja vista que existem documentos nos autos que demonstram que a porteira foi instalada há menos de ano e dia.

Por fim, a turbação da posse também está presente, na medida em que o próprio agravante reconhece que fecha a porteira no momento em que está manejando o gado.

Cumpra-se ressaltar que a discussão se a estrada onde a porteira foi instalada pertence ou não ao Município de Leandro Ferreira é desnecessária para o deferimento da liminar de manutenção de posse ao agravado, pois que, como dito, devem estar presentes apenas os requisitos do art. 927 do CPC.

Acerca do tema, trago à baila outras decisões preferidas por este Tribunal:

Direito civil. Processual civil. Reintegração de posse. Servidão de passagem. Acordo de vontades. Manutenção das servidões preexistentes. Esbulho. Comprovação dos requisitos do art. 927 do CPC. Reforma da sentença. Recurso provido. - Sendo a hipótese de servidão aparente de passagem, e não de passagem forçada, indene de dúvidas ser a mesma passível de proteção possessória, visto que sua utilização configura inarredavelmente exercício de alguns dos poderes da propriedade, amoldando-se então perfeitamente ao conceito de posse insculpido no art. 1.196 do Código Civil - Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto. A obstrução arbitrária de uma servidão de trânsito atenta contra direitos preexistentes e contra o acordo pactuado, podendo-se dizer que a estrada nova substituiu a estrada velha, causando maior gravame aos apelantes, sendo impossível sua remoção, conforme se depreende do art. 1.384 do Código Civil de 2002 (TJMG - Apelação Cível nº 1.0142.07.020073-8/001 - Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza - DJ de 23.9.2009).

Processual civil. Apelação. Manutenção de posse. Servidão de trânsito. Súmula 415/STF. Requisitos do art. 927 do CPC. Demonstração.

- Consoante orientação da Súmula 415 do STF, são admissíveis outras provas para fins de caracterizar-se a existência de servidão, não sendo imprescindível ato formal para a sua efetivação.

- Demonstrada a utilização da estrada comum, bem como os demais requisitos do art. 927 do CPC, concede-se a proteção possessória para manutenção da posse da servidão de trânsito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0480.04.063306-1/001 - Rel. Des. Irmair Ferreira Campos - DJ de 10.4.2008).

Portanto, considerando a presença dos requisitos exigidos pelo art. 927 do CPC, deve ser mantida a liminar de reintegração de posse concedida na instância primeva.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.
Custas, *ex lege*.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo.

DES. PEREIRA DA SILVA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Medida cautelar - Exibição de documentos - Apresentação sem resistência - Honorários advocatícios devidos - Princípio da causalidade

Ementa: Cautelar. Exibição de documentos. Apresentação irresistida. Honorários advocatícios devidos. Princípio da causalidade.

- A apresentação dos documentos pela parte ré, mesmo que efetuada sem resistência, sinaliza o reconhecimento da procedência do pedido autoral e justifica a sua condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência.

- Pelo princípio da causalidade, a parte obrigada a recorrer à via judicial para fazer valer o seu direito não responde pelos ônus sucumbenciais, mas quem deu causa à ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0596.09.052940-2/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelados: Manoel Francisco de Paiva e sua mulher - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, 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 abril de 2010. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 74/75, proferida pelo digno Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que, nos autos da ação cautelar de exibição de documentos manejada por Manoel Francisco de Paiva e outra, em face de Banco do Brasil S.A., julgou procedente o pedido, facultando aos autores o direito de promover, com os extratos exibidos, a ressalva de seus direitos, além de condenar o requerido nos ônus sucumbências.

Consubstanciado o seu inconformismo nas razões recursais de f. 77/82, busca o apelante a reforma do r. *decisum*, argumentando, em resumo, que a sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais não pode prevalecer, porquanto se prontificou a atender o pleito exhibitório, trazendo aos autos os extratos requeridos, em tempo hábil, restando, assim, patente a inexistência de litigiosidade. Prossegue, dizendo que nem sequer restou comprovada a solicitação extrajudicial de exibição de tais documentos, inexistindo, dessarte, prova de sua recusa anterior em fornecê-los. Assevera que não pode ser penalizado em virtude da desídia dos autores na guarda e conservação de documentos de seu interesse, apresentados anteriormente.

Frisa que, conforme entendimento doutrinário-jurisprudencial, não havendo resistência quanto ao pedido exhibitório, não fora caracterizado o litígio na ação cautelar, pelo que não há falar em sucumbência.

As contrarrazões vieram através das peças de f. 86/89, em óbvia infirmação, batendo-se pelo desprovimento do recurso.

Presentes os requisitos que regem a sua admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminares não foram trazidas nem as vi de ofício a serem enfocadas.

Versam os autos sobre medida cautelar preparatória, visando os requerentes à exibição dos extratos de suas contas-poupança (n^{os} 100.006.645-X e 100.002.518-4), relativos aos Planos Verão (janeiro e fevereiro de 1989), Collor I (março, abril, maio e junho de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991). Com a inicial, os autores trouxeram os extratos de f. 11/12, que demonstram a existência de relação jurídica entre as partes, além dos comprovantes de solicitação administrativa realizada junto à instituição financeira requerida, para sua exibição (f. 13/18).

Em sua peça de defesa, contrapõe o réu que os autores receberam regularmente os extratos de suas movimentações financeiras, que, igualmente, são disponibilizados por meio de terminais eletrônicos, fax, telefone e internet. Assevera, ainda, que nem sequer restou comprovada a solicitação extrajudicial de exibição de tais documentos, inexistindo, dessarte, prova de sua

recusa anterior em fornecê-los. De qualquer sorte, pugnou pela concessão do prazo de 15 dias para a apresentação dos extratos solicitados, o que foi deferido.

Findo o prazo assinalado, o requerido trouxe aos autos os extratos de f. 30/41, 52/54 e 59/67.

Sobreveio a r. sentença de f. 74/75, julgando procedente o pedido, ao fundamento de que, tendo a pretensão autoral sido atendida pelo requerido, impõe-se a procedência da ação cautelar de exibição, devendo este, em consequência, suportar a condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Data venia, tenho que incensurável a r. decisão atacada.

O Código de Processo Civil adotou o princípio do sucumbimento (art. 20), segundo o qual “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

O fundamento dessa condenação, segundo ensina Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 207 e segs.),

é o fato objetivo da derrota; a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e, por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto possível nítido e constante.

Além do mais, pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas custas e honorários daí decorrentes.

Especificamente quanto à possibilidade de condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais em ações cautelares, a esclarecedora lição de Humberto Theodoro Júnior:

Da autonomia e contenciosidade da ação cautelar, decorre sua sujeição aos princípios comuns da sucumbência, de sorte que a sentença final deverá impor ao vencido o ônus das custas processuais e honorários advocatícios do vencido (art. 20) (*Processo cautelar*. 11. ed. São Paulo: Editora Leud, p. 132).

Em casos análogos, esta eg. Corte de Justiça assim decidiu:

Honorários advocatícios. Medida cautelar inominada. [...]. Admissibilidade. - Em ação cautelar, a condenação nos honorários de advogado é plenamente admissível com base na própria justificação do instituto, focalizado sob os ângulos da sucumbência e da causalidade. A parte obrigada a recorrer às vias judiciais para fazer valer seu direito não pode suportar um sacrifício econômico (RT 669/92) (Apelação Cível nº 501.622-0 - Rel.º Des.º Hilda Teixeira da Costa - j. em 4.8.2005).

Ação cautelar. Honorários advocatícios. - É cabível a condenação em honorários advocatícios nas ações cautelares,

uma vez que o art. 20 do CPC, ao usar o termo sentença, que é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, § 1º), agasalhou as ações cautelares, que constituem processos autônomos (Apelação Cível nº 505.132-7 - Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes - j. em 16.6.2005).

No caso em exame, deve o apelante responder pelos honorários arbitrados em favor do advogado dos requerentes, não só pelo simples fato objetivo da derrota, mas por ter dado causa à propositura da ação.

Dúvidas inexistem de que a instituição financeira/requerida poderia ter evitado a propositura da presente ação cautelar, se tivesse apresentado os extratos ao autor, quando solicitado (f. 13/18).

De plano, cabe sublinhar que não é condição de propositura da ação cautelar preparatória de exibição de documentos o esgotamento da via administrativa, sob pena de violação ao princípio do livre acesso à Justiça.

De qualquer sorte, contrariamente ao que alega o recorrente, restou satisfatoriamente comprovada a solicitação extrajudicial de exibição dos documentos, tudo sinalizando que houve recusa ou, no mínimo, omissão da instituição bancária quanto ao atendimento da pretensão deduzida na esfera administrativa.

E, como pontuou o d. Julgador, a apresentação dos documentos pela parte ré, no curso da ação, mesmo que efetuada sem resistência, sinaliza o reconhecimento da procedência do pedido autoral, de sorte a justificar a sua condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença de primeiro grau, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA, PRESIDENTE DA SESSÃO - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Revisor, quando o Desembargador Relator negava provimento ao recurso.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Pedi vista dos autos para melhor análise do processado. Em razão do não atendimento completo pela via administrativa, a solução pretendida pelos apelantes é a correta, ou seja, o pedido de exibição de documentos.

Com tais considerações, acompanho o eminente Desembargador Relator.

DES. OSMANDO ALMEIDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Cigarro - Propaganda - Fumante - Livre-arbítrio - Caótico estado de saúde - Fabricante - Ausência do dever de reparar

Ementa: Indenização. Cigarro. Propaganda. Substância viciante. Fumante. Caótico estado de saúde. Fabricante. Dever de reparar. Ausência.

- O consumidor de cigarros age com livre arbítrio e não pode imputar à presença da substância viciante o fator determinante do hábito de fumar. Por conseguinte, deve assumir as consequências desse ato, não lhe sendo dado transferir para o fabricante de cigarros a culpa pelo caótico estado de saúde que, na hipótese, acabou por ceifar-lhe a vida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.02.052994-4/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Souza Cruz S.A. - Apelados: Maria Luzia Marques Santos e outro, herdeiros de Odair Pasqualini - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvimar de Ávila, 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO. DETERMINAR A PUBLICAÇÃO PELA REVISTA.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Paulo Brandão Couto.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de f. 1853/2178, que, em autos de ação ordinária com pedido de indenização proposta por Odair Pascoaline em face de Souza Cruz S.A., julgou o pedido parcialmente procedente para impor à demandada que responda por danos materiais (indenização e pensão mensal) e morais, estes últimos quantificados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos sucessores processuais.

Inconformada, a ré requer, em preliminar, conhecimento e provimento do agravo retido de f. 1.632/1.633. No mérito, se a tanto se chegar, toma por não provados os fatos constitutivos da pretensão, notadamente o nexo causal direto e imediato entre o consumo da nicotina e o câncer desenvolvido pelo autor, de tudo resultando a

improcedência do pedido em todos os seus termos, notadamente porque caracterizada culpa exclusiva da vítima. Por cautela, refuta as verbas deferidas, que, caso mantidas, deverão ser minoradas ante seu valor excessivo. E, quanto à pensão mensal por incapacidade laborativa, porque constitui parcela em nenhum momento postulada, requer seu decote (f. 1.863/2.178).

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente: agravo retido.

Em face da decisão de f. 1.632/1.633, que, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, indeferiu a oitiva da única testemunha apresentada pela defendente, indeferimento de que se afirma resultar cerceio de defesa e afronta ao devido processo legal, a ré interpôs agravo retido.

Segundo a agravante, a oitiva revela-se indispensável no contexto dos autos para que a testemunha, enquanto médico, possa manifestar-se tecnicamente acerca dos documentos trazidos ao caderno probatório.

Nada obstante, e conforme bem posto pelo i. Sentenciante, a aferição técnica da questão controvertida insere-se no âmbito da prova pericial, já produzida a tempo e modo, competindo ao perito e a eventuais assistentes técnicos os esclarecimentos a ela atinentes, inclusive à luz dos documentos carreados pelas partes.

Nesse contexto, porque a perícia médica foi realizada e, com ela, examinados todos os aspectos médicos da controvérsia, notadamente em face dos documentos que instruem o feito, tudo em estrita observância do contraditório, a oitiva da testemunha apresentada pela ré com este propósito revela-se mesmo despicienda, disso resultando o acerto do indeferimento, que, em última análise, não implica cerceio de defesa ou afronta ao devido processo legal.

Agravo desprovido.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo.

DES. NILO LACERDA - De acordo.

DES. SALDANHA DA FONSECA - No mérito.

Exame da inicial evidencia que o autor, noticiando seu gravoso estado de saúde, invoca a responsabilidade da ré, que, a seu aviso, resulta do Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 e 14) e, como tal, tem feição objetiva. A esse respeito, da peça de ingresso é mister transcrever:

Hoje, com o advento da Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor, consagrou-se a *Responsabilidade objetiva* na Seção II, do Capítulo IV, da 'responsabilidade pelo fato do produto e do serviço' (art. 12 e 14), ou seja, responsabilizando o fabricante pela reparação dos danos causados aos consumidores, independentemente de culpa (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, cap. VI, p. 148) - f. 09.

A responsabilidade do fornecedor de produtos pelos defeitos que apresentam é de fato objetiva, conforme previsto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, bem como na regra subsidiária contida no art. 931 do Código Civil.

Em casos de imputação objetiva do dever de indenizar, compete à vítima provar a ocorrência do fato e que dele adveio um dano. Por outro lado, o agente pode se eximir da responsabilidade em algumas hipóteses, entre as quais se destacam aquelas expressamente contempladas no art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Pois bem. Muito embora não se possa ofuscar, a teor das provas colhidas, que o gravoso estado de saúde do autor esteja diretamente relacionado com o uso contínuo de cigarro, não verifico nisso ocorrência apta a atrair o dever de reparar invocado em prejuízo da defendente.

É cediço que, assim como o consumo, a fabricação e a comercialização de cigarros denotam atividades lícitas no território nacional. Disso emergem duas conclusões: a primeira, de que o ato de fabricar e comercializar cigarros não afronta, por si só, o ordenamento vigente; e a segunda, de que o consumo do tabaco resulta, para o consumidor, de livre escolha. O vício, em situações tais, sobressai de conduta voluntária levada a efeito com exclusividade pelo fumante.

Coexistindo atividade legalmente admitida, portanto, levada a efeito em flagrante exercício regular de direito, e adesão voluntária ao hábito de fumar, essas ocorrências são suficientes para afastar o dever de reparar, ausente que está seu ilícito deflagrador.

Não se pode olvidar que as consequências danosas do consumo de cigarros são postas ao conhecimento público, portanto, dos próprios fumantes, pouco importando se em maior escala apenas nos últimos tempos. Bem por isso é que não se pode atribuir à comercialização do cigarro e às propagandas envolventes do produto a causa do consumo, o mesmo podendo ser dito quanto à capacidade viciante.

Decerto que o cigarro representa produto cujo consumo é nocivo ao homem. Todavia, imaginar que o fumante não consegue discernir sobre os malefícios do hábito é admitir que a sociedade, por toda a sua existência, pouco se importou com a saúde dos seus, notadamente porque a medicina sempre existiu. Mais: aceitar que o hábito de fumar sobressai como consequência imputável àquele que fabrica e comercializa o produto é reduzir a somenos a capacidade de discernimento e a responsabilidade individual daquele que assume para si escolha dessa natureza.

Nem se diga que o dever de prevenção e precaução enquanto princípio consagrado pelo Código de

Defesa do Consumidor albergaria compreensão diversa. O cigarro, no que respeita ao consumo e à capacidade viciante, é produto que acarreta os riscos normais que dele se esperam, notadamente no estado de saúde daquele que assume o uso reiterado, em particular porque são flagrantes as informações que norteiam sua utilização.

Se o cigarro vicia e o vício produz efeitos nocivos no estado de saúde do usuário, isso não consubstancia a falta de “[...] segurança que dele legitimamente se espera” de modo a atrair, na forma do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto.

De todo o exposto e ainda que o i. Sentenciante assim não tenha compreendido, conclui-se que o esforço doutrinário e jurisprudencial do autor é insuficiente para alterar a verdade dos fatos da vida, ou seja, o consumidor de cigarro age com livre-arbítrio, não passa a sê-lo em razão de propaganda que divulga o lado saudável e próspero da vida, e muito menos tem em substância viciante o fator determinante do hábito de fumar.

Logo, ao se ver com a saúde debilitada, deve assumir as consequências de seus atos (culpa exclusiva), e não atribuir pura e simplesmente à fabricante de cigarro a responsabilidade pelo seu caótico estado de saúde. Nesse sentido, aliás, os reiterados julgados colacionados pela apelante.

Teses e preceitos em contrário enumerados pelo apelado, porque não conduzem a solução outra, ficam afastados.

Com tais razões, dou provimento à apelação para reformar a r. sentença recorrida e julgar improcedente o pedido em todos os seus termos. Em face disso, imponho apenas ao autor, agora pelos substitutos processuais, o pagamento de custas, inclusive recursais, e despesas processuais, bem assim de honorários advocatícios, que quantifico em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade na forma da Lei nº 1.060/50.

DES. DOMINGOS COELHO - Em consonância com o manifestado pelo e. Relator, entendo que não pode prosperar a ação intentada, por inexistente o nexo causal entre a atividade da empresa ré e o dano experimentado pelo autor, substituído no polo ativo por seus sucessores.

A argumentação lançada tenta distorcer a *ratio legis* dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se demonstra a seguir:

Dispõem os artigos citados:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

[...]

Está claro que o CDC responsabiliza o fornecedor pelos danos causados por vícios que se caracterizam como

a desconformidade de um produto ou serviço com as legítimas expectativas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo (BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2008).

É dizer: o fornecedor é responsável por todo efeito danoso gerado pelo comportamento do produto diverso do que se esperava.

No caso do cigarro, não se pode dizer que os danos alegados pela parte autora foram causados por algum defeito do produto, uma vez que este não apresentou qualquer comportamento anômalo. Os efeitos maléficos do tabagismo já eram do conhecimento geral, mesmo antes da mudança da opinião pública sobre esse hábito a que vimos assistindo nas últimas décadas, identificada, por exemplo, na Lei 10.167/2000, que restringiu o uso da propaganda do tabaco e seus derivados. Esse movimento, aliás, desponta desde o fim da década de 60, quando surgiram nos Estados Unidos as primeiras restrições à propaganda de cigarros.

Seguindo essa linha de raciocínio, se não cabe a alegação de vício do produto, sustentada pelo art. 12 do CDC, afastado também fica o argumento, embasado no art. 14 da mesma lei, que acusa informações insuficientes ou inadequadas sobre o consumo de tabaco.

Ademais, como destacou muito bem o e. Des. Unias Silva, Relator de processo de natureza congênere, a produção e comércio do cigarro são atividades lícitas no Brasil, de modo que não se pode punir a empresa que as exerce. Confira-se excerto de seu voto:

Contudo, não obstante o cigarro seja, de fato, um produto naturalmente associado a riscos para a saúde - periculosidade inerente -, sua fabricação e comercialização são lícitas em todo o território nacional, não se podendo, portanto, concluir que a fabricação e a comercialização do produto tenham consequências no mundo jurídico. O mesmo ocorre com as bebidas alcoólicas.

Vale dizer, observadas pelos fabricante e comerciante as regulamentações sobre a matéria, notadamente o disposto

no artigo 220, § 4º, da CF/88 bem como na Lei nº 9.294/96, não há como reconhecer qualquer ilicitude da suplicada em suas atividades empresariais. Apelação Cível nº 1.0596.04.019579-1/001, DJ de 07.10.2008.

E vou mais além, para rechaçar o argumento comum em ações que tais, de que os fornecedores de cigarro veiculariam propagandas enganosas, em que o tabagismo seria associado ao glamour e à sensação de bem-estar. Ora, o referido glamour se insere na esfera da percepção subjetiva, afetada pelos costumes de uma época, e que definitivamente não pode ser imputada ao empresário. Com menos razão se pode dizer enganosa a promessa de bem-estar; quem fuma o faz porque isso lhe traz algum prazer, o que não significa que o hábito seja benéfico à saúde, como também não o é a ingestão de bebidas alcoólicas. Ninguém consome álcool ou cigarro com a intenção de beneficiar sua saúde, e benefícios dessa natureza não são usados como chamariz nas propagandas de tais artigos.

Com essas considerações, acompanho o voto do Des. Saldanha da Fonseca para dar provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar improcedentes os pedidos do autor.

DES. NILO LACERDA - Sr. Presidente. Acompanho inteiramente o voto do eminente Relator.

Fui fumante durante 48 anos, e, hoje, em todos os maços de cigarros, vem uma advertência dos males que causa.

Não há como contradizer a conclusão do il. Relator de que o consumidor de cigarros age com livre-arbítrio.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. DETERMINARAM A PUBLICAÇÃO PELA REVISTA.

...

Demolição de obra - Município de Belo Horizonte - Poder de polícia adstrito ao princípio da legalidade - Abertura de parede confinante - Possibilidade - Art. 46 do Decreto-lei nº 84/40

Ementa: Administrativo. Reexame necessário/apelação cível. Demolição de obra. Poder de polícia. Município de Belo Horizonte. Abertura de parede confinante. Possibilidade. Inteligência do art. 46 do Decreto-lei nº 84/40.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.058049-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte -

Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: VSD Comércio e Representações Ltda. - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Nepomuceno Silva, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2010. - Barros Levenhagen - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, a Dr.ª Valéria Veloso Tribuzi.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de reexame necessário e apelação aviada contra a sentença prolatada pelo magistrado Guilherme Queiroz Lacerda às f. 470/474 destes autos de ação ordinária ajuizada pelo Município de Belo Horizonte contra VSD Comércio e Representações Ltda., que julgou improcedente o pedido.

Inconformado e pugnando pela sua reforma (f. 476/482), salienta o demandante, em síntese, que o pedido de demolição decorre da falta de licença, bem como da inobservância do disposto no art. 46 do Decreto-lei nº 84/40. Afirmar que o procedimento administrativo observou o direito ao contraditório e à ampla defesa e que a demolição atende ao princípio da legalidade. Requer, por fim, o provimento do recurso e consequente reforma da r. sentença.

Contrarrazões trazidas às f. 485/490, alegando preliminar da inépcia do recurso. No mérito, alega que a obra realizada contava com autorização dos vizinhos e que atendeu à legislação aplicável.

É o relatório.

Preliminar de inépcia do recurso.

Conforme se depreende da leitura da peça recursal de f. 476/482, a fundamentação declinada pelo apelante atém-se à inexistência de licença para a realização da obra. E vai além, propugnando a tese de que a demolição de obra irregular decorre da observância dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. Assim, ainda que de forma transversa, ataca a argumentação contida na sentença recorrida. Dessarte, resta atendida a norma contida no inciso II do art. 514 do Código de Processo Civil, uma vez declinada a fundamentação jurídica que sirva de supedâneo à reforma da decisão impugnada.

Com tais considerações, afasto a preliminar arguida e conheço do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Mérito.

O Decreto-lei nº 84/40, que aprova o Regulamento de Construções da Prefeitura de Belo Horizonte, com as alterações introduzidas pelas leis posteriores, veda, no art. 10, "a realização de obra de construção ou demolição sem prévia outorga de licença pelo Executivo, a ser concedida mediante a apresentação dos projetos respectivos e pagamento do preço público pertinente".

A pretensão contida nesta demanda diz respeito à autorização do Poder Judiciário para que a Administração Pública desfaça obra irregular.

Nessa seara, registre-se que o poder de polícia é aquele conferido ao administrador para restringir o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares em nome do interesse público. Seus limites são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição Federal, dentre eles o direito à propriedade. Suas condições de validade são: a competência, a finalidade, a forma, a proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração.

O poder de polícia da Administração Pública, como se vê, está adstrito ao princípio da legalidade.

No caso concreto, contudo, verifica-se que a obra realizada pelo réu está abrangida pela exceção prevista no art. 46 do indigitado decreto-lei, que prevê:

Art. 46 - Os edifícios construídos sobre linhas divisórias não podem ter beiradas que deitem águas no terreno do vizinho, o que se evitará mediante captação por meio de calhas e condutores. E nem terão aberturas, nas paredes confinantes, a não ser as que permita o Código Civil ou o próprio vizinho.

Conforme se depreende dos documentos de f. 396/397, a proprietária dos imóveis confinantes autorizou sua locatária, ré neste processo, a promover a abertura de passagem do imóvel localizado na Rua Santa Rita Durão nº 1.188 para aquele sítio no nº 1.175 do mesmo logradouro, razão pela qual a obra não padece da eiva apontada pelo autor. Tampouco se vislumbra qualquer vedação na legislação civilista que obste a pretensão do particular.

Com essas considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo recorrente.

DES.ª MARIA ELZA - De acordo.

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Bolsa de estudos - Mera expectativa do estudante - Não concessão - Princípio da autonomia universitária - Art. 207 da CF - Mensalidades - Pagamento devido

Ementa: Cobrança de mensalidades. Bolsa de estudos. Expectativa do discente. Não concessão. Autonomia universitária. Intangibilidade dos critérios da instituição de ensino superior.

- No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, de regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção.

- A concessão de bolsas de estudo se encontra dentro do exercício das competências e atribuições relativas à autonomia universitária, consoante interpretação do art. 207 da CR/88.

- A baixa renda do discente, por si só, não garante a concessão da bolsa de estudo dentro dos critérios comumente verificados, podendo a instituição de ensino conjugá-lo com outros de seu interesse.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.060593-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marilúcia Aparecida Teodoro - Apelada: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, 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, 13 de abril de 2010. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo a quo, às f. 58/59, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de apelação interposta por Marilúcia Aparecida Teodoro às f. 75/84, contra decisão de f. 58/61

prolatada pelo MM. Juiz da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos de "ação de cobrança pelo rito sumário", julgada procedente pelo Juízo monocrático.

Em suas razões recursais, a apelante pretende a reforma do r. *decisum a quo* alegando preliminarmente clara configuração de cerceamento de defesa. Sustenta que em fase de especificação de provas requereu a intimação da apelada para apresentar cópia do processo de bolsa de estudos do qual participou, o que foi indeferido pelo r. Magistrado. Afirma que tal documentação visava demonstrar que no processo de concessão de bolsa de estudos não foram obedecidos os critérios legais. No mérito, aduz que os fundamentos apresentados da contestação têm respaldo jurídico na Constituição da República de 1988, ou seja, no direito à educação, como efetivação da justiça social.

Devidamente intimada, a apelada, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, apresenta as suas contrarrazões em f. 97/102, sustentando que a decisão recorrida possui a devida fundamentação e deve ser mantida. Alega que a apelante não tem e nunca teve condições de arcar com os elevados custos do curso superior em Fisioterapia pela PUC, e, como é bem sabido, a apelada é entidade particular de ensino e necessita da receita advinda das mensalidades escolares para sua manutenção. Aduz que, ao ingressar numa universidade privada sem ter condições financeiras para arcar com as despesas, a apelante agiu dolosamente, causando prejuízos àquela. Esclarece que o deferimento do benefício da bolsa de estudos depende de uma análise criteriosa acerca da situação socioeconômica dos pretendentes e seus familiares e que a apelada não se enquadrou nos requisitos necessários. Afirma que, com fulcro no art. 207 da CR, goza de autonomia administrativa, financeira e individual, não sendo obrigada a fornecer bolsa de estudos aos seus alunos. Alega que a insatisfação da apelante com o rumo da educação no País deve ser manifestada a quem de direito.

Este é o breve relatório.

I - Preliminar. Cerceamento de defesa.

Sustenta o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista que teve indeferido o requerimento para que:

[...] seja oficiada a autora para que a mesma apresente ao MM. Juízo a cópia do processo de bolsa de estudos a que a Requerida participou, bem como o nome, qualificação e demais dados pertinentes à aluna que galgou a bolsa de estudos no lugar da ré.

Com a devida vênia, tal questão se confunde com o mérito, visto que o indeferimento foi devido à suposta impertinência de tal prova para o deslinde do feito. Assim, a meu ver e sentir, tal questão confunde-se com o mérito, havendo de ser com ele analisada.

II - Mérito.

Cinge-se a pretensão processual aviada à cobrança de valores pertinentes a contrato de prestação de serviços educacionais do curso de fisioterapia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, havendo a ora apelante apresentado exceção fundada em seu direito de obtenção de bolsa de estudos. Afirma que sua condição socioeconômica preenche todos os requisitos necessários para tanto, sendo imprescindível que a instituição demonstrasse por que outros alunos supostamente em melhores condições financeiras obtiveram a bolsa.

Com a devida vênia, o direito processual de nosso Codex de Ritos, quanto à produção e apreciação das provas, adota o sistema da persuasão racional, no qual o julgador deve manifestar expressamente suas razões de convencimento em relação às provas produzidas pelas partes. Assim, caso também se convença da desnecessidade de sua produção, a título de economia e de racionalização dos procedimentos judiciais, poderá o magistrado indeferir a sua produção quando a considerar impertinente para o conhecimento da *quaestio* trazida a lume.

Não se pode perder de vista que o magistrado é o destinatário da prova e tem o poder-dever de dispensar a feitura daquelas que não irão contribuir para a correta solução da lide, nos termos do art. 130 do CPC: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

O col. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que:

[...] No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, de regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp 330036/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 01.06.2009).

Na hipótese, renovando vênias às bem delineadas alegações do patrono da apelante, a concessão de bolsas de estudo se encontra dentro do exercício das competências e atribuições relativas à autonomia universitária. Dispõe a Constituição da República de 1988, em seu art. 207, que: “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

A autonomia universitária, em relação à gestão administrativa, financeira e patrimonial, decerto, inclui o regime de concessão de bolsas de estudo, que se encon-

tra dentro da discricionariedade administrativa de cada instituição. Decerto, dentro da autonomia constitucionalmente concedida às universidades, poderá a instituição de ensino dirigir suas bolsas de estudo a cursos e turnos de oferta específicos, bem como a discentes que atinjam determinado desempenho em processo de seleção ou preencham outros requisitos de sua discricionária avaliação. A baixa renda, por si só, não garante a concessão da bolsa de estudo dentro dos critérios comumente verificados. Não se trata, portanto, de espécie de “campeonato de baixa renda”, no qual a menor remuneração garante, por si só, a situação de hipossuficiência para a concessão da bolsa. Igualmente, o § 1º do art. 213 da CR/88 não importa na concessão de bolsas para o ensino superior, mas apenas aos ensinos fundamental e médio, quando forem destinadas verbas públicas para a manutenção da instituição confessional.

Na hipótese, como não é possível ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios utilizados para a concessão das bolsas de estudo, torna-se despicienda a requisição da cópia dos procedimentos internos para a concessão de bolsas de estudos, havendo o i. Juízo a quo agido com acerto.

Outrossim, ao efetuar sua matrícula, sabia a apelante que poderia não obter êxito na obtenção da bolsa de estudos, assumindo compromisso de pagamento das mensalidades que sabidamente não teria como adimplir. Apesar do admirável esforço pessoal empreendido, bem como da existência de alguma juridicidade no princípio da justiça social, a abertura da prestação do ensino às entidades privadas impõe a lógica contraprestação pecuniária por parte do corpo discente. Se esta não houvesse, decerto não haveria a instituição de ensino apelada se desenvolvido e mantido, sendo hoje uma das principais universidades privadas do País.

Assim, não há como acolher sua pretensão recursal, havendo de ser mantida a conclusão do i. Juízo a quo.

III - Conclusão.

Ex positis, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante, suspensa a sua exigibilidade pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELECTRA BENEVIDES e GUTEMBERG DA MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Seguro - Declaração de vontade - Interpretação - Perquirição da intenção - Alteração de beneficiário - Propósito inequívoco - Requisitos legais - Preenchimento - Eficácia do ato jurídico

Ementa: Apelação. Declaração de vontade. Interpretação. Perquirição da intenção. Ausência de vinculação rigorosa ao sentido meramente gramatical. Seguro. Intenção inequívoca de alterar beneficiário. Preenchimento dos requisitos legais. Eficácia do ato jurídico.

- Na interpretação de declaração de vontade, deve-se privilegiar a intenção do manifestante em detrimento do sentido gramatical do conteúdo declarado.

- Sendo inequívoca a intenção do segurado em alterar o beneficiário de seguro e inexistente qualquer vício que comprometa a validade de sua declaração de vontade, deve-se reconhecer a eficácia de tal ato jurídico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.04.072624-4/002 - Comarca de Barbacena - Apelantes: 1^{os}) Edson José Monteiro Sabará e outros, 2^a) Cia. de Seguros Minas Brasil - Apeladas: Maria Neusa de Melo Silva Sabará, Cia. de Seguros Minas Brasil - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2010. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de cobrança movida por Maria Neusa de Melo Silva Sabará em face da Cia. de Seguros Minas Brasil, em que o MM. Juiz da causa, às f. 296/307, julgou procedentes os pedidos formulados na exordial e julgou improcedente a oposição formulada por Edson José Monteiro Sabará e outros.

Inconformados com a r. sentença, os oponentes interpueram apelação (f. 309/313), na qual alegaram que o Juízo *a quo* julgou improcedente a oposição apresentada, ao argumento de que na apólice consta como beneficiária a esposa Marlene Inácia Monteiro Sabará, devendo, em face de contração de novo casamento, ser a atual esposa a beneficiária do seguro; que a alteração

de beneficiários do seguro consiste em ato formal, sendo necessário o cumprimento dos requisitos legais; que o contrato de seguro firmado evidencia que a alteração de beneficiários deve ocorrer mediante preenchimento de novo cartão-proposta; que os documentos de f. 190/191 não estão assinados pelo contratante do seguro, não se podendo considerá-los como prova de alteração dos beneficiários; que o Juízo *a quo* equivocadamente entendeu ser irrelevante a comunicação à seguradora quanto a mudança de esposa; que, ausente disposição de última vontade do contratante do seguro ou mesmo formulação válida de pedido de alteração de beneficiário, devem-se manter aqueles previstos na apólice; que apenas na hipótese em que da apólice não constasse o nome da esposa é que seria viável a alteração do beneficiário.

Teçeram outras considerações, citaram doutrina, jurisprudência e, ao final, pediram seja reformada a sentença para que os apelantes recebam a indenização securitária.

A ré, também inconformada com a r. sentença, interpôs apelação (f. 314/316), na qual alegou que ficou comprovado nos autos que a apelada não figurava como beneficiária no contrato de seguro; que deve prevalecer a vontade do segurado; que não foi demonstrada a suposta alteração de beneficiário, sendo supostamente realizada em data em que o segurado ainda não era casado com a apelada.

Teceu outras considerações e requereu seja reformada a sentença para julgar improcedente o pedido formulado na exordial.

A apelada foi devidamente intimada para responder ao presente recurso no prazo legal (f. 319). Constam às f. 320/323 contrarrazões do 1º apelo, no qual a parte aduziu que o segurado tentou em vida alterar o nome da beneficiária do seguro; que sua vontade deve ser observada; que a última declaração de vontade do falecido não foi impugnada pelos apelantes.

Expendeu outras considerações e requereu seja negado provimento ao recurso.

Constam às f. 324/328 contrarrazões ao 2º apelo, no qual a parte aduziu que a seguradora promoveu burocracia que obstruiu a alteração de beneficiário pretendida; que a 2º apelante se negou a proceder à mudança de beneficiário, ao argumento de que a apelada não era esposa do falecido ao tempo do pedido; que, entretanto, tal casamento se deu em 1994.

Expendeu outros argumentos e requereu seja negado provimento ao recurso.

O preparo do 1º apelo foi dispensado, devido à concessão de assistência judiciária, sendo realizado o do 2º apelo (f. 304 e 317, respectivamente).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, co-nheço de ambos os recursos.

Inexistindo preliminares a serem apreciadas, passo ao exame do mérito dos recursos conjuntamente, em decorrência da identidade de objeto.

Mérito.

Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária cujo pedido foi julgado procedente, sendo julgada improcedente a oposição apresentada. A pretensão recursal visa reformar a sentença hostilizada, argumentando que a indenização deve ser paga aos 1^{OS} apelantes.

Compulsando os autos, constata-se que a pretensão recursal não merece acolhida.

Consiste em fato incontroverso nos autos que o Sr. José Ferreira Duque Sabará figurava como segurado em contrato de seguro, tendo indicado como beneficiária sua esposa à época, Marlene Inácia Monteiro Sabará, e, na falta desta, seus filhos (f. 10).

A mencionada esposa do segurado faleceu em 1985 (f. 08), tendo aquele constituído nova união com a apelada, procedendo-se ao casamento religioso em 1994 (f. 07) e ao casamento civil em outubro de 2003 (f. 15), vindo a falecer o segurado em novembro daquele ano (f. 16).

Depreende-se dos autos que o segurado, em 2002, formulou pedido de alteração do cônjuge, indicando este como o único beneficiário (f. 10, 190/191). Cumpre enfatizar que tal fato foi reconhecido pela seguradora, afirmando que o pedido foi negado devido à ausência de apresentação de documentos necessários (f. 27).

Contudo, pelo documento de f. 10, pode-se observar que a 2^a apelante procedeu à modificação do cônjuge na apólice do seguro em setembro de 2003, portanto, em data anterior ao casamento civil do falecido com a apelada.

É de se reconhecer que, ao requisitar a alteração do cônjuge e no mesmo ato dispor o segurado que seu beneficiário seria o cônjuge indicado naquela oportunidade, tornou-se inequívoca a intenção do segurado em modificar o beneficiário do seguro.

Nesse contexto, não se pode olvidar o comando contido no art. 112 do Código Civil (art. 85 do Código Civil de 1916), que preceitua:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Assim, deve-se privilegiar a perquirição da intenção do agente em sua manifestação de vontade em detrimento do rigorismo formal do conteúdo gramatical de sua declaração.

Pertinente a lição de Ricardo Fiúza (*Novo Código Civil comentado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120):

A interpretação do ato negocial situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, pois o intérprete do sentido

negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor linguístico do ato negocial. Caberá, então, ao intérprete investigar qual a real intenção dos contratantes, pois sua declaração apenas terá significação quando lhes traduzir a vontade realmente existente. O que importa é a vontade real e não a declarada; daí a importância de desvendar a intenção consubstanciada na declaração.

A jurisprudência segue a mesma orientação:

Nas declarações de vontade será observada mais a intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem, devendo ser revogado o usufruto que era condicionado à manutenção do estado de viuvez, quando a usufrutuária contrai núpcias religiosas, passando a conviver maritalmente com outrem (TJMG, Ap. nº 1.0471.06.071770-2/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, DJ de 14.9.2009).

Conforme orienta o art. 112, do Código Civil de 2002, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (TJMG, Ap. nº 1.0024.08.054251-7/002, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, DJ de 8.9.2009).

Na interpretação do contrato, importante se atentar para todas as circunstâncias do caso, para delas se extrair, juntamente com a vontade declarada, a real intenção das partes, visto que, consoante dispõe o art. 112 do Código Civil de 2003: 'Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem' (TJMG, Ap. nº 1.0672.03.106913-7/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, DJ de 11.11.2006).

Dessarte, conclui-se que o requerimento de f. 10, realizado pelo segurado, notoriamente visou à modificação do beneficiário do seguro contratado, passando a figurar em tal posição a apelada, devendo ser observada tal manifestação de vontade.

Assentado o teor da manifestação de vontade do segurado, insta salientar que o art. 791 do Código Civil permite a substituição de beneficiário no seguro, seja por ato entre vivos ou de última vontade:

Art. 791. Se o segurado não renunciar à facultade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade.

Enfatiza-se que o mencionado dispositivo legal não impõe qualquer formalidade para o ato de substituição de beneficiário, atraindo a aplicação do art. 107 do Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Ratifica tal entendimento a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 378):

O direito brasileiro, como a generalidade dos direitos modernos, é inspirado pelo princípio da forma livre, segundo o qual a validade da declaração de vontade só dependerá de forma determinada quando a lei expressamente o exigir. [...]. A regra geral é, pois, esta: qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de poder criador ou força jurgena, salvo quando a solenidade integra a substância do ato. Por exceção, prevalece então a forma especial, cuja inobservância pelo agente terá como consequência a ineficácia do negócio, a não ser que a lei comine sanção diferente.

Ademais, na própria apólice, consta a faculdade de alteração de beneficiário do seguro mediante envio de novo cartão-proposta ou mesmo carta pelo segurado:

A qualquer momento o segurado poderá indicar/alterar seus beneficiários, bastando para isto enviar novo cartão-proposta, ou carta (assinada pelo Segurado/Estipulante), solicitando a alteração, que deverá ser enviado(a) à Seguradora (f. 61).

Logo, verificada a manifestação de vontade do segurado em alterar o beneficiário do seguro, passando a apelada a tal condição, e observada a ausência de vício que comprometa a validade de tal ato jurídico, deve-se reconhecer sua eficácia.

Resta asseverar que a circunstância de a apelada não ser juridicamente casada com o segurado, apesar de o ser em casamento religioso, não consiste em entrave ao reconhecimento de sua posição de cônjuge àquela época, tanto não o é que a própria seguradora assim o fez anteriormente à celebração do casamento civil (f. 10), como por força da equiparação entre cônjuge e companheira (f. 102), o que apenas reforça a intenção do segurado em estabelecer a apelada como sua beneficiária.

Com essas considerações, nego provimento a ambos os apelos.

Custas de cada recurso, pelo respectivo apelante, suspensa a exigibilidade em relação aos 1^{os} apelantes, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- negaram provimento a ambos os recursos;
- condenaram cada recorrente ao pagamento das custas recursais, suspensa a exigibilidade em relação aos primeiros apelantes.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - De acordo.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Acessei os autos para melhor compreensão da matéria posta à análise deste Tribunal.

Acompanho integralmente o voto do Des. Relator e, pelo brilhantismo dos fundamentos e conclusão, recomendo que seja publicado, em razão das lições que são recolhidas pela leitura do voto muito bem elaborado.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Medida cautelar inominada - Inventário - Preparatória de habilitação - Adoção *post mortem* - Suspensão do inventário até a solução da lide - Desnecessidade - Ausência de interesse processual - Seguimento do processo até a partilha - Determinação - Correção

Ementa: Ação cautelar inominada. Preparatória de habilitação em inventário. Adoção *post mortem*. Pedido de suspensão do inventário até a solução da lide. Desnecessidade. Ausência de interesse processual. Determinação de seguimento do processo até a partilha. Correção. Recurso improvido.

- A determinação de que o processo de inventário siga somente até a fase de partilha demonstra cautela pelo magistrado, que, em respeito ao princípio da economia processual, visa evitar a rescisão da partilha, por preterição de herdeiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.07.099691-7/001 (em conexão com a Apelação Cível nº 1.0480.07.104753-8/001) - Comarca de Patos de Minas - Apelantes: Maria do Carmo Araújo e Faria e outro - Apelada: Jordana Costa - Litisconsortes: Wander Pereira da Fonseca, Inez Araújo Sousa, Irene Corgozinho de Araújo, Regina Lúcia Fonseca, Geni Soares da Costa, Antônio Sérgio de Sousa, Maria do Carmo de Paula Araújo - Relator: DES. ALVIM SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvim Soares, 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 fevereiro de 2010. - Alvim Soares - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Recurso de que se conhece, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Vara de Família e Sucessões da Comarca de Patos de Minas, Jordana Costa, sob os auspícios da assistência judiciária, ajuizou a presente ação cautelar inominada com pedido liminar, em face dos herdeiros de José Araújo da Costa, dizendo-se filha adotada, de fato, deste, tendo, inclusive, ajuizado ação de adoção *post mortem*, ao argumento de que sua mãe biológica a abandonou no hospital, tendo o *de cujus* e sua falecida esposa adquirido a guarda da requerente, criando-a como se filha fosse; aduziu que o *de cujus* sempre manifestou o desejo de adotá-la, no entanto, faleceu antes que o fizesse; pretende a suspensão da ação de inventário até a solução da referida demanda; juntou documentos.

O MM. Juiz de Direito *a quo*, à f. 26-TJ, indeferiu a medida liminar.

Citados, os requeridos, Irene Corgozinho Araújo, Maria do Carmo Araújo e Faria, Francisco Corgozinho da Costa, Lúcia Corgozinho da Costa, Luiz Corgozinho de Araújo, Elias Corgozinho de Araújo, Elvira Vaz de Araújo, Júlio Cezar Vaz de Araújo, Juliana Vaz de Araújo, Tatiana Vaz de Araújo, Mário Corgozinho de Araújo, Balbina Costa Fonseca, Wander Pereira da Fonseca, apresentaram contestação às f. 57/63-TJ, 84/90-TJ e 184/190-TJ, arguindo preliminar de carência de ação por ausência de legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, bem como falta de pressuposto de admissibilidade da cautelar, inépcia da inicial, por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação e ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válidos do processo, por necessidade de formação de litisconsórcio necessário em relação aos cônjuges dos requeridos; no mérito, sustentam que a pretensão da requerente carece de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que não restou comprovada a intenção dos guardiões da requerente em adotá-la e não foi proposta por eles ação judicial de adoção, o que impede a adoção *post mortem*.

A requerida Inez Araújo Souza apresentou contestação às f. 160/162-TJ, reconhecendo o pedido contido na exordial; determinada a citação dos cônjuges dos requeridos, aviaram contestação conjunta às f. 221/227-TJ, opondo-se à pretensão da requerente, sob os mesmos argumentos dos requeridos; os requeridos Antônio Sérgio de Araújo e Maria do Carmo de Paula Araújo, embora citados, não apresentaram defesa.

O MM. Juiz de Direito *a quo* prolatou sentença à f. 255-TJ, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, declarando extinto o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual;

contra essa decisão foi interposto o recurso de embargos de declaração de f. 256/258-TJ, que restou rejeitado.

Não concordando com o desfecho dado à questão, os então requeridos, Maria do Carmo Araújo Faria e outros interpuseram recurso de apelação, cujas inconformadas razões se encontram lastreadas às f. 261/265-TJ, pretendendo a reforma da sentença para que fosse dela retirada a parte que determinou a certificação nos autos de inventário de José Araújo da Costa de que o processo seguirá somente até a partilha; contrarrazões às f. 268/271-TJ.

Data maxima venia, analisando percucientemente os autos, cotejando o recurso interposto pelos requeridos com a r. sentença proferida, tenho que a v. decisão monocrática deve ser mantida.

Pretendem os apelantes a reforma da sentença para que seja dela retirada a parte que determinou a certificação nos autos de inventário de que o processo seguirá somente até a fase de partilha, haja vista a ação de adoção *post mortem* em trâmite; argumenta que, se a sentença julgou extinto o processo por carência de interesse processual, em face da ausência de necessidade, visto que o processo pode seguir até a fase de partilha sem prejuízo para a autora, não faz sentido aquela determinação.

Ocorre que o MM. Juiz de Direito *a quo* agiu acertadamente, porquanto visou evitar que posterior procedência da ação de adoção *post mortem* acarretasse a rescisão da partilha, por preterição de herdeiro; a determinação do Julgador singular apenas demonstra cautela e respeito ao princípio da economia processual.

Isto colocado, nego provimento ao recurso interposto para manter a decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Ação de cobrança - Intimação da sentença -
Súmula - Publicação no órgão oficial -
Informação incompleta - Prejuízo para a defesa -
Invalidade - Prazo recursal - Restituição**

Ementa: Direito processual civil. Ação ordinária. Intimação da sentença. Publicação da súmula no órgão oficial. Informação incompleta. Prejuízo para a defesa. Invalidade. Restituição do prazo recursal.

- A publicação incompleta da súmula da sentença no órgão oficial, causando prejuízo para a defesa, impõe a restituição do prazo recursal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0525.07.110286-3/002 - Comarca de Pouso Alegre
- Agravante: Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A.
- Agravado: Paulo Ribeiro de Anchieta - 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, sob a Presidência do Desembargador Domingos Coelho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2010. - José Flávio de Almeida - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação de cobrança de expurgos inflacionários em caderneta de poupança envolvendo os planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e II. A ação foi julgada parcialmente procedente, condenando-se o agravante ao pagamento dos expurgos referentes aos planos econômicos referenciados, à exceção

[...] das cadernetas de poupança com data-base posterior à segunda quinzena de março/1990 e com saldos superiores a CR\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), em razão do que dispõe a Lei 8.024/90, ficando, pois, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* (f. 158-TJ).

Entretanto, da publicação da sentença no órgão, constou: "Processo extinto nos termos do art. 267 do CPC". Da sentença somente o agravado apelou.

O agravante, intimado da apelação, apresentou resposta e, simultaneamente, pedido de devolução do prazo recursal, em face do noticiado erro (omissão) na publicação do dispositivo da sentença.

O processo jurisdicional orienta-se pelo princípio da publicidade (art. 93, inciso IX, CF). Para concretizá-lo, as partes devem ser intimadas dos atos processuais (art. 236, CPC), o qual deve atingir a finalidade de informá-las sobre o conteúdo do ato praticado, no caso sentença.

O agravante foi intimado da sentença, sendo informado da extinção do processo sem resolução de mérito, no qual é réu, revelando, em princípio, decisão integralmente favorável, justificando a não interposição de recurso. Portanto, a omissão da publicação quanto ao

conteúdo substancial da sentença - procedência dos pedidos de cobrança de expurgos inflacionários referentes aos planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e II - causou-lhe prejuízo (art. 244, CPC). A invalidade deve ser reconhecida com consequente restituição do prazo recursal.

É inválida a intimação no caso de publicação:
 [...]

- com graves omissões (RT 498/131, JTA 43/117), ou erros fundamentais (STF-JTA 59/194, RP 3/341).

Nessas hipóteses, a intimação deve ser republicada, com restituição total do prazo (NEGRÃO, Theotônio; ARENHART, José Roberto F. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e restituir ao agravante o prazo para interposição do recurso de apelação, que flui a partir da publicação deste acórdão.

Custas recursais, pelo agravado, suspensa a exigibilidade (art. 12, Lei 1.060/50).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Servidor público - Vencimentos - Valor - Pagamento indevido - Erro da Administração - Restituição - Descabimento - Caráter alimentar - Princípios da boa-fé, da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Mandado de segurança. Servidor público. Valores recebidos indevidamente. Erro exclusivo da Administração. Restituição. Imposição. Descabimento. Caráter alimentar. Irrepetibilidade. Homenagem aos princípios da boa-fé (subjetiva/objetiva), da segurança jurídica e da razoabilidade e proporcionalidade. Ordem concedida. Sentença confirmada.

- O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, mostrando-se injustificado o desconto.

- A restituição de valores percebidos indevidamente pelo servidor, imposta pela Administração - responsável exclusiva pelo erro que gerou a irregularidade -, encontra

óbice nos princípios da boa-fé (subjetiva e objetiva), da segurança jurídica e da razoabilidade/proporcionalidade, máxime pelo caráter alimentar da remuneração, envolta no manto da irrepetibilidade.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0479.09.169551-6/001 - Comarca de Passos - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Maria Aparecida Azevedo Gonçalves - Autoridade coatora: Diretor da Superintendência Regional de Ensino de Passos - Relator: DES. NEPOMUCENO SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Nepomuceno Silva, 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, 24 de junho de 2010. - Nepomuceno Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEPOMUCENO SILVA - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário, ambos em face de sentença (f. 146/149), proferida pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos, nos autos do mandado de segurança, impetrado ali por Maria Aparecida Azevedo Gonçalves contra ato, reputado ilegal, praticado pelas Diretoras da Superintendência Regional de Ensino de Passos, na qual S. Ex.ª concedeu a ordem "para declarar nulo o Ato Administrativo nº 03/09, que determinou a restituição do valor de R\$ 5.783,13, tornando definitiva a liminar concedida".

Nas razões recursais (f. 155/161), erige-se o inconformismo do Estado de Minas Gerais, argumentando, em síntese, que o ato praticado é legítimo - poder de autotutela, quanto à revisão de seus atos - pois,

[...] em razão do pagamento indevido à impetrante, foi instaurado processo administrativo de nº 03/2009, onde, após lhe ter sido garantido o direito a ampla (sic) e ao contraditório, ficou definido que ela deveria ressarcir os cofres públicos.

Contrarrazões, em óbvia infirmação (f. 168/173).

Colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

O mandado de segurança - ação especialíssima, de caráter constitucional - tem por escopo a proteção de direito líquido e certo, contra ato ilegal ou abusivo, emanado de autoridade. Logo, se o conjunto probatório evidência, de plano, a ocorrência desse fato (é o caso), correta e legítima a concessão da ordem.

A impetrante, ora apelada, foi dispensada de cargo em comissão (Vice-Diretora de escola), cujo ato foi publicado no *Diário Oficial* de 03.02.2009.

Segundo o apelante, "por equívoco" do setor de pagamentos da Superintendência Regional de Ensino de Passos, a impetrante (apelada) recebeu valores a que não mais fazia jus, razão por que determinou, mediante ato administrativo, a devolução no importe de R\$ 5.783,13 (cinco mil setecentos e oitenta e três reais e treze centavos).

Nada mais faço, aqui, que repisar o posicionamento que tenho adotado em casos desse jaez, como o fiz recentemente, ao acompanhar o judicioso voto proferido pelo eminente Desembargador Barros Levenhagem, no qual restou assentado, *verbis*:

Conquanto não se negue à Administração o poder-dever de anular os próprios atos, quando evitados de ilegalidade, ou revogá-los por conveniência e oportunidade, não se pode perder de vista que o exercício dessa faculdade sofre limites e restrições em prol da segurança e estabilidade das relações jurídicas e em respeito ao princípio constitucional do direito adquirido.

Asseverou o eminente Relator, ainda, *verbis*:

Há precedentes nesta Casa e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser incabível a restituição de valores erroneamente pagos pela Administração Pública - em virtude de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei - quando as importâncias foram recebidas de boa-fé pelo beneficiário. Há que se interpretar com temperança a prerrogativa da autotutela e desfazimento de atos administrativos (enunciados nº 346 e 473 da Súmula do STF), sob pena de risco de ofensa aos princípios da moralidade e da boa-fé objetiva, que devem reger as relações entre a Administração Pública e seus servidores. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Barros Levenhagem, Processo nº 1.0024.09.654361-6/002, j. em 18.03.2010, DJe de 09.04.2010.)

No mesmo sentido:

Administrativo - Servidor público - Salário-família - Supressão pela Lei Municipal nº 3.819/05 - Vantagem pecuniária ilegalmente percebida - Poder de autotutela - Súmulas 346 e 473 do STF - Boa-fé do servidor - Restituição - Impossibilidade. - A Administração deve agir, sempre, consubstanciada no princípio da legalidade; uma vez constatada a irregularidade e a ilegitimidade de um ato praticado, deverá invalidá-lo. Havendo equívoco no reconhecimento de benefício ao servidor, mesmo que por culpa da Administração, deve o ato ser anulado. No entanto, apresenta-se desrazoável e injusta a determinação ao servidor de restituir os valores, recebidos de boa-fé, pagos em razão de erro imputável exclusivamente à

Administração municipal. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Proc. nº 1.0016.08.088244-8/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 02.02.2010, decisão unânime, DJe de 09.04.2010.)

A instauração de procedimento administrativo não se presta, por si, à legitimação do ato que determinou a restituição de valores percebidos de boa-fé pela servidora, tanto que a própria Administração reconhece e assume a exclusiva responsabilidade pelo “equivoco” praticado.

Considerado o instituto dos alimentos (*lato sensu*), tem-se a Súmula nº 106 do Tribunal de Contas da União, a qual estabelece que

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

No caso concreto, impõe-se otimizar a boa-fé do servidor e da natureza alimentar da remuneração por ele percebida - tutelada sob o manto de irrepetibilidade - máxime diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e porque esse o norte trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A jurisprudência desta Corte entende não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, mostrando-se injustificado o desconto. Precedentes. (STJ, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, AgRg no Ag 995312/MG, j. em 06.08.2009, decisão unânime, DJe de 31.08.2009.)

Preleciona Inocêncio Mártires Coelho que

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico,

asseverando, ainda, *verbis*:

No âmbito do Direito Constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado, fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens

e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação.

Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável balançar de olhos entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação. (O novo Código Civil e a interpretação conforme a Constituição. In: COELHO, Mártires. *O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 45-46.)

Otimizando os princípios da boa-fé (subjéctiva e objetiva), da segurança jurídica e da razoabilidade e proporcionalidade, concluo que a hostilizada sentença se sustenta por seus próprios e jurídicos fundamentos, não comportando, pois, reparo ou censura.

Ante tais expendimentos, reiterando vênua, no reexame necessário, confirmo a sentença, ressaíndo prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Cobrança - Taxa de condomínio - Prescrição - Art. 205 do Código Civil - Sentença cassada - Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC - Propriedade comprovada - Encargos devidos - Correção monetária - Juros de mora - Incidência

Ementa: Apelação cível. Cobrança. Taxas de condomínio. Prescrição. Art. 205 do CC. Sentença cassada. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Propriedade comprovada. Encargos devidos. Correção monetária e juros de mora devidos a partir do vencimento.

- O prazo prescricional para cobrança das taxas de condomínio é de 10 anos, nos termos do art. 205 do Código Civil.

- Nos casos de extinção do processo por prescrição, o tribunal, ao cassar a sentença, pode julgar desde logo a

lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

- O proprietário é responsável pelo pagamento da taxa condominial, obrigação decorrente da simples propriedade do bem imóvel.

- A correção monetária visa apenas a recompor o valor da moeda, não se tratando de acréscimo, de forma que as taxas de condomínio devem ser corrigidas desde o vencimento.

- O pagamento das despesas condominiais constitui obrigação *ex re*, ou seja, a mora decorre do próprio vencimento, devendo os juros de mora incidir a partir de então.

Recurso provido, sentença cassada e, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, pedido julgado procedente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.228611-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio do Edifício Executive Center - Apelados: Ivana Rezende Hackner e outro - Relator: DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO E CASSAR A SENTENÇA E, COM FUNDAMENTO NO ART. 515, § 3º, DO CPC, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Condomínio do Edifício Executive Center interpôs apelação pedindo a reforma da sentença do MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que extinguiu a ação de cobrança pelo rito sumário, convertido em ordinário, proposta contra Ivana Rezende Hackner e Wolfgang Hackner, entendendo ter ocorrido a prescrição quinquenal da sua pretensão de receber os encargos condominiais dos meses de maio a dezembro de 1999, devidos pelos apelados na condição de proprietários da sala 1.715, situada no condomínio, na Rua Guajajaras, 910, Centro, Belo Horizonte, Minas Gerais.

Alegou que o prazo prescricional aplicável ao caso é o de 10 anos, nos termos do art. 205 do Código Civil,

conforme amplo entendimento jurisprudencial. Ressaltou que não se trata de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, caso em que a prescrição seria de cinco anos, mas, sim, de cobrança de despesas condominiais. Por fim, requereu seja aplicado o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, sendo julgado procedente o seu pedido.

Os apelados apresentaram contrarrazões, pugnano pela manutenção da sentença e, pelo princípio da eventualidade, que a correção monetária seja aplicada somente a partir da propositura da ação e os juros de mora, desde a citação (f. 70 a 72).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

O MM. Juiz extinguiu o feito, por entender que a prescrição para a cobrança de dívidas de condomínio é de cinco anos. O condomínio pede a reforma da sentença, alegando que a prescrição é de 10 anos, conforme art. 205 do Código Civil. Tem razão o apelante.

O art. 206, § 5º, do Código Civil, prevê que a prescrição de cinco anos alcança:

- I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;
- II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contando o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;
- III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

No caso, a cobrança de taxas condominiais não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas acima, assinalando-se que o débito relativo a encargos condominiais não constitui dívida líquida, constante de instrumento público ou particular. Na realidade, trata-se de obrigação de caráter pessoal, não tendo o prazo prescricional expressamente previsto no Código Civil, de forma que deve incidir a regra do art. 205, que estabelece prescrição de 10 anos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

Ação de cobrança. Taxas de condomínio. Deserção. Prescrição. Não ocorrência. Prazo. Art. 205 c/c art. 2.028 do Código Civil de 2002. Encargos de acordo com a convenção do condomínio e com CC/2002. Sentença mantida. - Não ocorre a deserção estando a parte representada nos autos, comprovadamente, pela Defensoria Pública, que se manifestou nos autos antes da sentença. - A prescrição de débitos condominiais é a prevista no art. 205 do Código Civil de 2002. - Ultrapassada a prejudicial, não havendo contestação de mérito, essencialmente, confirma-se a sentença. - Em caso de inadimplemento, reputa-se correta a aplicação dos encargos previstos na convenção de condomínio (Apelação Cível nº 1.0024.07.800173-2/001(1), Rel. Des. Tiago Pinto, j. em 16.04.2009, DJe de 08.05.2009, fonte: *site* do TJMG).

Cobrança de taxas de condomínio. Prescrição. Prazo de 10 (dez) anos. Aplicação do artigo 205 do CCB. Repetição de indébito. Necessidade de demonstração de má-fé. Não configuração do artigo 940 do CCB. Taxas condominiais. Falta de prova do pagamento. Condenação que se impõe. - O prazo prescricional a se aplicar nas ações de cobrança de taxas de condomínio é de 10 (dez) anos, na esteira do artigo 205 do CCB e por falta de previsão expressa no artigo 206 da mesma codificação. Para configuração da repetição de indébito prevista pelo artigo 940 do CCB, é necessária a comprovação de má-fé do credor. Não demonstrada a má-fé, impõe-se o afastamento da aplicação do dispositivo legal citado. - À falta de comprovação de pagamento das taxas condominiais, impõe-se a condenação nos valores respectivos (Apelação Cível nº 1.0024.08.232790-9/001(1), Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 06.08.2009, DJe de 24.08.2009, fonte: *site* do TJMG).

Como as taxas de condomínio se referem ao ano de 1999, quando ainda não havia decorrido mais da metade do prazo de 20 anos estabelecido no Código Civil de 1916, aplica-se o disposto no art. 205 do novo código, observando a regra de transição do art. 2.028 do CC. Assim, conclui-se que não se encontra prescrita a pretensão do condomínio, pois a contagem do prazo de 10 anos se inicia da vigência do novo Código Civil, em janeiro de 2003, tendo essa ação sido ajuizada em 03.10.2008.

De outro lado, a jurisprudência tem admitido a aplicação do art. 515, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC, à hipótese em que o Tribunal afasta a prescrição declarada em primeira instância, permitindo-lhe, desde logo, julgar a lide, quando “a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. Nesse sentido:

A Corte Especial do STJ firmou o entendimento segundo o qual, uma vez afastada a prescrição decretada pelo julgador singular, deve a Corte de origem prosseguir no julgamento das questões suscitadas e discutidas no processo, conforme disposição do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC (STJ - REsp 508363/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 1º.09.2009; fonte: *site* do STJ).

É o caso dos autos, pois, afóra a alegação de prescrição, a defesa apresentada se limita a requerer que a correção monetária seja aplicada somente a partir da propositura da ação e os juros de mora desde a citação.

Logo, é incontroverso que os encargos condominiais não foram pagos e, sendo os apelados legítimos proprietários do imóvel, conforme consta da certidão de f. 07 a 07-v., devem arcar com as despesas de condomínio.

Em relação à correção monetária, esta visa apenas a recompor o valor da moeda, não se tratando de acréscimo, de forma que inexistente dúvida de que as taxas de condomínio devem ser corrigidas desde o vencimento.

Caso contrário, os apelados pagariam valor inferior aos demais condôminos que cumpriram sua obrigação na data do vencimento. Quanto aos juros de mora, as despesas condominiais constituem obrigação *ex re*, ou seja, a mora decorre do próprio vencimento, pelo que os juros devem ser contados a partir de então. Nesse sentido:

Cobrança de condomínio. Juros. Multa e correção monetária. Incidência a partir do vencimento. - Quanto à data de incidência dos juros e da correção monetária e multa, estes devem incidir a partir dos respectivos vencimentos. - O termo inicial, quando feito desta forma, permite ao credor o recebimento da quantia que lhe era devida e proporciona relação de igualdade entre os condôminos, pois, caso contrário, a parte apelada seria beneficiada com o inadimplemento, uma vez que pagaria montante inferior ao dos outros condôminos que arcam com suas obrigações na data com a qual se vincularam (Apelação Cível nº 1.0024.05.826410-2/001(1), Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 04.12.2008, DJe de 19.01.2009, fonte: *site* do TJMG).

Ação de cobrança. Taxas de condomínio. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial de incidência. Data de vencimento. Juros de mora. 1% ao mês. Inteligência do art. 1.336, § 1º, do Código Civil/02. - O termo inicial para incidência de correção monetária e juros de mora, em se tratando de cobrança de taxas condominiais, incide a partir da data do descumprimento da obrigação, sob pena de ensejar enriquecimento sem causa do condômino inadimplente. Inexistindo disposição na convenção de condomínio acerca da incidência de juros de mora, deve prevalecer a cobrança do percentual de 1%, em observância ao disposto no art. 1.336, § 1º, do CC/02 (Apelação Cível nº 1.0024.07.523015-1/001(1), Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, j. em 11.12.2007, DJ de 10.01.2008, fonte: *site* do TJMG).

Ocorre que, no caso, o condomínio apresentou planilha atualizada até o ajuizamento da ação (f. 28), aplicando-se juros de mora de 1% ao mês e multa contratual de 2%, chegando-se ao valor corrigido de R\$ 2.354,51, de forma que os juros e a correção monetária devem incidir sobre tal valor a partir do ajuizamento da ação.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, cassando a sentença que extinguiu o feito e, com base no art. 515, § 3º, do CPC, julgo procedente o pedido, para condenar Ivana Rezende Hackner e Wolfgang Hackner a pagarem ao Condomínio do Edifício Executive Center a quantia de R\$ 2.354,51 (dois mil trezentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), atualizada e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde o ajuizamento da ação, em 03.10.2008.

Condeno os apelados a pagarem as custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 765,00 (setecentos e sessenta e cinco reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e CABRAL DA SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA E, COM FUNDAMENTO NO ART. 515, § 3º, DO CPC, JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO.

...

Lei 9.870/99 - Art. 5º - Mensalidade escolar - Estudante inadimplente - Matrícula - Renovação - Recusa da instituição - Legitimidade

Ementa: Recurso de apelação. Instituição de ensino superior. Aluno inadimplente. Efetuação de matrícula. Negativa. Direito da instituição. Sentença mantida.

- Conforme estabelece o art. 5º da Lei nº 9.870/99, a instituição de ensino não está obrigada a renovar matrícula de aluno que se encontra em débito com as mensalidades, sendo legítima a recusa de sua frequência às aulas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.233451-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ronan de Brito Vieira - Apelado: FEAD Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais - Relator: DES. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O DESEMBARGADOR REVISOR.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2010. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ronan de Brito Vieira contra a r. sentença de f. 63/66, proferida pelo MM. Juiz da 17ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária proposta pelo apelante em face de FEAD - Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução de mérito.

Em suas razões recursais de f. 67/86, pretende o apelante a reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, que seu pedido é juridicamente possível, porquanto não há vedação no ordenamento jurídico para sua pretensão.

Argumenta que existem medidas judiciais específicas para a cobrança de dívida, não podendo ser impedido de se matricular.

Aduz que os atos praticados por estabelecimento de ensino superior referentes a matrícula e mensalidade são de competência da Justiça Comum estadual, porque não existe interesse da União.

Afirma que o Código de Defesa de Consumidor é aplicável à espécie, pois a relação entre o aluno e a instituição de ensino é de consumo. Além disso, assevera que a conduta da requerida fere o princípio da dignidade da pessoa humana, mormente considerando ser a educação um direito social.

Por fim, alega que o art. 1.092 do Código Civil de 1916 deve ser aplicado ao caso dos autos, porque esta vigente na época da contratação com a requerida.

Sem contrarrazões, porquanto ainda não angulanzada a relação processual.

Sem preliminares, passo ao exame do mérito recursal.

No presente caso, nota-se que o aluno não nega sua inadimplência, mas pretende efetuar sua matrícula. O que a requerida negou ao aluno foi a renovação de sua matrícula pelo fato de estar o mesmo em débito com as mensalidades escolares.

O art. 5º da Lei nº 9.870/99 preceitua que "os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual".

E o art.1.092 do Código Civil de 1916 é claro ao dispor que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Dessa forma, correta a r. sentença em concluir pela impossibilidade jurídica do pedido, porquanto a recusa na renovação da matrícula está fundamentada no art. 5º da Lei nº 9.870/99, que exclui tal direito ao aluno inadimplente.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Ação cautelar. Liminar concedida para renovação de matrícula em instituição de ensino superior. Mensalidade escolar. Aluno inadimplente. Renovação de matrícula. Contrato não cumprido. Liminar cassada. Inteligência da Lei 9.870/99 e, ainda, art. 1.092 do Código Civil. - A recusa em proceder à matrícula de aluno confesadamente inadimplente não revela abuso de poder ou ilegalidade, nada tendo a ver com penalidade pedagógica, mas mero exercício regular de um direito, sendo, pois, lícito ao estabelecimento de ensino optar pelo cabal cumprimento das disposições avençadas. - 'Ao aluno que está em débito

para com as mensalidades, não assiste o direito de obter, liminarmente, o direito de efetuar matrícula relativa ao período seguinte, visto que, neste caso, não se vislumbra, em prol do mesmo, o *fumus boni juris*; ao revés, dita pretensão vai de encontro à diretriz traçada pela Lei nº 9.870/99 (Agravo de Instrumento nº 444.004-4, Comarca de Belo Horizonte, Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Juiz Tarcísio Martins Costa (Relator), j. em 30.11.2004).

Ação ordinária. Instituição particular de ensino. Mensalidades. Aluno inadimplente. Renovação de matrícula. Recusa. Possibilidade. - Nos termos do art. 5º da Lei nº 9.870/99, a instituição particular de ensino não está obrigada a renovar matrícula de aluno que se encontra em débito com as mensalidades, sendo legítima a recusa, bem como a obstaculização para que frequente as aulas (Apelação Cível nº 1.0024.06.004805-5/001, Comarca de Belo Horizonte, Relatora Des.ª Eulina do Carmo Almeida, 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, j. em 05.07.2007).

Aluno inadimplente. Instituição particular de ensino superior. Recusa na renovação da matrícula. Lei nº 9.870/99. Possibilidade. Valor da mensalidade. Discordância. Ilegalidade. Sede inadequada. - Conforme estabelece o art. 5º da Lei nº 9.870/99, a instituição de ensino não está obrigada a renovar matrícula de aluno que se encontra em débito com as mensalidades, sendo legítima a recusa, bem como a obstaculização para que frequente as aulas. Não cabe, para fins de afastar o inadimplemento, a alegação de discordância quanto ao valor cobrado pela instituição quando a discussão acerca da suposta ilegalidade já é objeto de ação própria, ainda em trâmite. Não socorre o aluno inadimplente o simples fato de estar a matéria relativa ao valor das mensalidades *sub judice*, sendo incabível a suspensão dos pagamentos por sua livre e espontânea vontade (Apelação Cível nº 2.0000.00.500.208-6/000, Comarca de Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Desembargador Renato Martins Jacob (Relator), j. em 22.09.2005).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida por seus termos e fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa, contudo, a exigibilidade nos termos do art.12 da Lei 1.060/50.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Revisor, após o Desembargador Relator negar provimento ao recurso.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Pedi vista dos autos na sessão passada, para melhor e mais acurada análise do tema neles versado.

Trata-se de ação ordinária com pedido cominatório de obrigação de fazer, onde o autor, ora

apelante, depois de exaustiva descrição dos fatos ocorridos em sua vida acadêmica, relatando divergências com a administração e o corpo docente da ora apelada, e sem negar a sua inadimplência, pretende que lhe seja concedida autorização para matricular-se “no 7º período do curso de Direito/Noite, garantindo ao mesmo a frequência desde o início deste período” - f. 23.

A r. sentença de f. 63/66 indeferiu liminarmente a inicial, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, o que causou a insurgência recursal.

Em suas razões, em apertadíssima síntese, o autor/apelante afirma a incorreção do entendimento esposado pelo d. Sentenciante, batendo-se pela possibilidade jurídica do pedido, afirmando que a sua pretensão não é vedada pelo ordenamento jurídico, mormente porque o autor não concorda com os valores tidos como devidos. Assevera que a instituição apelada “não pode se utilizar de tal medida restritiva para obrigar o apelante a quitar o débito que a mesma entende devido, posto que estão à disposição daquela outras medidas para efetuar a cobrança das mensalidades” - f. 68 - colacionou jurisprudência. Observe-se que, a partir da f. 70, as suas razões, com minúsculas alterações, são cópia fiel da petição inicial, o que viola o princípio contido no art. 514 do Código de Processo Civil.

O exame do r. comando sentencial revela que o d. Julgador extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido; entretanto, de forma indevida, *data venia*, enfrentou o mérito da questão aqui debatida, quando, nos fundamentos da sua decisão, afirmou que

[...] o autor contratou os serviços educacionais relativos ao Curso de Direito administrado pela ré, tendo, contudo, deixado de efetuar as mensalidades devidas, como ele próprio admite.

Desta feita, a recusa da ré em promover a renovação da matrícula do autor, confessadamente inadimplente, revela-se legítima e decorre do exercício regular de um direito (f. 63).

Ressalte-se que toda a fundamentação da r. sentença girou em torno do indeferimento da liminar buscada pelo apelante, ao argumento de que não se faziam presentes os pressupostos para sua concessão. O entendimento esposado pelo MM. Juiz *a quo*, de inviabilidade jurídica do pedido, por não ter o aluno direito de “obrigar a escola privada a renovar a matrícula, estando ele inadimplente”, culminando com o indeferimento da inicial e a extinção do processo, renovada vênha, não foi o raciocínio mais acertado.

Necessário ressaltar, de plano, a impertinência de tal alegação, porque a impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com a possibilidade de improcedência da pretensão, devendo-se observar os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier no sentido de que “em matéria de direitos contidos na esfera do direito pri-

vado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor". (*Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*", 5. ed., v. I, Revista dos Tribunais, 2002). Desse modo, ainda que inexistia previsão expressa na lei quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, o pedido se me apresenta juridicamente possível.

E, no caso, a invocação do art. 5º da Lei 9.870/99, para legitimar a extinção do processo por impossibilidade jurídica, afigura-se-me temerária, mesmo porque o referido artigo nada proíbe, mas apenas faculta à entidade de ensino a prerrogativa de não renovar a matrícula em caso de inadimplemento do aluno. Confira-se: "Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual".

Ressalte-se que se entende por impossibilidade jurídica do pedido quando este não encontra amparo no direito material positivo.

Nesses termos, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, Forense, 2004, p. 53).

Assim, tem-se que o pedido do autor é possível juridicamente, uma vez que basta para tanto que o nosso sistema não vede expressamente o pedido tal qual formulado, sendo absolutamente irrelevante para fins de verificação dessa matéria (que é preliminar, uma das condições da ação) a inviabilidade fática de seu acolhimento.

Com efeito, a impossibilidade jurídica do pedido é preliminar que se verifica a partir de exame acerca da existência de vedação legal quanto ao pedido trazido na peça inicial, não se podendo dizer de sua ocorrência quando o pleito é inviável no plano fático, não encontrando, porém, proibição de ordem legal.

Nesse sentido pronunciou o STJ:

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa (RT 652/183, maioria).

Dessarte, não há que se cogitar que a inadimplência do apelante com as mensalidades do seu curso impediria a propositura da presente ação, uma vez que inexistente qualquer vedação legal nesse sentido. Se tem, ou

não, direito à renovação da matrícula, é questão de mérito e que somente será possível definir com devida instrução processual.

Com tais considerações, rogando vênias ao e. Relator para dele divergir, de ofício, decreto a nulidade do r. comando sentencial primevo, determinando o regular prosseguimento do feito, na forma legal.

DES. PEDRO BERNARDES - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Vogal, após o Desembargador Relator negar provimento e o Desembargador Revisor, de ofício, anular a sentença.

DES. PEDRO BERNARDES - O apelante propôs a ação, que chamou ordinária, pretendendo obter decisão judicial com o fim de se matricular em colégio particular sem o pagamento dos valores em atraso.

O MM. Juiz proferiu decisão indeferindo a petição inicial, sustentando em princípio a ausência do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, mas de passagem também falando que o pedido era juridicamente impossível, constando ao final a extinção do processo com base nos artigos 267, 284, 295 e 285-A, do CPC.

No meu entendimento, a decisão vergastada deve ser mantida, porque o pedido é juridicamente impossível, isto é, o pedido mediato. A menção que o MM. Juiz fez a respeito de artigos do CPC não tem maior relevância, pois o caso na verdade não é de extinção com base em decisões iguais anteriormente proferidas, e sim com fundamento em impossibilidade jurídica do pedido mediato.

A respeito da questão da impossibilidade jurídica, é importante salientar que o pedido que se formula numa petição inicial é dividido em duas partes: primeiro, o pedido imediato, que é aquele formulado ao juiz, para que aprecie o litígio e a ele dê solução. Se impossível esse pedido, em virtude da falta de algum pressuposto, será o caso de indeferimento da inicial, sem apreciação da pretensão da parte. No entanto, se a impossibilidade for do pedido mediato, ou seja, daquela pretensão que a parte requer, o caso é de impossibilidade jurídica do pedido mediato. O julgamento importa em solução de mérito.

No caso, o que o autor pretende é impossível. Não se pode permitir a matrícula na escola sem o pagamento dos atrasados. Com esses adinículos, rogando vênias, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O DESEMBARGADOR REVISOR.

...

Servidor público - Valor pago indevidamente - Erro da Administração Pública - Restituição - Descabimento - Boa-fé - Orientação do STJ - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários advocatícios

Ementa: Servidor público. Valores pagos indevidamente pela Administração Pública. Restituição. Descabimento. Boa-fé. Orientação do STJ. Fazenda Pública. Sucumbência. Honorários.

- Segundo a orientação atual e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que o pagamento foi efetivado a servidor público em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração Pública e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, é indevido o desconto de tais quantias.

- Sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.251780-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelante adesiva: Romélia Cunha Cardoso - Apelados: Município de Belo Horizonte, Romélia Cunha Cardoso - 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, sob a Presidência do Desembargador Alvim Soares, 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 E ADESIVO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2010. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Romélia Cunha Cardoso ajuizou ação ordinária em face do Município de Belo Horizonte, alegando ter o réu iniciado em outubro de 2008 descontos mensais em seus proventos, a título de devolução de quantias recebidas indevidamente; que, todavia, a autora não foi ouvida previamente, nem contribuiu para o pagamento dito indevido, tendo agido de boa-fé. Teceu conside-

rações diversas e requereu a condenação do réu a suspender os descontos e a devolver-lhe o valor descontado, pleiteando a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

O réu apresentou contestação, asseverando que, durante o prazo entre o requerimento e a concessão da aposentadoria, foi paga à autora remuneração integral, quando deveria sê-lo proporcional, razão dos descontos procedidos.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido para: a) determinar ao réu cessar "incontinênti" os descontos na folha de pagamento da autora, procedidos a título de restituição de pagamento indevido, concedendo, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 a cada vez que esta ordem seja descumprida; b) condenar o réu a devolver à autora as quantias que descontou de seus proventos a título de restituição de pagamento indevido. Condenou o réu nas despesas do processo, ressalvada a isenção legal das custas, e nos honorários advocatícios, que arbitrou em R\$ 465,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Foi aviada apelação pelo Município de Belo Horizonte, f. 67/71, requerendo a reforma da sentença, para julgar legítimos os descontos das parcelas indevidas recebidas pela ora apelada. Aduziu que, embora recebidas de boa-fé, as parcelas em excesso devem ser restituídas à Administração, em observância ao que dispõe o art. 884 do Código Civil; que cabe à Administração reaver os valores pagos indevidamente, consoante a regra do art. 104 da Lei 7.169/96; que a Administração Pública possui o dever de rever seus próprios atos quando eivados de nulidade, porque deles não originam direitos, nos termos da Súmula 473 do STF.

Foi aviada apelação adesiva pela autora, f. 82/86, requerendo a reforma da sentença, com a majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões, f. 73/80 e 90/91.

Farei apenas um voto englobando a apelação principal e a apelação adesiva.

Penso que a sentença deve ser confirmada.

O que se discute é se é possível a cobrança de valores indevidamente percebidos pela servidora de boa-fé. Não se nega o direito de a Administração rever os seus próprios atos. O certo, porém, é que a autora não deu causa ao pagamento dos valores indevidamente pagos pela Administração, pois tudo ocorreu por erro e responsabilidade exclusiva desta, não sendo justo que seja a servidora responsabilizada por tal fato e tenha que devolver ao erário o que recebeu de boa-fé.

O direito de autotutela concedido à Administração não é absoluto e tem, necessariamente, que ser examinado diante dos princípios constitucionais da boa-fé, razoabilidade e segurança das relações jurídicas.

A afirmação não implica violação ao art. 884 do Código Civil, ao art. 104 da Lei 7.169/96 ou à Súmula 473 do STF, uma vez que tais regras devem ser anali-

sadas em conjunto com a Constituição da República, que consagra os princípios supramencionados, merecendo lembrar, ainda, que os valores pagos têm natureza alimentar, sendo, portanto, irrepetíveis.

Lado outro, não há prova de que os valores recebidos serviram de fonte de enriquecimento ilícito da autora; o que se tem, em razão de sua natureza alimentar, é que serviam de subsídio dela e de sua família.

É importante salientar a existência da presunção da boa-fé, um valor pelo qual deve se orientar toda relação de Direito, sobretudo a relação de trabalho entre o agente público e o Estado.

Ademais, exsurge como inevitável a aplicação da teoria da aparência, sendo certo que a autora recebera a vantagem pecuniária em tela, considerando-se como legítima titular desse direito.

Com efeito, se o próprio réu reconhece que a autora recebeu, de boa-fé, valores pecuniários indevidos do erário, não há que se falar em dever de restituição.

Segundo a orientação atual e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que o pagamento foi efetivado a servidor público em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração Pública e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, é indevido o desconto de tais quantias.

A título de exemplo, trago à colação o seguinte precedente do STJ, dentre muitos daquela Corte que esposaram tal entendimento.

Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Pagamento de parcelas. Erro da Administração. Verba de natureza alimentar. Boa-fé. Devolução. Descabimento. - Consoante entendimento consolidado por este eg. STJ, é incabível a devolução de valores percebidos por servidor público de boa-fé por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração, bem como em virtude do caráter alimentar da verba. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1130542/CE - Relator: Ministro Felix Fischer - 5ª Turma - Data do julgamento: 23.03.2010 - Data da publicação/Fonte DJe 12.04.2010.)

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Casa:

Administrativo. Servidor público. Valores pagos indevidamente pela Administração Pública. Restituição. Não cabimento. Boa-fé. Orientação do STJ. Segurança concedida. - Segundo a orientação atual e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que o pagamento foi efetivado a servidor público em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração Pública e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, é indevido o desconto de tais quantias. Confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.07.384424-3/001, Relator: Des. Almeida Melo.)

Direito administrativo. Desconto de valores percebidos, de boa-fé, por servidor público. Erro da Administração. Impossibilidade de repetição. - Segundo entendimento da Corte Superior do Superior Tribunal de Justiça, 'é incabível o

desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado'. (REsp nº 645.165/CE, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.03.2005). (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.08.157307-3/001 - Relator: Des. Wander Marotta.)

Honorários - Fazenda.

O recurso da autora visa à majoração da verba honorária, buscando a apelante a sua majoração, com a fixação nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Segundo o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, quando for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b, e c do parágrafo anterior.

Humberto Theodoro Júnior, mestre de todos nós, leciona que:

Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a, b e c do art. 20, parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo.

Há, então, de prevalecer, um critério de equidade, em função do qual o juiz agirá com prudente arbítrio, fora dos limites do § 3º do art. 20, para evitar aviltamento da verba, nas pequenas causas, e adotar mais moderação nas sucumbências da Fazenda Pública. (Curso de direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, p. 95-6.) (Ap. Cível 199.564-6, p. 2.)

Penso que os honorários advocatícios, *data venia*, foram fixados razoavelmente pelo digno Juiz sentenciante, já que, condenada a Fazenda Pública, ou suas autarquias, a verba honorária deve ser fixada por equidade, em valor fixo e razoável, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, e não em percentual sobre a condenação, na forma o § 3º do mesmo dispositivo, pelo que entendo justa a fixação da referida importância em R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), considerando a baixa complexidade da matéria posta em julgamento, bem como a inexistência de fase instrutória.

Pelo exposto, nego provimento à apelação principal e à apelação adesiva, mantendo, assim, incólume a bem-lançada sentença.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E ADESIVO.

...

Ação civil pública - Antecipação de tutela - Cirurgia de "crioterapia" - lesão da retina - Urgência - Menor carente - Necessidade comprovada

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Tutela antecipada. Cirurgia de "crioterapia" - lesão da retina. Urgência. Menor carente. Litigância sob o pálio do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

- Se o agravante é menor carente e necessita de imediata cirurgia de "crioterapia" - lesão da retina, configurados estão os pressupostos de verossimilhança e inequívocidade dos fatos nos quais se funda o pedido de *tutelle de avant-garde*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0433.09.312641-8/001 - Comarca de Montes Claros - Agravante: Município de Montes Claros - 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, sob a Presidência do Desembargador Alvim Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2010. - *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. 72/77-TJ, a qual, nos autos da ação civil pública com pedido de tutela antecipada para que fosse realizada no menor R.J.A.V. a intervenção cirúrgica de "crioterapia", deferiu a tutela de vanguarda, para que o agravante procedesse, no prazo de 15 (quinze) dias, ao procedimento cirúrgico urgente indicado pelo Dr. Juliano de Souza Maia, médico oftalmologista da Secretaria Municipal de Saúde do Município, assim como fornecesse os medicamentos necessários, antes e depois da operação, sob pena de multa diária de R\$1.000.00 (mil reais).

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 72/77-TJ, por entender irrelevante seu fundamento jurídico de pedir, haja vista que, necessitando o menor R.J.A.V. de urgente cirurgia "crioterapia", por ser portador de doença de "coats" (lesão na retina), com lesões vasculares com quadro

grave, pelo potencial de perda visual no olho comprometido, com risco de perda parcial da visão, e, haja vista que o Sistema Único de Saúde - SUS não cobre a cirurgia, deve o Município custear seus gastos, em face do caráter relevante do direito constitucionalmente protegido, mormente por ser pobre no sentido legal, necessitando do imediato procedimento cirúrgico, conforme relatórios médicos de f. 52 e 57-TJ, da Secretaria Municipal de Saúde do Município, e estar litigando sob o patrocínio do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Foram requisitadas informações e intimado pessoalmente o agravado para resposta, tudo no prazo comum de 10 (dez) dias e em consonância com a norma contida no art. 527 do CPC.

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

Requisitadas informações, a Magistrada *a quo*, à f. 89-TJ, mantém a decisão agravada.

Intimado para resposta, o agravado, às f. 155/160-TJ, oferece suas razões, pugnano pela manutenção da decisão agravada.

Aberta vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça, esta apresenta, às f. 103/110-TJ, judicioso parecer, opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos seus requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com o presente recurso, objetiva o agravante a reforma da decisão agravada de f. 72/77-TJ, a qual, nos autos da ação civil pública com pedido de tutela antecipada, para que fosse realizada no menor R.J.A.V. a intervenção cirúrgica de "crioterapia", deferiu a tutela de vanguarda, para que o agravante procedesse, no prazo de 15 (quinze) dias, ao procedimento cirúrgico urgente indicado pelo Dr. Juliano de Souza Maia, médico oftalmologista da Secretaria Municipal de Saúde do Município, assim como fornecesse os medicamentos necessários antes e depois da operação, sob pena de multa diária de R\$1.000.00 (mil reais).

Entendo não merecer reparos a decisão agravada, haja vista que, conforme relatório de f. 57-TJ, de médico da rede pública, ou seja, da Secretaria Municipal de Saúde do Município, o menor necessita com urgência da cirurgia de "crioterapia", mormente por apresentar risco elevado de deslocamento de retina, fato que poderá causar-lhe a cegueira.

Contudo, vê-se, ainda, que o mesmo litiga sob o patrocínio do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e a recomendação imediata da cirurgia foi solicitada pelo médico da rede pública municipal.

Ora, se a referida intervenção cirúrgica não é disponibilizada pelo SUS, conforme documento de f. 161-TJ, então o Município de Montes Claros deverá arcar com os custos para a realização.

Contudo, vê-se que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, ao opinar pelo provimento do recurso, esclarece que, em primeiro lugar, não há óbice contra o deferimento de antecipação de tutela contra o Poder Público. A Lei nº 8.437/92, conforme estabelecido em seu preâmbulo, dispõe sobre “a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público” e dá outras providências. Logo, o discurso acerca da impossibilidade de concessão de liminares contra a Fazenda Pública não se sustenta. Observe-se que, *in casu*, cuidou o nobre Magistrado *a quo* de cumprir a providência estabelecida no art. 2º do referido diploma legal, determinando a intimação do Município para manifestar-se no prazo de 72 horas. O mais é questão de mérito. De igual forma, insustentável a linha de argumentação a respeito da impossibilidade de mensurar a parcela de responsabilidade de cada ente federativo que compõe o polo passivo da ação, como é o caso do Município de Montes Claros. Logo, a parcela de responsabilidade que lhe toca é determinada: é integral.

Ora, no presente caso, configurados estão os requisitos e pressupostos para concessão da medida de vanguarda, já que presentes estão *fumus boni iuris et periculum in mora*, não só quanto à premente necessidade da realização da cirurgia, em face da gravidade do fato, ou seja, risco iminente de deslocamento de retina no menor, mas também da ausência de recursos dos pais para a realização, máxime porque o relatório médico acostado à f. 57-TJ não deixa dúvida quanto à premente necessidade de realização do procedimento cirúrgico.

Todavia, vê-se que a urgentíssima necessidade da realização da referida cirurgia se impõe, tendo o menor a garantia constitucional para a sua realização, segundo as normas previstas nos arts. 6º, 196 e 197, entre outros, da Constituição da República; nos arts. 186 e 187, entre outros, da Constituição do Estado de Minas Gerais; e nos arts. 2º e 18, entre outros, da Lei Federal nº 8.080/90, como muito bem esclarece a douta Procuradoria.

Contudo, é sabido que, constitucionalmente, a saúde é direito fundamental garantido a todo cidadão, e a não realização imediata da cirurgia no menor configura ofensa à dignidade da pessoa humana, fato que por si só compele o Judiciário a determinar sua imediata realização.

Veja-se a seguinte ementa de acórdão deste egrégio Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança. Saúde. Liminar concedida. Provas dos autos. Menor. Possibilidade de comprometimento da visão. Necessidade comprovada. Segurança concedida. (Número do processo: 1.0000.07.467535-6/000(1). Relator: Des. Brandão Teixeira. Data do julgamento: 3.12.2008. Data da publicação: 6.3.2009.)

Se o agravante é menor carente e necessita de imediata cirurgia de “crioterapia” - lesão da retina, configurados estão os pressupostos de verossimilhança e

inequívocidade dos fatos nos quais se funda o pedido de *tuttele de avant-garde*.

Por tais fundamentos é que ao agravo nego provimento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANDRÉ LEITE PRAÇA e ALVIM SOARES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Exibição de documento - Determinação - Cumprimento da decisão - Multa cominatória - Revogação - Possibilidade

Ementa: Ação de cobrança. Cumprimento da decisão que determinou a exibição de documento. Revogação da multa cominatória. Possibilidade.

- A redução ou o decote do valor arbitrado pelo julgador primevo, a título de multa cominatória, não irá afrontar a coisa julgada, por abranger tão somente o litígio - conflito de direito material - levado à apreciação do Poder Judiciário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.07.404382-2/002 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Espólio de Joannymar Rouse Teixeira, representado pela inventariante Maria de Lourdes Moreira - Agravado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - Duarte de Paula - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo espólio de Joannymar Rouse Teixeira, neste ato representado por sua inventariante, Maria de Lourdes Moreira, contra a r. decisão que, nos autos da ação de cobrança, em fase de liquidação de sentença, movida em face do Banco do Brasil S.A., excluiu dos cálculos apresentados a multa anteriormente arbitrada.

Inicialmente, fundamenta-se o agravado no argumento de que cabe ao agravante a juntada da certidão

de intimação, de forma satisfatória, devendo ser feita no ato de interposição do recurso, requerendo que seja provido o pedido de reconsideração.

Com efeito, verifica-se que o vocábulo reconsideração significa revogação, desfazimento, retratação, arrependimento. E, juridicamente, sem fugir ao sentido etimológico, indica o ato pelo qual o magistrado, depois de haver dito ou feito alguma coisa, declara revogado o que dissera ou fizera anteriormente, com a intenção de destruir ou anular os efeitos jurídicos que a manifestação de sua vontade ou a prática de seu ato poderiam produzir.

Dito isso, não obstante os argumentos expendidos pelos ora agravados (f. 105/106), não vejo motivos para reconsiderar a decisão de f. 101, em que converti o presente recurso de agravo de instrumento em diligência para que a Secretaria do Juízo de origem informasse a data de publicação da decisão agravada de f. 95, pois entendo que não pode ser penalizado o agravante que juntou, ainda que de forma ilegível, certidão da publicação da decisão recorrida, cumprindo, em princípio, com as formalidades para interposição do recurso de agravo de instrumento, se desincumbindo de sua obrigação, razão pela qual conheço do recurso, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Organizando os fatos, vejo que propôs o agravante ação de cobrança em face do agravado, alegando que mantinha conta de depósito em caderneta de poupança junto ao banco réu, tendo sofrido prejuízos em suas contas de poupança em consequência da implantação de sucessivos planos econômicos, os quais vieram a modificar os índices de reajuste inflacionários, introduzindo outros mecanismos de reajuste adotados pelo Governo, a partir de junho de 1987, período de implantação do chamado Plano Bresser, e, conseqüentemente, durante o chamado Plano Verão. Afirma que, nesses períodos, a instituição bancária aplicou índices de correção de forma retroativa, em afronta aos direitos adquiridos dos poupadores, tendo o réu aplicado percentuais inferiores, deixando de remunerar corretamente seus clientes.

Por sentença foi julgado parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento dos expurgos inflacionários referentes às diferenças de 8,04% sobre o saldo de junho de 1987 e 20,37% sobre o saldo de janeiro de 1989, já incluídos nesses índices os juros remuneratórios, a partir daí corrigidos monetariamente pela tabela da CGJ/MG, até o efetivo pagamento, mais juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, tendo este egrégio Tribunal mantido a r. sentença.

Transitado em julgado o v. acórdão, conforme certidão de f. 68, foi instaurado o procedimento de liquidação da sentença, na qual foi determinada a intimação da instituição financeira ré para apresentação

dos extratos, sob pena de multa diária de duzentos reais, até o limite de 60 dias.

Descumprida a determinação, foram atualizados os valores, constando a multa de seis mil reais pela não apresentação dos extratos, perfazendo o valor total de sete mil duzentos e cinquenta e cinco reais e nove centavos, valor este que foi integralmente depositado judicialmente pelo banco réu.

Entretanto, o novo Juiz que assumiu a 1ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, em substituição ao Juiz anterior, em despacho à f. 95 excluiu dos cálculos apresentados o valor da multa aplicada anteriormente, sob fundamento de que o colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que não cabe multa cominatória nesses casos.

Dito isso, é sabido, que as *astreintes*, de caráter coercitivo-punitivo, são fixadas pelo juiz com o escopo de promover efetividade de uma decisão judicial, sentença ou decisão antecipatória, destinando-se a evitar que a parte se furte, indeterminadamente, ao cumprimento de sua obrigação, em flagrante prejuízo da parte contrária. O valor é estabelecido pelo juiz de modo a impedir que o obrigado deixe de desempenhar sua obrigação.

Cumprido ressaltar que me alinho ao entendimento manifestado pelo MM. Juiz *a quo*, por entender indevida a incidência da multa cominatória, nos casos de descumprimento da determinação judicial de exibição de documentos, diante da nova posição jurisprudencial e orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça expressa na Súmula 372, onde se pacificou o entendimento de que: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

Por certo que, nos termos do art. 471 do Código de Processo Civil, nenhum juiz decidirá novamente as questões decididas, relativas à mesma lide. Todavia, o crédito resultante das *astreintes* não integra a lide propriamente dita e, portanto, não faz parte das “questões já decididas, relativas à mesma lide”. Assim, conforme bem anotado por Guilherme Rizzo Amaral:

a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida, e não sobre as técnicas de coerção utilizadas no decorrer da demanda ou sobre seus resultados. Por esta razão, admite-se a redução, e até a supressão, do valor da multa (*As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 227).

Nesse mesmo sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior:

não há definitividade [...] na imposição e arbitramento da *astreinte*, mesmo porque não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instru-

mento legal de coerção utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva (*Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. II, p. 37).

Nesse mesmo sentido, é o entendimento tanto deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais quanto o do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. Natureza coercitiva e não sancionatória. Possibilidade de revogação da multa. Discricionariedade do juiz. - A multa/*astreinte* pode ser revogada no tramitar do processo. A aplicação de multa diária deve ser suficiente ou compatível com a obrigação, e sua finalidade não é punir, e sim compelir o devedor ao pagamento; se atingida sua finalidade em prazo razoável, fica a multa fixada prejudicada (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0011.07.017966-5/001, Rel. Des. Alberto Aluízo Pacheco de Andrade, j. em 05.08.08).

Agravo de instrumento. Cumprimento da decisão que determinou a exibição de documento. Revogação da multa cominatória. Possibilidade. - O objetivo da fixação de *astreinte* não é compelir a parte ao pagamento do valor da multa, mas fazer com que cumpra a obrigação que lhe foi imposta (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.05.707755-4/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 23.04.09).

Agravo de instrumento. Decisão monocrática. *Astreintes*. Possibilidade de revogação. Multa de caráter coercitivo e não sancionatório. Manutenção da decisão de primeiro grau. Negado seguimento ao agravo, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC (TJRS, Agravo de Instrumento 70017266099, Décima Terceira Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Ângela Terezinha de Oliveira Brito, j. em 1º.11.06).

Ademais, o próprio art. 461 do CPC, citado pelo agravante em suas razões recursais, que estabelece a hipótese da fixação de multa diária para compelir ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer imposta por sentença, prevê também a possibilidade da modificação, de ofício, do valor ou periodicidade da multa caso seja insuficiente ou excessiva.

Por fim, há de se levar em consideração que, segundo o princípio da dialeticidade, insculpido no inciso II do art. 514 do Código de Processo Civil, as decisões objetos de recursos devem ser atacadas nos seus fundamentos, obrigando-se o recorrente a apontar as razões pelas quais não concorda com o provimento judicial recorrido, deixando explícito em suas razões seu inconformismo e o seu interesse recursal, o que foi feito de forma deficiente pelo agravante, que se limitou a citar os arts. 475 e o 461, ambos do Código de Processo Civil.

Feitas tais considerações, são esses os motivos pelos quais nego provimento ao recurso, a fim de manter incólume a r. decisão objurgada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo agravante, isento por litigar sob pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Consignação em pagamento - Recusa sem justa causa - Renúncia à parte ideal - Frutos da coisa - Condomínio

Ementa: Consignação em pagamento. Recusa injusta. Renúncia à parte ideal. Frutos da coisa. Condomínio.

- O acolhimento da pretensão deduzida em sede de demanda de consignação em pagamento exige, conforme art. 335, I, do Código Civil, que seja sem justa causa a recusa do credor em receber a prestação que lhe é devida.

- Forte no art. 1.314, *caput*, do Código Civil, é assegurado ao condômino dispor da cota-parte que lhe cabe nos frutos produzidos pela coisa comum.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.439691-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Cleuza Borboni de Lacerda - Apelada: Gabriela Castro Borboni - Relatora: Des.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2010. - *Selma Marques* - Relatora.

Voto

DES.ª SELMA MARQUES (Relatora) - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 65/67, que julgou procedente o pedido de consignação em pagamento na demanda ajuizada por Gabriela Castro Borboni contra Cleuza Borboni de Lacerda, declarando:

[...] extinta, nos termos do art. 334 do Código Civil, a obrigação de repasse da cota da parte ré pela autora dos valores auferidos em decorrência do contrato de locação de espaço para *outdoors* iniciado em 28.01.2008, tendo em vista a consignação periódica do valor devido representado por 12 parcelas.

Inconformada, apela a parte ré, f. 69/74, dizendo não concordar com a persistência do contrato de

locação de coisa comum, que deu origem ao recebimento de seu suposto direito de perceber o equivalente à cota-parte ideal da qual é proprietária. Alega que são inerentes os riscos e perigos advindos da colocação dos *outdoors* na área comum do edifício residencial, composta por quatro unidades autônomas. Assevera que é seu direito renunciar à parte que lhe corresponde do aluguel, como forma de, futuramente, eximir-se do pagamento de eventuais prejuízos advindos da locação, que qualifica como irregular, até mesmo se considerada a legislação municipal.

A resposta ao recurso foi oferecida às f. 75/79.

Presentes os requisitos legais, admito o recurso.

Na presente demanda, cumpre ter em consideração a advertência de Marinoni no sentido de que a técnica processual não pode sobrepor-se às regras de direito material sobre a consignação:

O instituto da consignação em pagamento é figura de direito material, competindo ao processo tão somente instrumentalizar mecanismos para a exata fruição dessa faculdade. Desse modo, sempre que a regra processual aparentar inviabilizar algumas das condições próprias da consignação, é necessário reexaminar a regra processual, sob pena de mutilar-se o direito material (*Curso...*, 2009, v. 5, Procedimentos Especiais, p. 49-50).

Desse modo, impende ter em consideração o disposto no inciso I do art. 335 do Código Civil, no sentido de que a consignação em pagamento somente tem lugar quando for injusta a conduta da parte credora em receber a prestação.

Na espécie, desde fevereiro de 2000, a Sociedade Findap vem formulando contrato de locação com o condomínio residencial, composto por quatro unidades autônomas - representadas pela Senhora Gabriela Castro Borboni - para a fixação de três *outdoors*.

O contrato de locação vinha sendo renovado anualmente até que, em fevereiro de 2008, a demandada Gabriela Castro Borboni, proprietária do apartamento 202, não quis mais a renovação, alegando, dentre outras questões, a falta de segurança e até mesmo a infringência, à legislação municipal, em decorrência da fixação dos *outdoors*.

Invoca a parte ré em seu favor, dentre outros, o art. 1.316 do Código Civil, que autoriza o condômino a se eximir do pagamento de despesas e dívidas da coisa comum, renunciando à sua parte ideal, que poderá ser aproveitada pelos demais condôminos.

O objetivo da parte apelante com tal argumento é eximir-se de eventual responsabilidade por possíveis acidentes, em decorrência da alegada precariedade com que - segundo alega - estão afixados os *outdoors*.

Por óbvio, não é a presente demanda de consignação em pagamento o palco para discutir a regularidade na persistência do contrato de locação e sua possível resolução, ou mesmo acerca de futura

responsabilização - *a priori*, contratualmente assumida pela sociedade locatária - que possa advir de acidentes com os *outdoors*.

Todavia, toda essa situação evidencia a vontade por parte da recorrente de disposição dos frutos produzidos pela coisa comum, faculdade que é inerente à copropriedade - art. 1.314, *caput*, do CC -, e que, como tal, não pode ser inviabilizada pelos demais condôminos.

Confira-se:

A propriedade enfeixa quatro poderes básicos sobre as coisas, como se extrai do Código Civil: usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa em poder de quem injustamente a detinha ou possuía. As mesmas prerrogativas têm os condôminos, mas afins e limitadas, em decorrência da situação de co-propriedade.

[...]

O terceiro dos direitos é dispor ou, na dicção da lei, 'alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la'. A alienação ou oneração da parte ideal independe do consentimento dos demais condôminos (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*. Coordenação de Cezar Peluso, 2008, p. 1.164).

Trata, portanto, a renúncia do exercício da autonomia privada, que é o

[...] poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. 2008, p. 105).

Lado outro, repita-se serem incabíveis maiores considerações acerca dos efeitos que a renúncia da prerrogativa da percepção dos frutos, que seria assegurada pela propriedade comum, pode ter sobre a relação locatícia, ou mesmo sobre futuras e incertas demandas de reparação de danos.

Todavia, o reconhecimento do direito à livre disposição da coisa, ou de parte da coisa comum, ou seja, à renúncia na percepção da quota-parte ideal dos alugueis, é o quanto basta para a improcedência dos pedidos iniciais.

Isso posto, dou provimento ao apelo para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais deduzidos nesta demanda de consignação em pagamento.

Custas recursais, pela parte apelada, suspensa a exigibilidade do pagamento.

Custas processuais e honorários advocatícios - como fixados pela sentença -, pela parte autora, suspensa a exigibilidade do pagamento.

É como voto.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Revisor) - De acordo com a Relatora.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com a Relatora.

DES. SELMA MARQUES - Presidente - Apelação Cível nº 10145084396913001, Juiz de Fora: "DAR PROVIMENTO AO RECURSO".

...

Mandado de segurança - Fisco estadual - Dados cadastrais - Recusa de alteração - Dívida de outra empresa - Sócio - Livre exercício de atividade econômica - Impedimento - Arbitrariedade - Meios hábeis de cobrança - Existência

Ementa: Mandado de segurança. Fisco estadual. Recusa de alteração de dados cadastrais. Dívida de outra empresa da qual o impetrante é sócio. Impedimento do livre exercício de atividade econômica. Procedimento arbitrário. Existência de meios normais de cobrança.

- À Fazenda Pública é vedado condicionar a alteração dos dados cadastrais, ainda que existentes débitos em nome dos sócios, uma vez que dispõe de meios hábeis para a cobrança de seus créditos, não se justificando o manejo de procedimentos que, de forma anormal, visam a obter a sua quitação - e que cerceiam o direito ao exercício das atividades empresariais, principalmente ao impedir a atualização do cadastro, ao fundamento de que existe pendência fiscal de outra empresa da qual o impetrante é um dos sócios, em afronta ao princípio constitucional da ordem econômica, tal como previsto no art. 170 da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.09.653575-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Eduardo Henrique Guerra de Resende - Autoridade coatora: Chefe da Superintendência Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais - Administração Fazendária de Belo Horizonte - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvim Soares, 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, 11 de maio de 2010. - Wander Marotta - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Eduardo Henrique Guerra de Resende impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Chefe da Superintendência Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais, alegando, em síntese, que se dedica ao comércio varejista de veículos automotores, sendo sócio das empresas SLW Comércio de Veículos Ltda., com 1% das cotas, e SLT Comércio de Veículos Ltda., com 50%, nas quais não exerce cargo de gerência ou direção. Ao dar início ao procedimento administrativo de retirada da empresa SLT Comércio de Veículos Ltda. junto às Receitas Federal e Estadual, seu pedido foi indeferido ao fundamento de que participa de empresa que está em débito com o Fisco. Afirma que retirou certidão negativa de débito em seu nome perante a Secretaria de Estado da Fazenda e que, realmente, há execução fiscal contra a empresa SLW Comércio de Veículos Ltda., na qual foi efetivada a penhora e opostos embargos do devedor, julgados procedentes, com decisão confirmada em segundo grau, estando os autos pendentes de recurso junto ao STJ. Entende abusivo o ato praticado pela autoridade impetrada, motivo pelo qual requer liminar para determinar a sua retirada da empresa SLT Comércio de Veículo Ltda., com a concessão final da ordem, uma vez que o débito existente em nome de outra empresa da qual é sócio não altera a sua liberdade no exercício da atividade econômica.

A liminar foi deferida (f. 44/46).

Informações da autoridade impetrada, sustentando que o deferimento da liminar afronta o disposto no art. 99, parágrafo único, I, do RICMS/02, c/c o art. 219 da Lei nº 6.763/75, e que o indeferimento ocorreu em decorrência do descumprimento da obrigação do impetrante de comunicar seu ingresso na sociedade em 24.6.2005, ensejando divergências entre os dados cadastrais da base do sistema da Secretaria de Estado da Fazenda e aqueles constantes na base da Junta Comercial e Receita Federal. Enfatiza que não houve indeferimento do pedido, mas registro de pendência, não se vislumbrando qualquer ilegalidade no procedimento.

À f. 65-v., manifestou-se o Ministério Público pela concessão da ordem.

A sentença concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de impedir a

retirada do impetrante do quadro societário da SLT Comércio de Veículos Ltda., com base em pendência fiscal relativa à empresa SLW Comércio de Veículos Ltda. Condenou o Estado de Minas Gerais ao reembolso das custas antecipadas pelo impetrante (f. 66/69).

Inconformado, recorre o Estado de Minas Gerais (f. 75/81), requerendo que as informações prestadas passem a integrar o presente recurso, uma vez que ali ficou demonstrada a legalidade do ato ora impugnado. Sustenta que o levantamento da pendência encontra suporte no art. 219 da Lei nº 6.763/75, regulamentada pelo art. 99 do RICMS/02, e que o apelado apresenta documentos de outros órgãos, com a finalidade de confundir o Judiciário, tendo em vista a apuração de grave irregularidade. Enfatiza que a constatação de pendências não está vinculada apenas à existência de débitos tributários, mas também ao fato de a empresa encontrar-se em situação irregular perante a autoridade fazendária.

O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano.

Ensina Carlos Mário da Silva Veloso:

[...] O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. 'Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual'. (Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988; apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 81.)

Cumprido ao impetrante, portanto, demonstrar, através de prova pré-constituída, o seu pretendido direito líquido e certo. E tais documentos devem, forçosamente, vir juntados à inicial, nos termos do art. 283 do CPC.

Pretende o impetrante que se lhe reconheça o direito líquido e certo de retirar-se da empresa SLT Comércio de Veículos Ltda., com alteração de seus dados cadastrais perante o Fisco estadual, em razão de débito tributário da empresa SLW Comércio de Veículos Ltda., da qual também é sócio.

Alega a autoridade impetrada que a recusa quanto ao deferimento da alteração cadastral pretendida decorreu do descumprimento, pelo impetrante, da obrigação de comunicar seu ingresso no quadro societário da empresa em 24.6.2005, conforme consta da quarta alteração contratual registrada em 6.7.2005 na Jucemg. Entretanto, tais fatos não ficaram comprovados.

O documento expedido pela Superintendência Regional da Fazenda demonstra que o indeferimento ocorreu baseado no fato de que o impetrante participa da empresa SLW Comércio de Veículos Ltda., que, segundo ali consta, foi cancelada (f. 20).

É entendimento pacificado de que à Fazenda Pública é vedado condicionar a alteração dos dados cadastrais, ainda que existentes débitos em nome dos sócios, uma vez que dispõe de meios hábeis para cobrar seu crédito, não se justificando o manejo de procedimentos que, de forma anormal, visam obter a sua quitação - e que cerceiam o direito ao exercício das atividades empresariais, principalmente ao impedir a atualização do cadastro, ao fundamento de que existe pendência fiscal de outra empresa, da qual o impetrante é um dos sócios, em afronta ao princípio constitucional da ordem econômica, tal como previsto no art. 170 da Constituição Federal.

Tal negativa é absolutamente ilegal.

A questão ora debatida já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo e fiscal. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Mandado de segurança. CNPJ. Alteração do cadastro. Lei nº 5.614/70. Imposição de exigências da Receita Federal do Brasil, regularização das pendências fiscais do novo sócio. Condições da IN SRF 200/02. Limites à livre iniciativa (exercício da atividade econômica).

1. A inscrição e modificação dos dados no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ devem ser garantidas a todas as empresas legalmente constituídas, mediante o arquivamento de seus estatutos e suas alterações na Junta Comercial Estadual, sem a imposição de restrições infraleais que obstaculizem o exercício da livre iniciativa e desenvolvimento pleno de suas atividades econômicas.

2. A Lei nº 5.614/70, que versa sobre o cadastro federal de contribuintes, outorgou ao Ministro da Fazenda o dever de regular o instrumento de registro, para dotar o sistema de normas procedimentais para viabilizar a inscrição e a atualização dos dados, sem permitir que imposições limitadoras da livre iniciativa restassem veiculadas sob o jugo da mencionada lei.

3. As turmas da Primeira Seção desta Corte já assentaram que é ilegítima a criação de empecilhos, mediante norma infralegal, para a inscrição e alteração dos dados cadastrais no CNPJ. Precedentes: REsp 760.320/RS, DJU de 1º.2.07; REsp 662.972/RS, DJU de 5.10.2006; REsp 411.949/PR,

DJU de 14.8.2006; REsp 529.311/RS, DJU de 13.10.2003 e; RMS 8.880/CE, DJU de 8.2.2000.

4. Conforme cedição, 'o sócio de empresa que está inadimplente não pode servir de empecilho para a inscrição de nova empresa pelo só motivo de nele figurar o remisso como integrante' (RMS 8.880/CE, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJU de 8.2.2000).

5. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008'. REsp 1103009/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 9.12.2009, DJe de 1º.2.2010).

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

Constitucional e tributário. Mandado de segurança. Fisco estadual. Alteração de dados cadastrais. Recusa. Dívida de outra empresa cujo sócio é o mesmo. Medida impeditiva ao livre exercício de atividade econômica. Meios de cobrança. Mecanismos arbitrários. Vedação. Direito líquido e certo. Caracterização. Concessão da segurança. Manutenção. Inteligência dos arts. 170, 172 e 174, todos da Constituição da República, e Súmula nº 547 do Sumo Pretório. - É vedado ao Fisco recusar-se a alterar os dados cadastrais da empresa sob a alegação de que um de seus sócios é também sócio de outra que está em débito para com a Fazenda Pública, por caracterizar tal fato impedimento ao livre exercício de atividade econômica, nos termos da Constituição da República, possuindo ele, ainda, outros meios para a cobrança de seus haveres, não podendo agir sob mecanismos arbitrários (Reex. Necessário/Apeação Cível nº 1.0024.07.405168-1/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. em 24.1.2008, pub. em 4.3.2008).

Mandado de segurança. Tributário. Indeferimento de inscrição estadual. Sócio de outra empresa. Responsabilidade. Débito desta com o Fisco. Negativa de inscrição. Ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida.

- O fato de o impetrante ser sócio de uma outra empresa inscrita em dívida ativa não pode inibir o pedido de inscrição no Cadastro de Contribuintes.

- A responsabilidade do sócio por dívidas contraídas pela sociedade depende de prova da descaracterização desta enquanto tal, pois a presunção é de que aquele não responde por dívida social (Apeação Cível nº 1.0112.04.050341-2/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. em 17.10.2006, DJ de 30.11.2006).

Mandado de segurança. Inscrição em cadastro de contribuintes. Condicionamento ao pagamento de débitos fiscais. Ilegalidade.

- A negativa de inscrição de contribuinte no cadastro fiscal, sob alegação de existir débito em nome de sócio, é ilegal e abusiva, porque configura forma ilícita de cobrança de dívida e restrição à atividade profissional.

- A Fazenda Pública dispõe de meios próprios para cobrança de seus créditos, não se admitindo que se valha de meios indiretos e contrários aos princípios constitucionais que regem a ordem econômica (art. 170/CR).

- Segurança confirmada (Reexame Necessário/Apeação Cível nº 1.0024.05.785338-4/001, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 1º.8.2006, pub. em 25.8.2006).

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo a decisão monocrática, prejudicado o recurso voluntário. Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANDRÉ LEITE PRAÇA e ALVIM SOARES.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Responsabilidade civil - Indenização - Dano material - Furto de veículo - Estacionamento - Administração de autarquia estadual (Ademg) - Omissão - Falha na prestação do serviço - Dever de indenizar - Responsabilidade subjetiva - Honorários advocatícios de sucumbência - Fixação - Critérios

Ementa: Administrativo. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais. Furto de veículo no interior de estacionamento administrado por autarquia estadual (Ademg). Omissão. Responsabilidade subjetiva. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar. Precedentes. Honorários advocatícios de sucumbência. Critérios de fixação.

- Encontra-se pacificado o entendimento no sentido de que a Ademg, ao cobrar pelo serviço de estacionamento dos frequentadores do estádio do Mineirão, responde pelo furto de veículos no interior de suas dependências.

- "Havendo sucumbência da Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante a regra do § 4º do art. 20 do CPC". (TJMG - 5ª Câmara Cível, Apeação nº 1.0024.05.756125-0/001, Rel. Desembargador Barros Levenhagen, negaram provimento, v.u., DJ de 03.04.2009.)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.690803-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ademg Administração de Estádios do Estado de Minas Gerais - Apelado: Cristiano José de Souza Machado - 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, sob a Presidência do Desembargador Mauro Soares de Freitas, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2010. - Mauro Soares de Freitas - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Cuida-se, originariamente, de “ação de ressarcimento de danos materiais” (f. 02/10) ajuizada por Cristiano José de Souza Machado em desfavor da Ademg - Administração de Estádios do Estado de Minas Gerais, em cujas razões de fato e fundamentos jurídicos do pedido o autor reclamou o pagamento de indenização no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), referente aos danos causados em seu veículo automotor, cujo espelho retrovisor esquerdo fora objeto de furto nas dependências do estacionamento da ré.

Adota-se o relatório da sentença vista às f. 89/94, ao acréscimo de que o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital julgou procedente o pedido, ao fundamento, em síntese, de que a Ademg, ao cobrar pelo estacionamento dos frequentadores dos estádios sob sua administração, responde pelos danos causados aos veículos depositados em suas dependências, na forma do disposto no art. 629 do Código Civil. A ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de sucumbência, esses fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Em pedido de nova decisão (f. 104/111), a autarquia estadual alega, em apertada síntese, que sua responsabilidade pelos danos causados aos veículos sob sua guarda seria subjetiva e que no caso dos autos não haveria provas acerca do dano e que o mesmo se tenha dado no interior de seu estacionamento. Contesta a imparcialidade da única testemunha ouvida em juízo, à observação de que os documentos coligidos nos autos não comprovam a utilização do estacionamento. Insurge-se contra o *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios de sucumbência, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso.

Contrariedade às f. 115/129, em óbvia infirmação.

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conhece-se do apelo.

Depreende-se dos autos que o autor pretende ver-se indenizado pelos supostos prejuízos causados ao seu veículo automotor, cujo espelho retrovisor esquerdo teria sido furtado nas dependências do estacionamento do Estádio Municipal “Jornalista Felipe Henriot Drumond”, popularmente conhecido como “Mineirinho”, cuja administração é de responsabilidade da recorrente.

Com efeito, os documentos que instruem a inicial comprovam os fatos articulados nos autos, sobretudo no que diz respeito à guarda do automóvel nas dependências do estacionamento do “Mineirinho”.

O *ticket* de estacionamento de f. 15, conquanto não traga a data, a hora, a placa do veículo e o preço da tarifa cobrada pela ré é prova indiciária de que, sopesada com o conjunto probatório dos autos, comprova o

fato constitutivo do direito do autor, ora apelado, a teor do disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Se não, veja-se.

Por ocasião do evento danoso, a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, acionada pelo apelado, enviou ao local guarnição composta pelo SdPM André Teixeira Canuto e pelo 3º SgPM Kaiser Eliezer de Sá, conforme boletim de ocorrência reproduzido às f. 19/20, cujo histórico contém os seguintes fatos, *verbis*:

O solicitante, após retornar ao seu veículo, Honda Civic, placa HDD-0099, que estava estacionado no interior do estacionamento do Mineirinho, constatou que o retrovisor do referido veículo foi furtado, e ao procurar o representante pelo estacionamento, uma vez que pagou pelo serviço de acordo com o comprovante nº 6639, foi informado que o estacionamento não se responsabiliza pelos danos.

Ora, não é nova a orientação pretoriana no sentido de que o boletim de ocorrência policial goza de presunção relativa de veracidade, consoante farta jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, aliás, é o seguinte precedente:

Processual civil. Recurso especial. Deficiência na fundamentação: Súmula 284/STF. Inadmissibilidade. Reexame de provas: Súmula 7/STJ. Boletim de ocorrência. Ato administrativo. Presunção relativa de veracidade.

1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.
2. É inadmissível o recurso especial se o exame da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas.
3. O boletim de ocorrência feito por policial rodoviário federal tem natureza de ato administrativo e goza da presunção relativa de veracidade, servindo para embasar a ação de cobrança por danos materiais.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ - 2ª Turma - REsp 1085466/SC - Rel.ª Ministra Eliana Calmon - conhecerem, em parte, do recurso e lhe negaram provimento, v.u. - DJe de 04.06.2009.)

Assim, não se desincumbindo a apelante do ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, sobretudo quanto à efetiva utilização do estacionamento e o furto ocorrido em suas dependências, fatos corroborados pela peça policial, de se rechaçar a negativa contida na recursal.

Quanto à responsabilidade propriamente dita, este egrégio Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que, deixando a Ademg de enviar esforços no sentido de preservar a integridade dos veículos estacionados em suas dependências, deve responder, de forma subjetiva, pelos danos causados aos mesmos.

É, a propósito, o que se observa do seguinte precedente, balizador do entendimento ora sufragado, *verbis*:

Administrativo. Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais. Furto de veículo no interior de estacionamento pago. Responsabilidade da autarquia administradora.

Falha na prestação de serviço. Dever de indenizar. Precedentes. Honorários advocatícios. Critério de cominação. - Encontra-se pacificado o entendimento no sentido de que a Ademg, ao cobrar pelo serviço de estacionamento dos freqüentadores do estádio do Mineirão, responde pelo furto de veículos no interior de suas dependências. Havendo sucumbência da Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante a regra do § 4º do art. 20 do CPC. (TJMG - 5ª Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.05.756125-0/001 - Rel. Desembargador Barros Levenhagen - negaram provimento, v.u. - DJ de 03.04.2009.)

De fato, consoante a regra inserta no art. 629 do Código Civil de 2002,

O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

Ao que se vê, controvérsia não mais existe sobre a responsabilidade do estacionamento pelos danos causados aos veículos postos sob a sua guarda, estando a matéria, inclusive, pacificada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme Enunciado de nº 130 da súmula de jurisprudência daquele Sodalício, vazado nos seguintes termos:

Súmula 130. A empresa responde perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo em seu estabelecimento.

Na hipótese vertente, a prova testemunhal corrobora a tese de negligência, conforme se depreende do depoimento de Francisco Miguel Ferreira, reproduzido à f. 67, e que, às perguntas que lhe foram formuladas, assim respondeu, *verbis*:

[...] que é funcionário da Ademg, trabalhando no setor de cadeira cativa; que é também o responsável por coordenar o estacionamento do Mineirinho; que não tem conhecimento dos fatos ocorridos no veículo do autor; que o estacionamento do Mineirinho é pago; que em média existem 11 pessoas responsáveis por controlar a parada dos veículos no estacionamento e também fiscalizar; que, quando acontece algum problema no interior do estacionamento, a pessoa, no caso, a vítima, é orientada a procurar o coordenador do estacionamento e fazer um boletim de ocorrência, para, posteriormente, este boletim se encaminhando à Procuradoria da Ademg; [...] que em média são recebidos na quinta-feira à noite, no estacionamento do Mineirinho, 400 (quatrocentos) carros; que o valor atual para estacionar o veículo é de R\$ 10,00; que o controle de entrada e saída dos veículos do estacionamento é feito da seguinte forma; na entrada, é fornecido um tíquete e a pessoa efetua o pagamento logo na entrada, permanecendo com o tíquete, na saída, o tíquete é devolvido e inutilizado; que não há identificação do veículo no tíquete; [...].

Pois bem, se é certo que a Ademg reserva apenas onze funcionários para controlar a ocupação das vagas

em seus estacionamentos, é certo que não disponibiliza efetivo encarregado da vigilância dos automóveis entregues a sua guarda.

Esse, aliás, o teor do depoimento (f. 68) da testemunha Cristiano José de Souza Machado, em cuja assentada, trazida à f. 68, declarou que, *verbis*:

[...] que o depoente acompanhou o autor no dia dos fatos ao Mineirinho; que o veículo foi deixado no estacionamento do Mineirinho; que o veículo do autor é um Honda Civic e entrou no estacionamento sem qualquer dano; que, quando foram sair da feira, encontraram o veículo com o retrovisor do lado esquerdo arrancado; [...] que não existiam vigilantes no local e ainda passou uma pessoa informando que estragos em veículos eram freqüentes no estacionamento; [...].

Nem se diga que as testemunhas seriam imprestáveis por vício de parcialidade, porquanto o réu nem sequer as contraditou no tempo oportuno, sofrendo, dessarte, os efeitos da preclusão processual, o que lhe impede inaugurar a questão em grau recursal.

Ao cabo dessas considerações, observa-se que a obrigação imposta à recorrente é fruto da subsunção dos fatos às regras aplicáveis à espécie, devendo, pois, ser confirmada a condenação.

Finalmente, no que concerne ao valor estabelecido a título de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cumpre salientar que o édito judicial atendera devidamente à regra preceituada no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Nesse particular, a avaliação subjetiva feita pelo eminente Juiz da causa levou em consideração as peculiaridades do caso concreto, sopesando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para seu serviço, motivo pelo qual a sua ratificação é medida que se impõe.

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação reivindicatória - Usucapião especial - Requisitos legais - Atendimento - Ausência de prova

Ementa: Ação reivindicatória. Matéria de defesa. Usucapião especial. Requisitos legais. Ausência de prova.

- O usucapião especial depende da prova dos seguintes requisitos: imóvel particular em área urbana de até 250 m², prazo de cinco anos, ânimo de dono, utilização para moradia própria, posse sem oposição e inexistência de propriedade de outro imóvel.

Impõe-se a rejeição do pedido em caso de ausência de algum dos requisitos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.000671-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Vera Lúcia de Almeida, 2ª) Luiz Carlos Ferreira Filho - Apelados: Espólio de Diva Ferretti Costa, representado pela inventariante Édila de Deus e Costa Araújo - Litisconsortes: Anísia Niles dos Santos, João Francisco Gomes dos Santos, Gisele Jaine Xavier, Mônica Jaine Xavier, Otelina Vieira Souto Paiva, Berenice da Silva Oliveira, Lana Mara Rodrigues Santos, Maria D'Ajuda Domingos Malaquias - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2010. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Conheço dos recursos, uma vez presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação reivindicatória aforada por Diva Ferretti Costa, representada inicialmente por seu curador Edivaldo de Deus Costa e, após, pela inventariante Édila de Deus e Costa Araújo, ora apelada, contra Vera Lúcia de Almeida e Luiz Carlos Ferreira, ora apelantes, quando a autora busca a posse do imóvel ora individuado e pagamento dos prejuízos causados.

Emerge do feito a alegação da autora, por seu curador, de que é proprietária de um imóvel residencial e suas benfeitorias, bem como respectivo terreno.

Afirma que exerce esta faculdade como senhora de direito real e estribado no art. 524 do Código Civil, que lhe assegura, como titular de domínio, o direito de usar, gozar, dispor do bem e de reavê-lo de quem injustamente o possua.

Aduz que solicitou reiteradas vezes que os réus deixassem o imóvel, inclusive através de notificação por carta, sob registro postal, no que não foi atendida.

Foi prolatada sentença nas f. 376/381, onde o Magistrado julgou procedente o pedido inicial para determinar que os réus desocupem o imóvel descrito na inicial, sob pena de desocupação compulsória. Condenou ainda os réus ao pagamento das custas e honorários fixados em 15% do valor da causa.

Inconformada, a requerida Vera Lúcia de Almeida apresentou recurso de apelação às f. 383/387, onde, inicialmente, cita o art. 183 da Constituição Federal.

Sustenta não ter o nobre Magistrado observado as provas documentais constantes dos autos, que atestam a ocupação por esta apelante pelo prazo requerido pela lei.

Ressalta estar configurada a posse de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados.

Afirma estarem os demais requisitos plenamente comprovados.

Requer seja reconhecida a sua posse como mansa, pacífica e sem oposição, por mais de 10 (dez) anos.

Da mesma forma inconformado, Luis Carlos Ferreira Filho apresentou contestação nas f. 390/392, onde alega que, desde 1995, veio a adquirir a propriedade de Jaqueline L. M. Gonçalves, que ali já residia há mais de 5 anos.

Afirma que, desde aquela época, exercia a posse sem qualquer objeção, interrupção de quem quer que fosse.

Sustenta que o imóvel é sua residência e que não possui outro imóvel nesta comarca ou em qualquer outra.

Alega estar provado o direito de adquirir a propriedade pelo usucapião especial, por satisfeita todas as obrigações legais.

Salienta que, se durante tantos anos a parte ficou inerte, é simplesmente abandono, desinteresse, não merecendo ser reconhecido direito àquele que só detém o domínio.

Ante tais argumentos, passo a analisar as razões recursais de ambos os recursos, visto que trazem como objeto de defesa o usucapião especial previsto no art. 183 da Constituição Federal.

Trata a presente de ação reivindicatória, ou seja, ação petitória, de natureza real, que tem por finalidade a retomada da coisa do poder de quem quer que injustamente a detenha, exercitável contra todos, *adversus omnes*.

Reivindicar é uma expressão empregada *stricto sensu* às reclamações sobre coisas. Daí que a ação reivindicatória presta-se a recuperar coisa que se encontra em poder de quem se coloca em antagonismo ao direito e ao exercício do direito de propriedade (FIGUEIRA JÚNIOR, 1994:73, 285).

Assim, saliento que, embora os réus possam alegar usucapião como matéria de defesa na ação reivindicatória, não é possível a obtenção da aquisição de domínio, em caso de acolhimento da defesa, visto a presente tratar de ação reivindicatória.

Dessarte, vejamos jurisprudência de nossos Tribunais a respeito:

Ação reivindicatória. Usucapião como matéria de defesa. Impossibilidade, nesses casos, de declaração de aquisição de domínio. - Dúvida não há sobre a possibilidade da arguição de usucapião como matéria de defesa. Todavia, nesse caso, o magistrado, acolhendo a arguição da defesa, não pode emitir julgado declarando a aquisição do domínio, mas, apenas, julgar improcedente o pedido de reivindicação (REsp 139126/PE, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 04.08.1998).

Continuando, temos que os apelantes invocam, como matéria de defesa, o instituto do usucapião especial de imóvel urbano previsto no art. 183 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

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.

Diante do exposto no art. 183 da CF, necessária a comprovação dos requisitos legais exigidos para a configuração do usucapião especial, quais sejam: imóvel particular em área urbana de até 250 m², prazo de cinco anos, ânimo de dono, utilização para moradia própria, posse sem oposição, inexistência de propriedade de outro imóvel.

Por outro lado, como se sabe, nos termos do estatuído pelo art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus probatório incumbe, ora ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito ou ora ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

A propósito, nas lições do ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, em seu *Curso de direito processual civil*, 18. ed., Editora Forense, v. 1, p. 422, temos, *in verbis*, que

Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

- Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai

sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Actore non probante absolvitur reus*,

completando, a seguir,

Por outro lado, de quem quer que seja o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova.

Assim, caberia aos apelantes comprovarem os requisitos autorizadores do usucapião especial, o que não ocorreu.

Inicialmente, insta salientar que, quanto ao requisito da metragem, conforme perícia na f. 75, a área total do imóvel é de 557,35 m².

Diz o il. perito que a área ocupada pela requerida Vera Lúcia de Almeida não permite desmembramento do restante do lote, pois ocupa quase toda a extensão frontal, impossibilitando a aceitação do desmembramento pela PBH.

Por outro lado, em nenhum momento, nos é informada a metragem do lote ocupado pelo requerido Luiz Carlos Ferreira.

Portanto, tal requisito não restou comprovado.

No mesmo seguimento, os apelantes não fizeram prova de que possuem o imóvel como seu, no prazo exigido pela lei, sem oposição.

O requisito lapso temporal também não restou comprovado.

Não bastasse, não temos dados nos autos que nos autorizem a entender que os apelantes não possuem a propriedade de outro imóvel.

Portanto, restando comprovada nos autos a propriedade do imóvel pela autora/apelada e que os requeridos passaram a ocupar os bens injustamente, não há como deixar de reconhecer que agiu com o devido acerto o Julgador primevo ao julgar procedente o pedido inicial, condenando-os à desocupação.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, mantendo a decisão recorrida em sua totalidade.

Custas, pelos apelantes, suspensas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Ação declaratória - Concurso público - Exame de saúde preliminar - Inaptidão - Mérito - Liminar - Descabimento - Voto vencido

Ementa: Direito administrativo. Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação declaratória. Concurso público. Exame de saúde preliminar. Inaptidão. Questionamento meritório. Liminar. Descabimento. Recurso desprovido.

- Não se concede liminar em sede de ação declaratória, quando a prova é contraditória, não permitindo a conclusão pelo provável sucesso da ação, e quando se verifica que o Judiciário está invadindo exame de mérito de ato administrativo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.10.006664-7/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Rondinelli de Oliveira Silva - Agravado: 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, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, 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, 10 de junho de 2010. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de agravo de instrumento (f. 02/09) aviado por Rondinelli de Oliveira Silva contra decisão (f. 47/48) do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, que, nos autos de uma "ação declaratória", indeferiu a liminar que consistiria em determinar ao réu que garantisse ao "requerente o direito de prosseguir no concurso até o final" (f. 16).

O agravante alega que "a discussão central da demanda é sobre a suposta inaptidão do agravante para o cargo almejado, sendo que tal situação fora rechaçada por este, com fundamento inclusive em laudo emitido por profissional da área"; que "as supostas varizes MMII não são e nunca serão empecilho para o exercício da função de soldado da Polícia Militar de Minas Gerais"; e que "presentes estão os requisitos para a tutela antecipada".

Indeferida a liminar recursal (f. 57), veio a contraminuta de f. 62/73.

Os laudos médicos de f. 38/43, apresentados pelo agravante, estão em confronto com o laudo oficial de f. 26.

Nesse ponto, ressalto que o Judiciário não pode interferir na realização do ato administrativo, senão para corrigir defeito de forma; nunca no que tange ao chamado mérito. O resultado do exame de saúde, no caso, envolve mérito.

Por outro lado, para a concessão da liminar, é indispensável a quase certeza do sucesso da ação. No caso, havendo laudos médicos conflitantes - um deles oficial -, não se pode optar pelos laudos apresentados pelo agravante, principalmente pelo fato de o agravante não ter juntado a cópia do edital. Não há verossimilhança.

Enfim, os fundamentos invocados pelo agravante não são suficientes para autorizar a concessão da liminar.

Nego provimento ao agravo.

Custas, pelo agravante; suspensão a exigibilidade, ante os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rondinelli de Oliveira Silva nos autos da ação declaratória ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, em face da r. decisão que indeferiu a liminar pleiteada para que o recorrente prosseguisse no concurso para o cargo de Soldado da Polícia Militar de Minas Gerais, até o final.

O MM. Juiz indeferiu a liminar, ao argumento de inexistirem provas da aptidão do autor para o cargo almejado.

O douto Relator está negando provimento ao recurso, por entender que o laudo médico apresentado pelo agravante, demonstrando a sua aptidão, contraria a perícia realizada pela Polícia Militar, devendo esta última prevalecer.

Considerou, ainda, o insigne Relator que o Poder Judiciário não pode adentrar no exame do mérito do ato administrativo, como ocorre nos casos de exame de saúde.

Peço vênia ao il. Des. Moreira Diniz para divergir de seu voto, pelas razões que passo a expor.

No tocante à tutela de urgência, venho entendendo que, em casos como o versado, em princípio, é cabível a medida rogada pelo recorrente, pois, na ponderação de riscos de danos, prevalecem estes em desfavor do candidato, que poderá se ver impedido de prosseguir no concurso.

O autor foi considerado inapto por apresentar "varizes MMII"; todavia, vislumbro, em tese, a possibilidade de se desconstituir o resultado do laudo questionado através de perícia judicial.

Em casos como o presente, tenho entendido que a ausência de fator que interfira significativamente na saúde física e mental do candidato ou obstaculize o regular exercício de atividades inerentes ao cargo buscado por ele é causa suficiente para demonstrar a existência do direito do candidato de prosseguir no certame.

Ademais, o agravante apresentou diversos relatórios e exames médicos (f. 38/43), que, a princípio, indicam que o seu estado de saúde não é incompatível com a realização de atividades físicas e o exercício da função de policial.

O concurso está em andamento, o que demonstra a urgência determinante à concessão da tutela antecipatória, de modo que o agravante consiga participar das demais fases, viabilizando o seu ingresso na função, caso, ao final, seja julgada procedente a demanda.

Os riscos, no caso concreto, preponderam em desfavor do autor, justificando-se a concessão da tutela antecipada.

Assim, reiterando vênias ao ilustre Relator, dou provimento ao agravo, para conceder a tutela antecipada, para que o agravante participe das demais fases do concurso, até a decisão final.

DES. ALMEIDA MELO - Acompanho o voto do Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A PRIMEIRA VOGAL.

...

Execução fiscal - IPTU - Extinção - Art. 295, III, do CPC - Princípio do acesso ao Judiciário - Principal arrecadação do Município - Art. 2º, § 1º, Lei nº 6.830/80 - Valor ínfimo individual - Inúmeras ações - Valor global relevante - Sentença cassada

Ementa: Execução fiscal. IPTU. Inúmeras ações. Extinção. Art. 295, III, do CPC. Valor ínfimo individual. Valor global relevante. Sentença cassada.

- Não compete ao Poder Judiciário definir se é ou não oportuno para a Administração mover a máquina jurisdicional. O princípio do acesso ao Judiciário deve ser observado, mormente quando se trata da principal arrecadação do Município, essencial para as suas execuções orçamentárias.

- O art. 2º da LEF não impõe limite quanto ao valor do crédito para este ser suscetível de execução. Ao magistrado não compete determinar se o valor da dívida ativa pode ser executado ou não, mormente quando se trata de ação movida por ente público, que pode ter inviabilizadas suas atividades pelo inadimplemento dos contribuintes, que seriam incentivados ao inadimplemento pelo próprio Judiciário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.07.014543-7/001 - Comarca de Camanducaia - Apelante: Fazenda Pública do Município de Camanducaia - Apelado: João Aparecido Borges - 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, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, 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 junho de 2010. - Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Relatora.

Notas taquigráficas

DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de recurso de apelação proposto às f. 40/92 pelo Município de Camanducaia, nos autos da execução fiscal movida em face de João Aparecido Borges, visando à reforma da sentença de f. 37/39, que julgou extinta a execução fiscal nos termos do art. 295, III, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, alega o apelante que o ajuizamento da execução fiscal não está condicionado ao valor do crédito, que não pode o d. Juiz extinguir uma ação por interesse de agir com o fundamento de que o valor da causa é "economicamente inviável" para movimentar a máquina jurisdicional. Aduz que o Município, que tem competência para dispor do crédito tributário, como prevê o art. 30 da CR/88, é regulamentado pelo Código Tributário Municipal. Argumenta que a sentença proferida não tem amparo legal, já que não há lei específica impedindo que créditos de pequeno montante sejam executados. O recorrente junta aos autos um documento que indica diversos processos julgados extintos sem resolução do mérito pelo mesmo motivo da presente execução, demonstrando que a soma dos valores acarreta um rombo considerável aos cofres públicos. Alega que a decisão proferida fere o princípio da separação dos Poderes e o princípio de acesso à jurisdição. Assevera que a disponibilidade da cobrança de tributos se dá, tão somente, por previsão legal (art. 97, VI, CTN). Ressalta que a sentença pode incentivar a inadimplência dos contribuintes. Anexa aos autos diversas jurisprudências.

Não houve apresentação de contrarrazões, uma vez que o apelado ainda não compõe a lide.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que o Juiz *a quo* extinguiu o processo sem resolução do mérito, indeferindo a inicial,

por entender que há falta de interesse de agir do exequente, devido ao valor do crédito, que julga ser uma cobrança de quantia módica e economicamente inviável.

Entretanto, ao magistrado não compete determinar se o valor da dívida ativa pode ser executado ou não, mormente quando se trata de ação movida por ente público, que pode ter inviabilizadas suas atividades pelo inadimplemento dos contribuintes, que seriam incentivados ao inadimplemento pelo próprio Judiciário.

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.830/80 estipula que “qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Dessarte, apenas com uma manifestação formal do Poder Legislativo é que, em regra, se poderia exonerar o administrador da propositura da execução fiscal e, com isso, autorizar a extinção sem resolução do mérito das execuções ajuizadas em eventual desconformidade com norma que definir um valor mínimo a ser executado.

Destaco que, em sede federal, há previsão de valor mínimo a ser executado. Isso porque a Administração Pública tem a faculdade de não ajuizar ações envolvendo quantias ínfimas apenas para afastar qualquer juízo de eventual improbidade contra o administrador, que tem, assim, liberdade de ajuizar a ação ou não, de acordo com as suas necessidades e conveniências. Mesmo assim, o juízo de valor é seu, de acordo com o interesse da Administração, e não do Judiciário.

A opção de não executar determinado crédito é da Administração, e não do Judiciário, pois não se trata de questão colocada para desatraravancar o Judiciário, mas para livrar o Administrador de obrigação que se demonstrar inviável, onerosa ou desaconselhável.

No caso em testilha, tratando-se de tributo municipal, somente lei poderia reconhecer o valor ínfimo do crédito tributário, o que não ocorre no presente caso.

Tratando-se da principal arrecadação do Município, essa decisão repetitiva poderia trazer grave prejuízo ao erário municipal.

Segundo o art. 141 do Código Tributário Nacional:

O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Portanto, verifica-se nos autos que o crédito foi regularmente constituído, não havendo óbice para a sua cobrança, muito pelo contrário, é dever da Administração Pública executá-lo, sob pena de violação do art. 150, § 6º, da Magna Carta.

Há de se ressaltar que são inúmeras as execuções fiscais interpostas pelo Município de Camanducaia e decisões como a recorrida tornam impossível a obtenção

do crédito tributário, via judicial, na hipótese de inadimplência do contribuinte. A soma desses débitos representa valor significativo para os cofres da Administração Pública municipal, principalmente por se tratar de uma pequena comarca, na qual, normalmente, o valor do IPTU é baixo.

A cobrança de débitos de pequeno valor depende da conveniência e oportunidade da Administração Pública, não cabe ao Poder Judiciário definir se é ou não oportuno para a Administração mover a máquina jurisdicional. O princípio do acesso ao Judiciário deve ser observado.

De acordo com o art. 5º, XXXV, da CF/88, todos têm o direito de ação, e

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Todos têm acesso à Justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed., p. 141).

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 (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed., p. 700).

Assim, se o Administrador optar pelo ajuizamento das ações de valor ínfimo, seja pela soma que pode ser considerável, seja por questões outras, não cabe ao Judiciário decidir de forma diferente.

Verifica-se que este egrégio Tribunal de Justiça já vem prolatando decisões, em causas semelhantes, nesse mesmo sentido:

Apelação cível. Execução fiscal. Valor irrisório. Extinção da execução. Impossibilidade.

- A Lei de Execuções Fiscais não impõe qualquer limite de valor à dívida ativa, sendo certo que qualquer valor poderá ser objeto de cobrança pela Fazenda Pública.

- Da leitura das hipóteses de extinção do crédito tributário, previstas no Código Tributário Nacional, não se constata a hipótese de extinção em razão do valor irrisório da dívida, principalmente pela indispensabilidade do crédito tributário.

- Recurso provido. Sentença cassada (Ap. nº 1.0878.07.016536-9/001 - Rel.ª Des.ª Heloísa Combat - Data do julgamento: 02.02.2010).

Tributário/processual civil. Execução fiscal. Créditos irrisórios. Interesse de agir. - A Fazenda Pública tem interesse

em ajuizar execuções fiscais tendentes a cobrar créditos tributários de diminuto valor (Ap. nº 1.0000.00.349909-2/000 - Rel. Des. Aldebert Delage - Data do julgamento: 25.09.2003).

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Crédito tributário municipal. Extinção por falta de interesse processual. Hipótese não verificada. Impossibilidade. - Ao Poder Judiciário não é viável dizer quando é conveniente ou não para o Poder Público municipal cobrar dívida, especialmente porque a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu critérios rígidos para a realização de medidas de renúncia de receita. De regra, inviável a extinção do feito, por ausência de interesse processual, da Fazenda Pública, em razão de valor ínfimo, por violar preceito constitucional descrito no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Agravo provido (Agravo nº 1.0384.06.044599-4/002 - Rel. Des. Schalcher Ventura - Data de julgamento: 29.11.2007).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso e casso a decisão recorrida, devendo o feito ter seu livre prosseguimento, afastado esse óbice.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR A RELATORA DANDO PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 22.06.2010, a pedido do Primeiro Vogal, após votar a Relatora dando provimento.

Com a palavra o Des. Armando Freire.

DES. ARMANDO FREIRE - Analisei detidamente os autos e, manifestando minha concordância com o voto proferido pela em. Desembargadora Relatora, passo a expor meu voto.

Diante da questão posta nos autos, concluo pela presença de interesse de agir do Município apelante.

Consta da r. sentença que o exequente promove cobrança de quantia módica, inferior a 50 OTNs, o que seria economicamente inviável, já que as despesas realizadas com o custeio do processo superam tal cifra.

Vislumbrando o valor constante da peça exordial, qual seja R\$ 507,14 (quinhentos e sete reais e quatorze centavos), nota-se que nem sequer se trata de quantia inferior a 50 ORTNs, segundo a nova orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o cálculo do valor de alçada (que define a possibilidade da apelação) deve considerar a paridade entre os indexadores, segundo as normas que os criaram, sem conversão para moeda corrente - pelo menos até a desindexação, em 2001. Dessa forma, 50 ORTNs correspondem a 50 OTNs, a 308,50 BTNs, a 308,50 Ufirs e a R\$ 328,27

a partir de janeiro de 2001, quando a economia foi desindexada e se extinguiu a Ufir. Daí em diante, o valor deve ser atualizado pelo IPCA-E, o mesmo que corrige as dívidas dos contribuintes.

De todo modo, o aludido valor de alçada limita-se à aplicação do disposto no art. 34 da Lei nº 6.830/80, que se refere à restrição à admissibilidade da apelação, em nada se confundindo com suposta ausência de interesse de agir, nem autorizando a extinção da demanda por esse fundamento.

Por tais considerações, concordando integralmente com a em. Desembargadora Relatora, dou provimento à apelação.

É o meu voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Execução - Honorários advocatícios de sucumbência - Penhora *on-line* - Sistema Bacen-Jud - Salário - Bloqueio - Impenhorabilidade - Exceção do art. 649 do CPC - Inaplicabilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de honorários advocatícios de sucumbência. Penhora *on-line*. Sistema Bacen-Jud. Bloqueio realizado sobre salário. Impenhorabilidade. Exceção do § 2º do art. 649 do CPC. Inaplicabilidade.

- A teor do disposto no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis os salários, vencimentos e remunerações destinados ao sustento do devedor e de sua família, não sendo permitida a penhora sobre os rendimentos mensais do agravado, ainda que de forma parcial.

- A exceção prevista no § 2º do referido art. 649, que permite a penhora para pagamento de prestação alimentícia, merece interpretação restritiva, no sentido de que o pagamento de alimentos não se confunde com qualquer outro crédito de natureza alimentar. É admissível a penhora sobre a verba depositada que não possui cunho salarial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.98.014611-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Roberto Carlos de Oliveira e outro - Agravado: Edmundo Diniz Alves, em causa própria - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvimar de Ávila, 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, 12 de maio de 2010. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos agravantes, o Dr. Frederico Eduardo Ferreira (estagiário).

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Roberto Carlos de Oliveira e por Joanilda de Oliveira Santos em face de Edmundo Diniz Alves, nos autos da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse, em fase de cumprimento de sentença, contra decisão que manteve o bloqueio na conta do executado de apenas 30% do total dos valores bloqueados e determinou a expedição de alvará em favor do procurador do executado, no valor de R\$ 5.217,13 (f. 37-TJ).

Em suas razões, alegam os agravantes que foi deferido o pedido de levantamento do valor bloqueado, antes mesmo de procedida sua citação; que a conta-salário é impenhorável, a teor do disposto no art. 649, IV, do CPC (f. 02/06). Juntou documentos de f. 07/39-TJ.

Contraminuta (f. 56/58) pela manutenção da r. decisão agravada.

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

Inicialmente, torna-se importante salientar que, com o advento da Lei nº 11.232/2005, torna-se descabida a alegação de necessidade de citação para a nova fase do procedimento.

Ressalta-se ainda que os agravantes, intimados na forma do art. 475-J, na pessoa de seu procurador, para efetuar o pagamento do débito no prazo de 15 (quinze) dias (f. 63-TJ), quedaram-se inertes.

Desse modo, esgotado o prazo fixado para cumprimento espontâneo da obrigação, não se revela abusiva a r. decisão de f. 65-TJ, que determinou a penhora *on-line* das contas e aplicações em nome do executado.

Nesse sentido:

Processual civil. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Intimação por edital. Não cabimento. Citação e intimação inexigíveis. Nova redação do CPC. Art. 475-J. Recurso não provido. - A intimação para o cumprimento de sentença, por edital ou por outra modalidade, não tem lugar, segundo nova redação do CPC, para se exigir o cumprimento espontâneo da sentença. - Nos termos da nova redação do CPC, esgotado o prazo para cumprimento

espontâneo da sentença, cabe ao credor providenciar a expedição do mandado de penhora e avaliação. - Recurso conhecido e não provido. (TJMG, AI nº 1.0024.03.128592-7/003, Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, julgado em 24.07.2008.)

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

Assim, reconhecida a legitimidade da ordem de constrição, cumpre apreciar se a mesma deve ser mantida, por ter recaído a penhora sobre parte dos proventos auferidos pelo agravante Roberto Carlos de Oliveira.

Feitas essas considerações, cuidam os autos originários de execução de honorários advocatícios de sucumbência (f. 59/61-TJ), na qual foi determinado o bloqueio de eventuais valores existentes em contas e aplicações em nome do executado.

Procedida a constrição (f. 27/29-TJ), insurge-se o devedor sob o fundamento de que é inadmissível que a penhora venha a recair sobre verba de natureza salarial, impondo-se, portanto, a liberação dos valores bloqueados.

Em primeiro lugar, destaca-se que, através do extrato de f. 33-TJ e dos demonstrativos de pagamento mensal (f. 34/35-TJ), resta comprovada a natureza salarial do depósito efetuado na conta do executado Roberto Carlos de Oliveira em 04.12.2009, no valor de R\$ 3.986,00 (três mil novecentos e oitenta e seis reais).

Sabe-se que o inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei nº 11.382/2006, tornou absolutamente impenhoráveis os salários, vencimentos e remunerações destinados ao sustento do devedor e de sua família, *in verbis*:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Com efeito, a norma supracitada reflete a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro de proteção ao patrimônio mínimo, segundo a qual se deve assegurar a todos, inclusive aos devedores, o essencial necessário à sua sobrevivência digna, dando cumprimento, inclusive, ao mandamento constitucional de dignidade da pessoa humana.

Cândido Rangel Dinamarco pontifica:

O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à

existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. (Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 340 e 350.)

Dessa forma, não deve ser permitida a penhora sobre o rendimento mensal do agravante, ainda que de forma parcial, limitada a 30% (trinta por cento), conforme determinado.

Ora, é certo que a constrição determinada judicialmente não se confunde com a situação dos empréstimos consignados em folha de pagamento, quando há estipulação contratual expressa, em que o devedor autoriza o banco credor a proceder ao desconto do valor respectivo diretamente em sua conta-corrente.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Execução. Bloqueio de 30% dos vencimentos. Verba de caráter alimentar. Impossibilidade. - É absolutamente impenhorável a quantia depositada em conta corrente do devedor, cuja origem esteja devidamente comprovada como sendo de recebimento de salários, tendo em vista o seu caráter alimentar - inteligência dos arts. 1º, inciso III, e 7º, inciso X, da Constituição da República e art. 649, inciso IV, do CPC. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.539747-8/001, Rel. Des. Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, julgado em 23.07.2008.)

Ademais, cabe destacar que o § 3º do art. 649 do CPC, que previa a possibilidade de constrição parcial sobre os rendimentos referidos em seu inciso IV, foi vetado, o que demonstra a intenção do legislador em manter o caráter absoluto da impenhorabilidade ali prevista.

Por outro lado, não há falar em aplicação da exceção prevista no § 2º do art. 649 do Código de Processo Civil, que permite a penhora para pagamento de prestação alimentícia.

Com efeito, sabe-se que a norma referida é excepcional e, como tal, merece interpretação restritiva, no sentido de que o pagamento de alimentos não se confunde com qualquer outro crédito de natureza alimentar, como os honorários advocatícios de sucumbência que o agravante pretende ver adimplidos.

Em situação idêntica a este caso, já se pronunciou este Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Penhora sobre subsídio recebido por deputado federal. Caráter alimentar. Impenhorabilidade. Exceção do § 2º do art. 649 do CPC, aplicável apenas à pensão alimentícia. - O inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil impede a penhora dos vencimentos da parte executada, sendo que a exceção prevista no § 2º, introduzido pela Lei 11.382/2006, deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, de que a constrição sobre os vencimentos somente se admite em razão de prestação alimentícia, não em razão de crédito de natureza alimentar. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.01.097201-6/004, Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª Câmara Cível, DJe de 13.07.2009.)

Nesse sentido, vem se posicionando a jurisprudência:

Agravo interno em agravo de instrumento. Impenhorabilidade de créditos trabalhistas. Pleito de penhora em execução de honorários advocatícios. Art. 649, IV. Impossibilidade de aplicação, à espécie, da exceção prevista no § 2º do art. 649. - Tratando-se de exceção à regra, o § 2º do art. 649 merece interpretação restritiva. Entende-se, pois, que, ao tratar de prestação alimentícia, o legislador quis apontar a prestação de alimentos que, notadamente, já recebe diversas outras proteções pelo sistema jurídico pátrio, e não qualquer crédito de natureza alimentar. Agravo interno desprovido. (Agravo Regimental nº 70026426999, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 15.10.2008.)

Agravo de instrumento. Ação de execução. Honorários advocatícios. Constrição de vencimentos do executado. - Nos termos do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, inviável a penhora dos vencimentos do executado na sua integralidade, e não apenas em parte dos vencimentos. A exceção prevista no § 2º do art. 649 do Código de Processo Civil deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, a constrição sobre os vencimentos somente se admite em razão de prestação alimentícia, não em razão de crédito de natureza alimentar. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 70023261746, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Denise Oliveira Cezar, julgado em 28.05.2008.)

Portanto, merece ser reformada parcialmente a r. decisão de primeiro grau, que determinou o bloqueio de parte da verba salarial existente na conta-corrente do executado, de caráter impenhorável.

Contudo, com relação ao bloqueio equivalente a 30% (trinta por cento) sobre a quantia existente na conta-corrente do devedor em 30.11.2009, antes do recebimento dos proventos (f. 33-TJ), entendo que deve ser mantido, pois inexistente qualquer prova do caráter salarial da referida parcela.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para indeferir o pedido de bloqueio sobre os proventos recebidos pelo recorrente, devendo ser mantida apenas a constrição de 30% sobre a quantia de R\$ 3.467,03 (três mil quatrocentos e sessenta e sete reais e três centavos), que não possui caráter salarial.

Cada litigante deverá arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas recursais.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Concurso público - Decreto 211/2003 - Cancelamento de termo de posse - Princípios da legalidade e da moralidade - Servidor aprovado - Abertura de processo administrativo - Devido processo legal - Art. 5º, LV, e art. 37, ambos da CF/88 e Súmulas 20, 21 e 473, STF - Observância - Reintegração indevida - Recurso provido

Ementa: Ação ordinária. Cancelamento, por via de decreto, de termo de posse de servidor aprovado em concurso público. Observância das garantias do devido processo legal. Reintegração indevida. Preliminares rejeitadas. Recurso provido.

- É dever da Administração Pública zelar pela legalidade e moralidade de seus atos, devendo promover a anulação daqueles que não se encontrem em conformidade com o ordenamento jurídico, em observância aos princípios da legalidade e da moralidade, estatuídos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, respeitando-se o entendimento esposado na Súmula 473 do STF.

- O conjunto probatório dos autos demonstra que se anularam os atos de nomeação e posse de servidores aprovados em concurso público, dentre eles o autor, caso em que lhe foi assegurada a devida oportunidade para apresentar defesa, não havendo afronta ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no entendimento sumulado do STF (Súmulas 20 e 21).

Preliminares rejeitadas. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0216.03.018316-6/001 - Comarca de Diamantina - Apelante: Município de Datas - Apelado: Carlos Roberto Pereira - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

Inscreeveu-se para proferir sustentação oral, pelo apelante, a Dr.ª Simone Gisele Fernandes Coelho.

DES. EDUARDO ANDRADE - Antes de passar a palavra à advogada inscrita para proferir sustentação oral, gostaria de decidir acerca da preliminar de falta de assinatura do advogado na inicial. Caso seja ela rejeitada, passarei a palavra à ilustre advogada.

Requereu a ilustre procuradora do apelante, Dr.ª Valéria Maria Batista Santos, a extinção do feito, ao argumento de que a inicial não foi assinada. Como se sabe, o processo não é fim, mas meio, sendo assim, competia ao apelante arguir essa irregularidade, a tempo e modo, ou seja, na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, não o fazendo, no entanto, nem mesmo na sua apelação ou no memorial que me foi apresentado. Verifico que há nos autos procuração do advogado do apelado, f. 30, e que o mesmo se manifestou várias vezes nos autos, a começar na f. 34. A esta altura, *data venia*, nenhuma justificativa há para se acolher a preliminar, que rejeito, recomendando, apenas, que a inicial seja assinada quando os autos baixarem à comarca de origem.

DES. GERALDO AUGUSTO - Também rejeito.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dr.ª Simone Gisele Fernandes Coelho.

DES. EDUARDO ANDRADE - Tendo em vista referência à decisão do Des. Almeida Melo, proferida no feito nº 1.0216.04.024248-1/001, para melhor examiná-la, peço vista.

Súmula - ADIADO O JULGAMENTO PELO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo apelante, as Dr.ªs Valéria Maria Batista e Simone Maria Batista.

DES. EDUARDO ANDRADE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.04.2010, a meu pedido, após sustentação oral.

Meu voto é o seguinte.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 168/177, proferida nos autos da ação ordinária de reintegração de cargo cumulada com ordinária de cobrança de salários em atraso ajuizada por Carlos Roberto Pereira em face da Prefeitura Municipal de Datas.

O ilustre Juiz *a quo* rejeitou as preliminares de ilegitimidade passiva e de carência de ação e, no mérito, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o

Município de Datas a reintegrar o autor ao cargo de Motorista II e a pagar os vencimentos e demais vantagens a que o suplicante teria direito durante o seu afastamento até a sua efetiva reintegração, tudo corrigido monetariamente, em conformidade com a tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Salientou o douto Magistrado:

[...] o ordenamento pátrio veda apenas a exoneração de servidor público sem a realização de processo administrativo regular para tanto, haja vista que tal conduta retira do servidor seus direitos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (*sic*, f. 176).

O réu foi ainda condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Inconformado, o Município de Datas interpôs recurso de apelação, às f. 183/191, alegando, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, além de sua ilegitimidade passiva e carência da ação. No mérito, sustenta, em síntese, que: o apelado foi afastado de suas funções através do Decreto nº 101/01, onde se encontra a fundamentação e motivo do ato administrativo; ao tempo do afastamento, o autor laborava em razão do contrato de prestação de serviços temporário, e não em razão de concurso público; o Decreto nº 101 cancelou os termos de posse dos servidores empossados irregularmente no quadro de servidores públicos municipais, sendo, assim, o ato da posse do apelado nulo em sua origem, uma vez que contraria princípios legais; o decreto está de acordo com os princípios da legalidade e da moralidade; somente há pagamento do salário se houver, em contrapartida, a prestação do serviço; perceber uma remuneração sem prestar serviço algum caracteriza enriquecimento ilícito por parte do apelado.

Contrarrrazões apresentadas por Carlos Roberto Pereira, às f. 202/206, pugnano pelo desprovimento do recurso.

Desnecessário o envio dos autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço do recurso interposto, porque se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar arguida da tribuna.

Requeru a ilustre procuradora do apelante, Dr.^a Simone Gisele Fernandes, a extinção do feito ao argumento de que a inicial não foi assinada.

Como se sabe, o processo não é fim, mas meio.

Sendo assim, competia ao apelante arguir essa irregularidade a tempo e modo, ou seja, na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos.

Não o fez, no entanto, nem mesmo em sua apelação ou no memorial que me foi apresentado.

Apenas agora, da tribuna, manifestou-se a respeito.

Verifico que há, nos autos, procuração do advogado do apelado (f. 30) e que ele se manifestou várias vezes nos autos, a começar na f. 34.

A esta altura, nenhuma justificativa há para se acolher a preliminar, que rejeito, recomendando apenas que a inicial seja assinada, quando os autos baixarem à comarca de origem.

Preliminar - ilegitimidade passiva.

Aduz o Município não possuir legitimidade para figurar como sujeito passivo na presente lide, uma vez que não possui personalidade jurídica, não possuindo, assim, capacidade de direito.

Data venia, sem razão.

Como bem salientou o douto Magistrado primevo, ao ingressar em juízo contra a Prefeitura Municipal de Datas, cometeu o autor “atecnia que não gerou qualquer prejuízo para a defesa da parte ré, nem para o regular prosseguimento do feito” (*sic*, f. 171), uma vez que o Município foi citado na pessoa de seu representante legal, possibilitando a devida apresentação de defesa, a tempo e modo, a amparar os seus interesses.

Rejeito a preliminar.

Preliminar - carência de ação.

Alega o apelante carência de ação por parte do autor, visto que “atos nulos não geram direitos e, no caso *sub judice*, o concurso público e consequentes nomeações são nulos, uma vez que foram peçados de vícios” (*in verbis*, f. 187).

Vejo, pois, que a matéria constante dessa preliminar se confunde com o próprio mérito da presente lide, pelo que nele será examinado.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Mérito.

Em prejudicial de mérito, alega o Município que ocorreu “a prescrição do suposto direito do Apelado, principalmente em receber vencimentos atrasados, uma vez que já se passaram mais de 06 (seis) anos” (*sic*, f. 185).

Sem razão o apelante.

Isso porque o Decreto Municipal nº 101, que cancelou os termos de posse de servidores, data de 2001 (f. 20), tendo a presente ação sido ajuizada em 2003.

Logo, claramente, não se há falar em prescrição.

Quanto ao mérito da presente demanda, *rogata maxima venia*, entendo que razão assiste ao ora recorrente.

Com efeito, é dever da Administração Pública zelar pela legalidade e moralidade de seus atos, devendo promover a anulação daqueles que não se encontrem em conformidade com o ordenamento jurídico, em observância aos princípios da legalidade e da moralidade, estatuídos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, respeitando-se o entendimento esposado na Súmula 473 do STF.

In casu, o conjunto probatório dos autos demonstra que o Decreto 211/2003 anulou os atos de nomeação e posse de servidores aprovados em concurso público, dentre eles o autor, ora apelado, caso em que lhe foi assegurada a devida oportunidade para apresentar defesa, não havendo afronta ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e entendimento sumulado do STF.

Ressalto, nesse sentido, o que se extrai dos autos:

* f. 51/56: Portaria nº 169/00, nomeando, dentre outros, o ora apelado;

* f. 60/78: Relatório final da CPI instituída pela Portaria nº 03/2003;

* f. 113/121: anulação do concurso público, pelo Prefeito do Município de Datas, restando consignada "a abertura de processo administrativo através da Portaria nº 216, de 08.05.2003", bem como que "todos os concursados nomeados pela Portaria nº 169/00 foram devidamente citados para apresentar defesa bem como notificados para tomar conhecimento de todos os atos processuais praticados nos autos" (sic, f. 113);

*f. 122/144: manifestação da Comissão Processante, salientando à f. 123, que "todos os nomeados pela Portaria nº 169/00 foram citados para apresentar defesa e de todos os atos processuais realizados", citando ainda as defesas apresentadas pelos interessados;

*f. 145/147: cópia do Decreto nº 211/2003.

Saliento ainda que tais documentos/questões não foram devida e robustamente infirmados, bem como que o presente caso não passou despercebido pelos meios jornalísticos da região, conforme se vê através do documento de f. 57.

Dessa forma, como bem consignou o eminente Des. Almeida Melo, ao julgar caso análogo envolvendo o Município de Datas e o concurso em tela:

Nos termos da Portaria nº 03, de 19 de fevereiro de 2003, da Câmara Municipal de Datas (f. 131-TJ), foi instituída Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar irregularidades no referido concurso público.

A conclusão dos seus trabalhos acha-se nos seguintes termos:

Os fatos demonstram que na realização e na aplicação do concurso não foram observados as normas e princípios que regem o certame. Portanto, os atos eivados de vícios, defeito de forma, irregularidades e ilegalidades viciaram o certame desde a raiz. Consequentemente, ato nulo de pleno direito, impõe-se ser declarado nulo o concurso e, via de consequência, o ato de nomeação, visto que a Administração Pública não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente (f. 544-TJ).

Posteriormente, em 8 de maio de 2003, com fundamento nos trabalhos desenvolvimentos pela Comissão Parlamentar de Inquérito, o Prefeito Municipal de Datas determinou a instauração de processo administrativo para apurar irregularidades na aplicação do concurso público nº 01, de 15 de setembro de 1999 (Portaria nº 216 - f. 547-TJ).

Neste, observo que foram assegurados aos recorrentes o

devido processo legal e o contraditório com ampla defesa (f. 565, 654, 672, 795, 814, 826, 828 e 916-TJ).

Por isso, não existem elementos que evidenciem prejuízo aos direitos dos impetrantes ou inobservância aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa no procedimento administrativo disciplinar.

Embora nomeados e empossados os aprovados, é dever da Administração Pública zelar pela licitude de seus atos, devendo promover a anulação daqueles que não se encontrem em conformidade com o ordenamento jurídico (STF, Súmula nº 473).

Portanto, comprovadas irregularidades na realização de concurso público, em processo administrativo legitimamente instaurado e desenvolvido, no qual se assegurou aos interessados a mais ampla defesa, a anulação do certame com as consequentes exonerações dos servidores beneficiados se apresenta legítima (sic - Apelação Cível nº 1.0216.04.024248-1/001 - Comarca de Diamantina - Apelantes: Dora de Fátima Reis e outros - Apelado: Prefeito Municipal de Datas - Relator: Des. Almeida Melo. Julg. em 31.03.2005. Publ. em 27.04.2005.)

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a sentença ora objurgada, julgando improcedente o pedido constante da exordial.

Custas processuais e honorários advocatícios, que ora arbitro em R\$ 1.500,00, pelo autor, restando suspensas tais exigibilidades nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

...

**Adicional de insalubridade - Pagamento -
Suspensão - Inobservância do devido processo
legal - Posterior suprimento pela via administra-
tiva - Percentual fixo para todas as funções -
Previsão em lei municipal - Ilegalidade -
Não ocorrência - Ausência de afronta ao texto
constitucional - Sentença confirmada**

Ementa: Mandado de segurança. Adicional de insalubridade. Supressão. Devido processo legal. Inobservância. Percentual fixo para todas as funções. Previsão em lei municipal. Ilegalidade. Inexistência. Sentença confirmada.

- Não se revela lícita a suspensão do pagamento de adicional de insalubridade a servidor sem a prévia instau-

ração de processo administrativo, mormente se existe lei municipal resguardando tal direito.

Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0611.09.033767-0/001 - Comarca de São Francisco - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Francisco - Apelante: Prefeito Municipal de São Francisco - Apeladas: Rosilene Alves Pereira e outras - 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, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2010. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de São Francisco/MG, nos autos do mandado de segurança impetrado por Rosilene Alves Pereira e outras em face do Prefeito do Município de São Francisco.

Na r. sentença, o douto Magistrado concedeu em parte a segurança para determinar o pagamento às impetrantes do adicional de insalubridade no percentual de 30%.

Em suas razões recursais, aduz o impetrado que a suspensão do pagamento do adicional ocorreu em razão de não existir laudo caracterizando a insalubridade do local de trabalho das servidoras, bem como o deferimento do pagamento de tal verba pelo Chefe do Poder Executivo Municipal; que, após realizada a perícia médica, foi restabelecido o pagamento da parcela objeto de discussão no percentual correspondente à insalubridade do local de trabalho das requerentes; que a lei municipal citada pelas impetrantes não é coerente com a legislação federal, especialmente no que concerne aos níveis de insalubridade e seus respectivos percentuais; que, nos termos da Lei nº 1.453/94, o Chefe do Executivo é quem deveria regulamentar o pagamento do adicional de insalubridade, o que foi feito com a edição do Decreto 035/2009; que os níveis de insalubridade existentes são os previstos no art. 192 da CLT; faz referência aos princí-

pios da Administração Pública dando ênfase ao da moralidade, ao fundamento de que não seria justo conceder o adicional em um mesmo percentual para servidores que se encontram em graus diferentes de insalubridade e, ainda, ao da simetria, segundo o qual a legislação estadual e a municipal devem estar de acordo com a legislação federal; ao final alega ser o art. 67 da Lei Complementar 05/91 inconstitucional por estar em confronto com a legislação federal.

Recurso respondido.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela confirmação da sentença (f. 194/201).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, bem como do apelo voluntário, porquanto presentes todos os seus pressupostos de admissão.

Do reexame necessário.

Trata-se de mandado de segurança no qual se insurgem as impetrantes contra ato do impetrado que determinou a suspensão do pagamento do adicional de insalubridade que, até então, lhes vinha sendo pago, no percentual de 30%, nos termos do art. 67 da Lei Complementar nº 5/1991.

Com efeito, cabe ressaltar, antes de mais nada, que o poder-dever da Administração Pública de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, em decorrência do poder de autotutela, não é absoluto ou ilimitado, devendo ser exercido dentro dos limites legais e dos princípios traçados na Constituição da República.

Assim, venho reiteradamente entendendo que, se do ato praticado decorreram direitos para o administrado, vale dizer, se repercutiu na esfera jurídica do jurisdicionado, o poder de autotutela deverá observar o devido processo legal, assegurando-se o respeito ao contraditório e à ampla defesa àquele que terá sua situação jurídica alterada em função da revisão do ato administrativo.

Trago à baila os ensinamentos de Carvalho Filho:

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda sua plenitude. A orientação que vai se expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que se valerem, durante determinado período, os órgãos administrativos [...]. Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar seu interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 144).

Feitas essas considerações, de se ressaltar que a suspensão do pagamento dos adicionais em tela nos meses de maio e junho somente restou demonstrada em relação às servidoras Maria de Fátima Vieira Santos (f. 34/36) e Rosilene Alves Pereira (f. 38/40). Quanto à impetrante Rosilene Ferreira de Paula, o que se constata dos documentos de f. 31/33 é que não há prova de que o adicional de insalubridade já lhe vinha sendo pago pela Administração no período anterior a maio de 2009, mas somente que foi pago em julho de 2009 no percentual de 10%.

Nesse tempo, tendo a Administração suspenso o pagamento do adicional de insalubridade em relação às servidoras Maria de Fátima Vieira Santos e Rosilene Alves Pereira sem conferir-lhes o direito de ampla defesa e contraditório, o ato se mostra, em princípio, ilegal.

Ocorre que, após a suspensão, as impetrantes intentaram na esfera administrativa pedido de pagamento do adicional de insalubridade, o que lhes foi reconhecido, mas em percentual inferior ao que vinha sendo pago antes da suspensão. Nesse momento, a meu sentir, restou suprida a falta do procedimento administrativo prévio, na medida em que a questão do direito ao adicional foi debatida pelas partes, com oportunidade de ambas se manifestarem.

Por essa razão, sob esse aspecto, o ato não seria ilegal, mas cabe então averiguarmos se a redução perpetrada pela Administração ou mesmo o não pagamento à servidora Rosilene Ferreira de Paula se revelam ilegais.

Tem-se que, nos respectivos processos administrativos originários do requerimento das partes, restou deferido o pagamento do adicional no percentual de 20% para a servidora Rosilene Alves Pereira, 10% para Rosilene Ferreira de Paula e 20% para Maria de Fátima Vieira Santos. Disso se conclui, sem qualquer margem de dúvida, que todas elas exercem suas funções em locais insalubres.

Sabido é que, no âmbito do Município de São Francisco, a norma que prevê o pagamento da parcela ora posta em exame é o art.67 da Lei Complementar 05/91.

O aludido dispositivo, com o advento das Leis 1.299/92 e 1.315/92, sofreu alterações na sua redação original. Contudo, com a edição da Lei 1.453/94, a redação original do art. 67 da Lei Complementar 05/1991, que previa o pagamento do adicional de insalubridade em parcela fixa de 30% sobre o valor do vencimento do cargo efetivo, não fazendo distinção em relação aos níveis de insalubridade em cada cargo, voltou a vigorar conforme se infere da parte final do art.1º da citada norma, se não vejamos:

Art. 1º Fica revogada, em todos os seus termos, a Lei nº 1.299, 30 de setembro de 1992, que alterou o art. 67 da Lei Complementar nº 5, de 22 de abril de 1991, o qual fica

revigorado para surtir efeitos de acordo com sua redação original.

Diante disso, a outra conclusão não se chega senão a de que o adicional de insalubridade é devido às impetrantes no percentual de 30% sobre o vencimento do cargo efetivo, pouco importando o grau de insalubridade.

Vejamos a redação do citado dispositivo:

Art. 67. Os funcionários que executem atividades penosas ou que trabalhem com habitualidade em locais insalubres, ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional de trinta por cento sobre o vencimento do cargo efetivo.

Registre-se, ademais, que não há falar na aplicação do Decreto 035/2009, que estabelece níveis de insalubridade e percentual para cada um deles, uma vez que, conforme muito bem lembrado pelo douto Magistrado de primeiro grau, a aludida norma está a extrapolar os limites da lei, na medida em que essa não estabelece o percentual de 30% como limite máximo, ou mínimo ao ponto de admitir regulamentação nesse sentido, mas sim um percentual único.

E não se argumente que a aplicação desse percentual único também estaria a violar o art.192 da CLT, bem como a NR 15 do Ministério do Trabalho, porquanto os parâmetros ali dispostos podem ser observados pela Administração apenas como uma orientação, mas não como regra obrigatória, uma vez que o aludido diploma não é aplicável aos servidores estatutários.

Mesmo porque os Municípios gozam de autonomia administrativa podendo, desse modo, dispor sobre o regime jurídico dos seus servidores, estando sujeitos apenas à observância dos princípios que regem a Administração Pública e das normas constitucionais.

Oportuna, mais uma vez, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Duas são as características do regime estatutário. A primeira é a da pluralidade normativa, indicando que os estatutos funcionais são múltiplos. Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter sua lei estatutária para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes. Há, pois, estatutos funcionais federal, estaduais, distritais e municipais, cada um deles autônomos em relação aos demais, porquanto a autonomia dessas pessoas federativas implica, necessariamente, o poder de organizar seus serviços e seus servidores (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 519).

Vale registrar que a estipulação de um valor fixo não revela nenhuma afronta ao texto constitucional, tampouco a qualquer dos princípios da Administração

Pública, especialmente o da moralidade sob o aspecto da isonomia, uma vez que, conforme já ressaltado, não está a Administração obrigada a pagar o adicional em questão observando o nível de insalubridade do cargo ocupado pelo servidor. Na verdade, o importante é que todos os servidores que exerçam suas funções nessas condições recebam pela insalubridade.

Quanto à suposta violação à Lei de Responsabilidade Fiscal, de se registrar que o pagamento do adicional não revela afronta à mesma, sendo certo que eventual violação aos limites nela previstos revela uma má administração dos recursos destinados a tal fim e cuja causa não pode ser imputada ao pagamento de tal verba nos moldes previstos na lei municipal.

Ante o exposto, confirmo a sentença em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

Custas recursais, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO e KILDARE CARVALHO.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

**Penhora sobre faturamento da empresa -
Excepcionalidade - Constrição da empresa -
Inexistência de outros bens - Não constatação -
Possibilidades menos gravosas - Esgotamento -
Necessidade - Art. 620 do CPC -
Recurso provido**

Ementa: Agravo de instrumento. Penhora sobre faturamento de empresa. Excepcionalidade. Necessidade de esgotamento das possibilidades menos gravosas. Recurso provido.

- A penhora em faturamento implica constrição da empresa, o que apenas é possível em situações excepcionais, podendo ser determinada somente após esgotadas as possibilidades menos gravosas para a execução.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.01.034712-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Lotus - Empreendimentos e Participações Ltda. - Agravada: Angela Aparecida Dias Barbosa - 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, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2010. - José Affonso da Costa Côrtes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ - Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuidam os autos de recurso de agravo com pedido de efeito suspensivo interposto em face da decisão de f. 61-TJ, na qual o Juiz de primeira instância deferiu o pedido de penhora de 30% (trinta por cento) do faturamento da empresa, nomeando para tanto perita contábil para apresentação de proposta de honorários.

À f. 77, o recurso foi recebido na modalidade por instrumento, sendo-lhe deferido efeito suspensivo.

O Juiz de primeiro grau, à f. 84, prestou as informações solicitadas no sentido de que foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC. Informou, ainda, que não houve retratação da decisão atacada.

A contraminuta foi apresentada às f. 81/92, rebatendo as alegações apresentadas pelo recorrente, pedindo que seja negado provimento ao recurso.

Sustenta o agravante que a penhora sobre o faturamento da empresa tem sido admitida em casos excepcionais, dependendo de requisitos para seu deferimento, que no caso específico encontra óbices, tais como a ausência de comprovação de que tenha diligenciado na busca de outros bens da executada; a existência de outros bens disponíveis para garantia do pagamento dos créditos; e, por fim, que a constrição de parte do faturamento da empresa causa transtornos de forma a inviabilizar a atividade. Ainda, alega que a determinação de penhora sobre o faturamento viola o disposto no art. 620 do CPC. Colaciona vários julgados. Pugna pelo provimento do recurso.

A penhora sobre faturamento da empresa é medida excepcional que somente deve ser deferida no caso de restar demonstrada a inexistência de bens penhoráveis de propriedade da executada.

No caso dos autos, tem-se que o fato de não terem sido encontrados valores em conta-corrente e de investimento não induz à inexistência de outros bens penhoráveis, sendo que incumbia à agravada demonstrar que diligenciou na busca de outros bens penhoráveis, de forma a demonstrar serem inexistentes como forma de viabilizar a penhora sobre faturamento, situação esta excepcional.

Apesar das afirmações da agravada, não se verifica nos autos diligências para se verificar a inexistência de outros bens do agravante para que fosse requerida e deferida a penhora sobre o faturamento da empresa.

Tal constatação se faz necessário, pois a jurisprudência vem

Admitindo penhora do faturamento excepcionalmente, após ter sido infrutífera a tentativa sobre outros bens da empresa: RSTJ 151/108 (acórdão em ED, da 1ª sessão) (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36. ed. p. 761).

E, pelo que se constata, não houve mais diligências no sentido de buscar outros bens que gerariam uma execução menos gravosa ao devedor, atendendo ao princípio previsto no art.620 do CPC.

Como já assentou o 2º TA Civil de São Paulo, in RT 721/194, o

Produto de renda diária de estabelecimento, não é equiparável a lucro, que admita penhora de percentual para resgate integral da dívida, sacrificando capital de giro da devedora, com sua completa descapitalização.

Extrai-se do citado julgado o fundamento de que:

O produto das vendas diárias do estabelecimento comercial constitui seu capital de giro, indispensável ao custeio das despesas de funcionamento, encargos e compra das mercadorias essenciais a sua própria atividade, constituindo disponibilidade vinculada não equiparável a dinheiro que possa ser arrecadado exclusivamente em favor de um credor, diante da regra contida no inciso VI do art. 649 do Código de Processo Civil, a despeito de ser pessoa jurídica.

Assim, a retenção pelo credor de 30% do faturamento diário de um estabelecimento comercial certamente significará a total impossibilidade de sua continuidade, tendo em vista a repercussão que causará na sua viabilidade e existência.

Portanto, como não se esgotaram os meios de conseguir penhora em outros bens do agravante, deve-se afastar a determinação produzida na decisão *a quo* sob pena de permitir a ruína da empresa em questão, consequência demasiadamente danosa que não se coaduna com os objetivos do processo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIBÚRCIO MARQUES e TIAGO PINTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Agravo de instrumento - Ação ordinária - Prorrogação de licença à gestante - Servidora pública do Poder Executivo - Lei Federal nº 11.770/2008 - Criação do programa "Empresa Cidadã" - Regulamentação - Necessidade - Não obrigatoriedade da prorrogação - Antecipação de tutela - Verossimilhança da alegação não demonstrada

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Ampliação licença-maternidade. Servidora pública. Poder Executivo. Lei Federal nº 11.770/2008. Regulamentação. Necessidade. Antecipação de tutela. Verossimilhança da alegação não demonstrada. Indeferimento.

- A prorrogação da licença-maternidade, por parte da Administração Pública, depende de regulamentação com relação à instituição do programa a que se refere a Lei nº 11.770/2008, em respeito ao princípio constitucional do pacto federativo, *ex vi* dos arts. 1º, *caput*, 18, *caput*, e 25, todos da Constituição de 1988.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.035051-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Lucianna Vanucci da Fonseca - Agravado: Ipsemg - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão de f. 52/53-TJ - na ação ordinária proposta por Lucianna Vanucci da Fonseca em desfavor do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais/Ipsemg -, por via da qual o MM. Juiz da causa indeferiu a tutela antecipada para a prorrogação da licença-maternidade da autora, por 60 (sessenta) dias, pleiteada com fulcro na Lei Federal nº 11.770, de 2008.

Inconformada, Lucianna Vanucci da Fonseca sustentou, em seu reclamo, que o direito à licença-maternidade, previsto no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República, é um direito social de aplicabilidade imediata.

Aduz que a Lei Federal nº 11.770, de 2008, apenas prorrogou o prazo da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, não havendo necessidade de regulamentação por parte do Poder Público por se tratar de uma garantia fundamental.

Requer a concessão da tutela antecipada “para reconhecer o direito à prorrogação imediata da licença-maternidade da agravante por mais 60 (sessenta) dias, a contar do dia 24.03.2010” (f. 21), e, ao final, o provimento do recurso.

Sem preparo por estar amparado pela assistência judiciária gratuita.

Às f. 59/60-TJ, recebi o recurso no efeito devolutivo.

Informações prestadas à f. 67-TJ.

Sem contraminuta (f. 68-TJ).

Dispensado o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em atenção ao art. 82 do CPC e à Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001.

É o relatório.

Conheço do agravo, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Lucianna Vanucci da Fonseca propôs “ação ordinária com pedido de antecipação de tutela” em desfavor do Ipsemg, asseverando, em suma, que é servidora do Poder Executivo e, por isso, faz jus à prorrogação da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, nos termos da Lei Federal nº 11.770, de 2008, invocando, para tanto, princípios constitucionais.

O MM. Juiz da causa indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sob o fundamento de que “[...] o aludido regramento não ampliou o prazo de 120 dias referente ao benefício previdenciário da licença-maternidade, visto que os dispositivos que a positivam (art. 7º, inciso XVII, da CF e art. 71 da Lei nº 8.213/91) permaneceram intactos”. Logo, entende-se neste primeiro momento que o benefício está condicionado à adesão ao programa “Empresa Cidadã” (f. 52-TJ).

Essa a decisão recorrida.

A controvérsia reside no cabimento (ou não) da antecipação dos efeitos da tutela, na forma pleiteada, para se ordenar a prorrogação da licença-maternidade, para 180 (cento e oitenta) dias, à servidora do Executivo nos termos da Lei Federal nº 11.770, de 2008.

Para a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela, mister que se façam presentes a prova inequívoca da verossimilhança das alegações trazidas pela parte e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro requisito - prova inequívoca apta a traduzir o convencimento do magistrado -, deve-se entender como a prova que autorizaria um pronunciamento favorável à parte requerente se a sentença tivesse

de ser proferida no momento em que se examina o pedido de antecipação da tutela.

Nesse ínterim, a ausência de convencimento judicial acerca da verossimilhança dos fundamentos alinhavados pela autora/agravante não conduz ao deferimento da almejada antecipação.

Vejamos.

De início, esclareço que a questão não é nova e já foi enfrentada por mim quando atuei, como Vogal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.09.490018-0/000, sob relatoria do eminente Des. José Francisco Bueno (data do julgamento: 5.8.2009 - data da publicação: 30.10.2009).

Feita a colocação necessária, não existem dúvidas, a meu ver, de que a discussão travada nos autos perpassa o direito humano fundamental social à proteção da maternidade e da infância previsto no art. 6º da Constituição da República de 1988.

Inegável, ainda, a estreita relação do mencionado direito humano fundamental com outro, mais específico, destinado às trabalhadoras urbana e rural: o direito à licença-maternidade.

De acordo com o art. 7º, XVIII, da Lei Maior e o art. 10, II, b, do ADCT, preserva-se, assim, a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte) dias, exatamente para se permitir o resguardo materno, numa fase em que a criança demanda mais cuidados e atenção.

Da mesma forma, às servidoras ocupantes de cargo público, aplica-se o disposto no art. 7º, XVIII. É o que depreendo do art. 39, § 3º, da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Conclui-se, do exposto, que a Carta Magna previu a licença-maternidade com a duração certa de 120 (cento e vinte) dias.

Em 9 de setembro de 2008, foi promulgada, no plano legislativo federal, a Lei nº 11.770, criando o programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal.

Os arts. 1º, *caput* e § 1º, e 2º, ambos da Lei 11.770, estabelecem:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorro-

gação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Ante a Lei nº 11.770, de 2008, tenho que se previu o direito à prorrogação da duração da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, observada a adesão ao programa referenciado na mesma lei infraconstitucional. Já no caso da Administração Pública, ficou estabelecida a possibilidade de prorrogação da duração da licença-maternidade se instituído um programa, nos moldes do previsto no art. 1º da lei.

A duração da licença-maternidade está mantida pelo período de 120 (cento e vinte) dias, segundo normas constitucionais, as quais, por certo, não podem sofrer nem sofrerem alteração por normas infraconstitucionais, como as exteriorizadas pela Lei nº 11.770, de 2008.

Na verdade, a Lei nº 11.770, de 2008, apenas tornou viável a prorrogação da duração da licença em apreço, estabelecendo uma faculdade às pessoas jurídicas de direito privado e à Administração Pública, direta, indireta e fundacional; não ampliou a duração da licença para 180 (cento e oitenta) dias, muito menos determinou a obrigatoriedade da prorrogação.

A aplicabilidade do aludido diploma, por parte da Administração Pública, depende, enfim, da previsão legal própria, com relação à instituição do programa a que se refere a Lei nº 11.770,2008, tudo em respeito ao princípio constitucional do pacto federativo, *ex vi* dos arts. 1º, *caput*, 18, *caput*, e 25, todos da Constituição de 1988.

No Estado de Minas Gerais, inexistente regulamentação específica a respeito e não se provou o contrário, de plano, como exige o art. 273 do Código de Processo Civil. Logo, também por esse ângulo, há de se afastar a pretensão da agravante.

Nem se cogite sobre a aplicabilidade imediata da Lei nº 11.770, de 2008, por se estar diante de direito humano fundamental social de trabalhadora/servidora pública.

Como visto, a mencionada lei, de patamar infraconstitucional, não criou o direito à licença-maternidade ou ampliou a duração da licença; previu, apenas, a possibilidade de prorrogação da duração da licença por opção da pessoa jurídica de direito privado e por ato discricionário da Administração Pública.

Assim sendo, à míngua de demonstração da relevância do fundamento invocado pela agravante, o indeferimento do pleito dos efeitos da tutela é mesmo de rigor.

Nesse sentido, trago o precedente desta Corte:

Agravo de instrumento - Ação ordinária - Ampliação da licença-maternidade - Servidora pública municipal - Lei Federal nº 11.770/2008 - Regulamentação - Necessidade - Antecipação de tutela - Verossimilhança da alegação não

demonstrada - Indeferimento. - Considerando que o art. 2º da Lei nº 11.770/2008 apenas autorizou à Administração Pública, direta, indireta e fundacional instituir programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade a suas servidoras, indicando, com isso, a necessidade de previsão para a fonte de custeio do benefício, não se verifica a verossimilhança do direito invocado, a fim de se deferir a liminar requerida, quando não há notícia nos autos de que a Municipalidade ré tenha baixado algum normativo nesse sentido (Processo nº 1.0024.09.576276-1/001, Rel. Des. Elias Camilo, publicação: 11.12.2009).

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Indeferimento de tutela antecipada. Servidoras municipais. Prorrogação de licença-maternidade. Falta de fundamentos jurídicos relevantes. - A antecipação dos efeitos da tutela, além do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, pressupõe verossimilhança da alegação e prova inequívoca conducentes à relevância do direito alegado. Falta plausibilidade à alegação de direito à prorrogação do período de licença à gestante referida na Lei Federal nº 11.700/08, quando as postulantes, servidoras municipais, não demonstram a existência de ato regulamentador do programa no âmbito do Município. Recurso não provido (Processo nº 1.0024.09.719698-4/001, Rel. Des. Almeida Melo, publicação: 12.04.2010).

Ante essas colocações, mantenho a decisão ataca-da, pois não vislumbro a situação emergencial da necessidade da antecipação dos efeitos da tutela, nem mesmo a verossimilhança, exigindo-se, ainda, a presença do *fumus boni iuris*, o que, diante do que acima se aduziu, não se revela presente, requisitos objetivos que estão encartados no art. 273 do Código de Processo Civil.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA e ELIAS CAMILO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Benefícios previdenciários - Aposentadoria por invalidez - Perícia - Incapacidade laborativa parcial - Não concessão - Auxílio-doença - Art. 59 da Lei nº 8.213/91 - Inexistência de doença incapacitante - Benefícios negados

Ementa: Benefícios previdenciários. Aposentadoria por invalidez. Auxílio-doença. Capacidade funcional preservada. Improcedência dos pedidos.

- Comprovado nos autos que a parte autora está com sua capacidade funcional preservada, ainda que par-

cialmente, é de se negar a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.02.040304-0/001 - Comarca de Passos - Apelante: Aparecida das Graças Alves - Apelado: INSS Instituto Nacional do Seguro Social - 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, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. REVISOR.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2010. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação ordinária ajuizada por Aparecida das Graças Alves contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pretendendo a autora seja o réu condenado a conceder a ela aposentadoria por invalidez ou o benefício do auxílio-doença nos termos e limites fixados por perícia médico-judicial.

Após trâmite legal, veio aos autos a sentença de f. 167/174 julgando improcedentes os pedidos iniciais por ausência de nexo causal e de redução laboral da autora.

Recurso de apelação da autora, pugnando pela reforma da sentença, para que seja julgado totalmente procedente o pedido inicial.

Não foram apresentadas contrarrazões pelo INSS. Recurso isento de preparo.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

A autora alegou, em sua inicial, que não tem mais condições de trabalhar, pelo que faz jus ao benefício da aposentadoria por invalidez.

Realizada a prova técnica (f. 135/136), o perito oficial, respondendo aos quesitos do Juízo, concluiu que o estado de saúde da autora a torna incapaz para a atividade laboral que exija esforço físico acentuado, sendo parcial a incapacidade da autora.

O laudo pericial é conclusivo e esclarecedor quanto à inexistência da incapacidade laborativa total e permanente da autora. Logo, não faz ela jus à aposentadoria por invalidez.

Nesse sentido:

Previdenciário - Aposentadoria por invalidez. Incapacidade parcial.

- I. Estando a autora incapacitada apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez.

- II. O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício por falta de previsão legal.

- III. Recurso provido (REsp 358.983/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 28 de maio de 2002, DJ de 24 de junho de 2002, p. 327).

Previdenciário - Aposentadoria por invalidez - Incapacidade parcial - Art. 42 da Lei 8.213/91.

- O segurado considerado parcialmente incapacitado para determinadas tarefas, podendo, porém, exercer atividades outras que lhe garantam a subsistência, não tem direito ao benefício da aposentadoria por invalidez.

- Para deferimento do benefício, a incapacidade há que ser total e permanente, insuscetível de reabilitação.

Recurso conhecido e provido (REsp 231.093/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, j. em 18 de novembro de 1999, DJ de 21 de fevereiro de 2000, p. 165).

Quanto ao auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, o benefício é devido quando o segurado demonstra sua incapacidade total e temporária para o trabalho, por período superior a quinze dias, em razão de acidente ou doença.

Deve o segurado demonstrar, ainda, o nexó de causalidade entre a doença adquirida e a atividade laboral exercida.

No caso em julgamento, a apelante, conforme se vê dos presentes autos, respeitado o devido processo legal, com a preservação do contraditório e da ampla defesa, foi submetida a duas perícias.

No primeiro laudo pericial (f. 113/119), sobre o qual se levantaram dúvidas, a conclusão foi pela plena capacidade laboral da apelante.

Convém aqui resgatar as seguintes considerações do ilustre perito, ao responder aos quesitos do juízo (f. 114):

A - A parte autora é portadora de alguma anomalia física ou psíquica? Qual? R.: Sim. Tendinite no ombro direito, hipertensão arterial sistêmica e doença de chagas.

B - Essa anomalia a torna incapaz para o trabalho? R.: Não.

Em várias outras respostas, o expert consignou: "Não há incapacidade".

Respondendo aos quesitos do INSS, também ficou consignado (f. 115/116):

4 - O autor está incapacitado para o exercício da atividade que exercia habitualmente? R.: Não. [...]

6 - Pode o autor exercer alguma atividade laborativa, ainda que temporária? R.: Sim.

7 - A doença de que padece o autor a impede de exercitar outro tipo de atividade laboral? R.: Não. [...]

10 - Através de tratamento ambulatorial ou uso adequado de medicamentos pode o Autor exercer atividade laborativa? R.: Sim.

Já no segundo laudo pericial (f. 135/136), ficou constatada lombalgia e tendinite crônica em ombro direito, sendo que essa doença incapacitaria a autora para aquelas atividades que exijam esforços físicos acentuados, ou seja, há incapacidade apenas parcial.

Ressalte-se que o julgador não está adstrito às conclusões do laudo pericial. No entanto, a apelante não produziu prova apta a elidir o conteúdo das provas em comento.

Por outro lado, também não restou comprovado que a lesão sofrida pela autora seja decorrente do seu trabalho de cozinheira, pelo que temos mais um óbice a impedir a concessão do benefício pleiteado.

Diante desse quadro probatório, não há como dar guarida ao pleito da ora apelante, pois visto está que ela não padece da alegada incapacidade total e temporária para o trabalho, sendo que provas nesse sentido não existem, motivo pelo qual os dispositivos legais reclamados nas razões de apelo em nada a socorrem.

Por outro vértice, também não comungo da tese da apelante de que a perícia produzida no âmbito de ação trabalhista deva ser aceita em preterição das que foram realizadas nestes autos, haja vista a atualidade destas, importando dizer que, se a autora já sofreu de alguma doença incapacitante, esta não mais existe.

Certo é que os exames atuais, ao contrário do que afirma a apelante, não demonstram a existência da moléstia incapacitante.

Em resumo, provado nos autos que a autora está com a sua capacidade funcional preservada, ainda que parcialmente, impossível obrigar o INSS ao pagamento dos requeridos benefícios previdenciários.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, mas suspensa a exigência nos termos do art. 12 da Lei de Assistência Judiciária.

DES. MOTA E SILVA - Peço vênia ao ilustre Relator para proferir voto divergente.

Narra a história dos autos que a autora, que exercia as funções de cozinheira, é portadora de lombalgia e tendinite crônica em ombro direito, de acordo com a perícia judicial realizada nos autos (f. 134/139), e pleiteou na petição inicial a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença (f. 06).

A perícia concluiu também que a incapacidade da autora é parcial e definitiva ao responder ao quesito c, formulado pelo Juízo (f. 127 e 136):

c) As sequelas correspondem a qual grau de incapacidade? (total ou parcial/temporária ou permanente). Essa incapacidade é insusceptível de recuperação ou reavaliação para o exercício de outra atividade?

R.: Parcial e definitiva. Sim.

Portanto, no caso da autora, o prognóstico é de que não haja recuperação para a atividade habitual ou reabilitação para outra atividade. Como não é possível a reabilitação e a autora também não está totalmente incapaz, o benefício a ser concedido não é a aposentadoria por invalidez nem o auxílio-doença, e sim o *auxílio-acidente*, nos termos do disposto no art. 86 da Lei 8.213/91:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

O auxílio-acidente é concedido como pagamento de uma indenização mensal, mesmo quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem a redução da capacidade de labor do segurado. Esse benefício não se destina a substituir, integralmente, a renda do segurado, uma vez que a eclosão do evento danoso não impossibilita o segurado de desempenhar atividade laborativa para dela extrair o seu sustento, que é exatamente o caso da autora, de acordo com a resposta do perito ao quesito b do Juízo (f. 127 e 136):

b) Em caso afirmativo, o seu estado atual de saúde o(a) torna incapaz para o exercício de atividades profissionais remuneradas?

R.: Sim, para aquelas que exijam esforços físicos acentuados.

Dessa forma, como restou provado nos autos que a autora não está totalmente incapaz de exercer as atividades laborais, mas apresenta incapacidade parcial e permanente, o benefício a que tem direito é o auxílio-acidente.

Cumpra registrar inexistir qualquer dúvida quanto à ocorrência do acidente do trabalho que vitimou a autora quando no exercício de sua atividade profissional, bem como do nexo causal entre este e os lesionamentos sofridos, fato não contestado pela autarquia (f. 46/52).

Deve ser observado ainda que se aplica *in casu* o princípio da adstrição ao pedido. Com relação a matéria acidantária, o julgamento *extra petita* não se caracteriza quando a decisão concede benefício diverso do requerido pela segurada, considerando o caráter protetivo e o alcance social da lei previdenciária.

Confira-se no trato jurisprudencial do STJ:

Previdenciário. Auxílio-acidente. Incapacidade para o trabalho. Julgamento *extra petita*. Inocorrência.

- Em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto.

- Não ocorre julgamento *extra petita* na hipótese em que o

órgão colegiado a quo, em sede de apelação, mantém sentença concessiva do benefício da aposentadoria por invalidez, ainda que a pretensão deduzida em juízo se vincule à concessão de auxílio-acidente, ao reconhecer a incapacidade definitiva da segurada para o desempenho de suas funções.

Recurso especial não conhecido (Rel. Min. Vicente Leal. Acórdão: REsp 412676/RS, DJ de 19.12.02, p. 484).

E ainda:

Previdenciário. Acidentária. Pedido de aposentadoria por invalidez. Concessão de auxílio-acidente. Decisão *extra petita*. Inocorrência.

I - Formulado pedido de aposentadoria por invalidez, mas não atendidos os pressupostos para o deferimento deste benefício, não caracteriza julgamento 'extra petita' a decisão que, constatando supridos os requisitos para o direito ao auxílio-acidente, concede em juízo esse benefício.

II - Recurso especial desprovido (Rel. Min. Gilson Dipp, REsp 226958/ES, DJ de 05.03.01, p. 200).

Processo civil. Previdenciário. Omissão. Ausência. Pedido de auxílio-acidente. Concessão de aposentadoria por invalidez. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática entre as hipóteses confrontadas.

1. Não ocorre omissão, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Em face da relevância social da matéria, é lícito ao juiz, de ofício, adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à concessão de benefício previdenciário devido em razão de acidente de trabalho.

3. A divergência jurisprudencial não restou configurada ante a falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma trazido a confronto.

4. Recurso especial improvido (Rel. Min. Paulo Gallotti, REsp 541695/DF, DJ de 1º.03.2004, p. 209).

Inclusive, em casos idênticos, já decidiu esta Corte:

Ação acidentária. Pedido de deferimento de auxílio-acidente. Possibilidade de o juiz deferir benefício acidentário diverso do pleiteado [...]

1) Em ações acidentárias, está o juiz autorizado a deferir benefício acidentário diverso do pleiteado na petição inicial, desde que presentes os seus requisitos, não sendo a decisão considerada *ultra* ou *extra petita* (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível, Rel. Pedro Bernardes, AP 0402252-0, j. em 25.11.2003).

Da mesma forma o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Previdenciário. Processual civil. Benefício concedido antes da CR/88. Revisão. Art. 58 do ADCT. Lei nº 8.213/91, art. 41, II. Ônus da prova. Sentença *extra petita*. Inocorrência. Honorários advocatícios.

1. Havendo correlação entre o pedido autoral e a sentença que defere índice de reajuste aplicável ao benefício, no período requerido, afastada a alegação de julgamento *extra petita*.

2. A revisão dos benefícios previdenciários pela equivalência

com o número de salários-mínimos foi assegurada pelo critério transitório do art. 58 do ADCT para os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988 até dezembro/91. Após, aplica-se o critério estabelecido no art. 41, inciso II, da Lei nº 8.213/91, de janeiro a dezembro de 1992, com reajuste baseado na variação do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário-mínimo foi alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual; a partir de janeiro de 1993, o IRSM - Índice de reajuste do salário-mínimo, consoante art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.542, de 23/12/92, observando-se, ulteriormente, seu eventual substituto (Lei nº 8.880/94 e legislação subsequente). Precedentes deste Tribunal.

3. O INSS apresentou documentos comprovando o pagamento de benefício previdenciário com a revisão determinada pelo art. 58 do ADCT, no período em que aplicável. Improcede o pedido de vinculação ao salário-mínimo em período posterior e pagamento de diferenças no período em que vigorou a vinculação ao salário-mínimo.

4. Sem honorários de advogado, tendo em vista que o autor litiga sob o pálio da justiça gratuita.

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas (Ap. Cív. 1999.01.00.053158-3/MG, Rel. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, j. em 22.10.2004).

Assim, tem-se que, em matéria de infortunistica, não constitui decisão *ultra* ou *extra petita* o deferimento de benefício diverso, pois circunstâncias variadas decorrem da situação concreta demonstrada pelas provas dos autos, incumbindo ao Judiciário adequar aos fatos o direito.

O mestre Juarez de Oliveira (*Acidentes do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81) leciona que:

O julgamento *extra petita*, isto é, fora do que se pediu em matéria acidentária ocorre. O pedido do autor é a indenização, ao juiz cabe a caracterização da situação e a subsunção à lei. O benefício a ser concedido dá-lo o juiz, e não as partes. As demais verbas concedidas são consectárias da condenação, acessórias.

Restando comprovado que a autora está incapacitada para o seu trabalho, uma vez que não pode mais exercer as funções de cozinheira e que não é possível a recuperação, a concessão do auxílio-acidente é medida que se impõe.

O termo inicial para a concessão do benefício deve ser considerado o dia seguinte ao da cessação indevida do auxílio-doença, de acordo com o § 2º do art. 86 da Lei 8.213/91. Ao contestar o pedido, a autarquia afirmou que a autora teve o benefício de auxílio-doença concedido em 28.07.2002 (f. 47), o qual foi cessado em 31.08.2002, de acordo com o documento acostado com a petição inicial (f. 12). Portanto, esta é a data que deve ser considerada para início do pagamento, respeitada a prescrição quinquenal.

Se fosse fixada como termo inicial de concessão de benefício a data da apresentação do laudo pericial em juízo, estar-se-ia promovendo o enriquecimento ilícito do instituto, que, simplesmente por contestar a ação, estaria

postergando o pagamento de um benefício devido por um fato anterior à própria citação judicial.

O termo inicial do benefício seria a data de junta da do laudo médico pericial em juízo somente se não houvesse concessão de auxílio-doença prévio. Compulsando os autos, constata-se que o auxílio-doença foi suspenso administrativamente. Nesse caso, o *dies a quo* para o restabelecimento da prestação deverá ser a data da suspensão imotivada e arbitrária.

Em se tratando de condenação contra a Fazenda Pública, não incide o § 3º do art. 20 do CPC, mas sim o § 4º do mesmo artigo, conforme ressalva expressa nesse sentido. Todavia, nada impede que, para fins de fixação dos honorários contra a Fazenda Pública, seja a verba arbitrada não somente em valor preestabelecido, mas também em valor atrelado ao da condenação, com a ressalva de que o julgador não está adstrito aos limites mínimo e máximo estabelecidos no aludido § 3º.

Definida a forma de se calcularem os honorários advocatícios, deve haver a fixação equitativa, conforme o § 4º do art. 20 do CPC, observados os critérios elencados nas alíneas do § 3º do mesmo artigo, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, fixo os honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas até a data em que for proferido o acórdão, observada a Súmula 111 do STJ.

Diante de tais esclarecimentos, dou provimento ao recurso de apelação da parte autora para determinar a concessão do benefício de auxílio-acidente, o qual deverá corresponder a 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício da autora atualizado conforme disposto no § 1º do art. 86 da Lei 8.213/91, incidindo juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação e correção monetária de acordo com a Tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais a partir do vencimento de cada prestação, respeitada a prescrição quinquenal. Condeno a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas e atualizadas até a data em que for proferido o acórdão. A dispensa do pagamento das custas está devidamente arriada na Lei Estadual 14.939, de 29.12.2003.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. REVISOR.

...

Serviços bancários - Dinheiro - Remessa para o exterior - Não recebimento pelo destinatário - Valor sacado em local diverso - Culpa de terceiro - Não cabimento - Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor

Ementa: Serviços bancários. Remessa de dinheiro para o exterior. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Devolução devida.

- A instituição financeira que faz parte da rede de bancos que oferece o serviço de remessa de dinheiro para exterior assume o risco de ser civilmente responsabilizada por atos indevidamente praticados em razão da prestação do serviço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0687.09.071469-6/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelado: José Roque da Silva - Relator: DES. FÁBIO MAIA VIANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 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 maio de 2010. - Fábio Maia Viani - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelação interposta por Banco Brasil S.A. da sentença (f. 55-58) que, nos autos da ação ordinária movida por José Roque da Silva, julgou procedente, em parte, os pedidos iniciais para condenar o banco réu a restituir ao autor o valor de R\$ 4.539,30, acrescido da taxa de envio.

Condenou-o, ainda, ao pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O réu, nas razões de recurso (f. 63-70), suscita prefacial de ilegitimidade passiva. No mérito, alega, em síntese, que presta serviço de remessa de valores para o exterior por meio de convênio com a instituição financeira Western Union, que recebe o valor transferido e se responsabiliza pela entrega ao credor; não possui qualquer controle sobre o dinheiro ou procedimentos utilizados pelo banco conveniado para o pagamento do valor transferido; o serviço contratado pelo autor (transferência

da quantia de R\$ 4.372,00 para a cidade de Torino - Itália) foi devidamente executado, tendo sido enviado o valor para o destinatário e endereço informados; não houve qualquer irregularidade na prestação do serviço; somente o banco conveniado pode esclarecer e fazer prova do saque devidamente assinado pelo sacador; é indevida a sua responsabilização pelo alegado saque efetuado por pessoa distinta do beneficiário; possível restituição deve ser feita pelo banco conveniado, destinatário do valor transferido.

Pugna, com o provimento do recurso, pela reforma da sentença para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

O autor apresentou contrarrazões (f. 73-76), defendendo a manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece da apelação.

Denota-se da petição inicial que o autor contratou os serviços do banco réu para a remessa de dinheiro para o exterior; entretanto, o valor transferido não foi recebido pelo destinatário no prazo previsto, tendo sido resgatado por terceira pessoa em cidade diversa daquela informada para a transferência do valor.

O pleito inicial possui como causa de pedir a falha na prestação de serviços do banco réu, sendo, pois patente a sua legitimidade passiva.

Rejeito a preliminar.

Consta dos autos que o autor contratou os serviços do Banco do Brasil S.A. (f. 11) a fim de transferir valores através do Western Union para seu filho Rogério Carton Silva, que se encontrava na cidade de Torino - Itália. Por não ter sido entregue no prazo previsto, o autor solicitou o cancelamento da operação dois dias após a realização da transferência; no entanto, recebeu a informação de que o valor remetido havia sido sacado na cidade de Montecatini Terme - Itália.

O autor alega que seu filho, destinatário da transferência, não sacou o dinheiro e não esteve na cidade de Montecatini Terme, localidade do suposto pagamento.

No caso sob julgamento, aplica-se o art. 14 do CDC, que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, "independentemente da existência de culpa", sendo de se perquirir, tão somente, a existência de nexo causal entre o fato diretamente imputável ao agente e os danos acarretados à vítima.

Nem se alegue culpa de terceiro, pois, ao fazer parte da rede conveniada de bancos que efetua a remessa de dinheiro para o exterior, o banco réu assumiu a responsabilidade de ser civilmente responsabilizado por atos indevidamente praticados em razão da prestação do serviço.

Não há prova nos autos de que o dinheiro tenha sido sacado pelo beneficiário; o documento juntado à f. 18 não se presta a esse fim, pois não consta sequer a assinatura do recebedor, o que evidencia a falha na prestação do serviço contratado.

Não tendo o banco réu se desincumbido de seu ônus probatório, entendo que nenhum reparo merece a sentença impugnada.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.
Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARNALDO MACIEL e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Desconto - Conta-corrente - Legalidade - Penhora - Verba de caráter alimentar - Limitação a 30% do salário

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Descontos em conta-corrente. Legalidade. Penhora de valores provenientes de verba de caráter alimentar. Limite de 30%.

- Os princípios da execução devem ser respeitados, entre eles o de que os bens do devedor serão revertidos em favor do credor, a fim de pagar os débitos assumidos.

- A penhora de apenas uma porcentagem da verba de natureza alimentar não fere o espírito do art. 649 do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.08.073417-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Condomínio do Retiro do Chalé - Agravado: Lauro Henrique Vasconcelos Menezes - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2010. - José Antônio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Trata-se de agravo de instrumento manejado por Condomínio Retiro do Chalé contra decisão proferida pelo Juízo da 29ª Vara

Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, movida em desfavor de Lauro Henrique Vasconcelos Menezes.

A decisão combatida (f. 131-TJ) indeferiu o pedido de penhora sucessiva e mensal de 30% (trinta por cento) dos valores depositados em favor do executado.

Em sua minuta, a parte agravante alega, em síntese, que “a expedição de ofício às instituições financeiras nas quais o executado, ora agravado, é titular de conta bancária, determinando o bloqueio mensal e sucessivo de 30% (trinta por cento) de todos os valores depositados”, é medida que se impõe.

Sustenta que sua pretensão é a penhora dos valores constantes da conta do executado até o limite de seu crédito.

Assevera que a medida de penhora solicitada viabiliza a satisfação do crédito, considerando que o bloqueio do percentual pretendido não traz riscos ao devedor e torna efetivo o pagamento.

Ao final, pugna pela concessão do efeito suspensivo, bem como pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento aviado, para fins de reforma da decisão hostilizada.

Preparo regular, f. 133.

Indeferido o efeito suspensivo, f. 138.

A despeito de devidamente intimada para apresentar contraminuta, a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo, conforme se vê da certidão de f. 141.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

A parte agravante ajuizou ação de cobrança em face de Lauro Henrique Vasconcelos Menezes, sendo que, até a presente data, não logrou êxito em receber o valor devido, pelo que requereu o bloqueio de eventuais valores existentes em conta-corrente de sua titularidade, o que foi deferido pelo Juízo.

No entanto, os valores encontrados nas diversas contas bancárias do agravado não foram suficientes para a quitação do débito (f. 122/124-TJ).

Diante de tal insuficiência, a parte credora, ora agravante requereu o bloqueio mensal e sucessivo de 30% (trinta por cento) de todos os valores depositados nas contas bancárias do executado, tendo sido seu pedido negado pela decisão singular.

De fato, tenho que assiste razão à parte recorrente.

Inicialmente, registra-se ser indiscutível que a penhora *on-line* é o modo mais rápido e eficiente de se dar cumprimento às decisões judiciais e efetivar a tutela pretendida pelo autor da ação.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Nona Câmara Cível, *verbis*:

Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line*. Previsão legal. Possibilidade. Observância da regra do art. 620 do CPC.

- É possível a averiguação de contas bancárias e respectiva penhora *on-line* de numerário disponível, não sendo imposto pela lei qualquer requisito para a realização de tal medida.

- Estando o dinheiro em espécie, ou em depósito ou aplicação em instituição financeira em primeiro lugar na ordem legal de preferência, deve ser deferido o requerimento do credor de que a penhora recaia sobre valores encontrados em conta-corrente do devedor, até o montante da execução, nos termos do art. 655-A do CPC.

- A regra contida no art. 620 do CPC não impede a aplicação da penhora *on-line*, sendo ônus do executado, nos termos do art. 668 do CPC, demonstrar a existência de meio menos gravoso e que não acarrete prejuízo ao exequente (TJMG - 9ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 1.0024.00.018235-2/002 - Relator: Des. Pedro Bernardes - j. em 22.04.2008).

Pois bem.

Verifica-se que a tentativa do exequente de ver seu crédito satisfeito não logrou êxito até o presente momento. A falta de saldo suficiente na conta-corrente do devedor para garantir a execução corrobora a necessidade dos bloqueios pretendidos pelo agravante.

Entretanto, não há qualquer prova nos autos que demonstre que a penhora requerida não acarretaria prejuízos à parte recorrida.

Sabido e consabido que a penhora de valores existentes em conta-corrente pode ocasionar diversos tipos de prejuízo ao devedor. Isso porque nela podem ser depositadas quantias de várias naturezas, inclusive aquelas de natureza salarial, destinadas às despesas familiares.

Decerto que tanto o texto constitucional quanto o processual vedam a retenção de salários, pois é através desses que os trabalhadores se mantêm e sustentam suas respectivas famílias, quitando seus compromissos cotidianos.

Todavia, após detida análise da matéria, verifica-se que a penhora de apenas uma porcentagem da verba de natureza alimentar não fere o espírito do art. 649 do Código de Processo Civil.

O artigo que veda a penhora sobre os salários, soldos e proventos deve ser interpretado levando-se em consideração as outras regras processuais civis, e serão respeitados os princípios da própria execução, entre eles, o de que os bens do devedor serão revertidos em favor do credor, a fim de pagar os débitos assumidos.

Isso porque as verbas de natureza alimentar são livremente negociáveis, disponíveis.

A título exemplificativo, cita-se a consignação em folha de pagamento, prática cada vez mais comum entre servidores públicos, em que se destina previamente parte do salário para o pagamento de determinadas dívidas.

Dessa forma, tendo o credor pleiteado penhora limitada ao percentual equivalente a 30% (trinta por cento), não há razão para indeferir seu pedido.

O limite no percentual de 30% (trinta por cento), entendido pela jurisprudência pátria como a quantia adequada, deve-se ao fato de o salário constituir-se como verba alimentícia, da qual a parte agravante necessita, indubitavelmente, para sua própria subsistência, fazendo-se legítima a aplicação do limite para salvaguardar um importe mínimo para que possa dispor para o atendimento de suas necessidades pessoais.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Descontos. Conta-corrente. Legalidade. Caráter alimentar. Limite de 30%. Possibilidade. - Nossos tribunais vêm-se posicionando no sentido de que é possível o desconto de parcela de dívidas em conta-corrente, devendo, porém, o decote ser limitado ao percentual máximo de 30% (trinta por cento) dos vencimentos do devedor. Recurso não provido (Agravo de Instrumento 1.0145.08.497859-5/001 - 10ª Câmara Cível - Relator: Des. Marcos Lincoln - j. unânime em 19.05.2009).

Ementa: Civil e processual civil. Agravo de instrumento. Ação de renegociação de dívida c/ pedido de tutela antecipada. Débito em conta-salário. Possibilidade. Limitação a 30% do salário. Exigência de lei. Recurso conhecido e não provido. - Sendo a conta-corrente destinada ao depósito de salários ou proventos, o débito em conta para quitar dívida resultante de contrato de crédito bancário está limitado a 30% do salário do devedor, conforme Decreto 4.961/2004 e Lei 10.820/2003. Recurso conhecido e não provido (Agravo de Instrumento 1.0145.08.465533-4/001 - 17ª Câmara Cível - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - j. unânime em 18.09.2008).

Assim, a solução justa é permitir o bloqueio mensal dos valores depositados na conta-corrente do devedor, no limite de 30% (trinta por cento), até a plena satisfação da dívida.

Com tais considerações, dá-se provimento ao agravo de instrumento aviado, para que se proceda ao bloqueio mensal de percentual equivalente a 30% (trinta por cento) dos valores depositados em conta-corrente de titularidade da parte agravada, até a integral satisfação do débito.

Custas, *ex lege*.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Deram provimento ao recurso, para que se proceda ao bloqueio mensal de percentual equivalente a 30% (trinta por cento) dos valores depositados em conta-corrente de titularidade da parte agravada, até integral satisfação do débito.

2. Custas, *ex lege*.

DES. GENEROSO FILHO - Peço vênha ao eminente Des. José Antônio Braga, para dele discordar quanto ao voto por ele proferido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o bloqueio do percentual equivalente a trinta por cento (30%) de valores depositados em conta do executado, ora agravado.

Com efeito, nos termos do art. 649, item IV, do CPC, os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios são absolutamente impenhoráveis.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

Agravo de instrumento. Execução. Penhora. Conta-corrente. Salário. Inadmissibilidade. Recurso desprovido. - Torna-se juridicamente impossível penhora de saldo em conta-corrente do devedor, em se tratando de salários depositados pelo empregador. Inteligência do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil (TJMG - Agravo de Instrumento nº 426.995-2 - 16ª Câmara Cível - Relator: Des. José Amâncio - j. em 26.03.2004).

E mais:

Autorização. Penhora. Salário. Impenhorabilidade. Art. 649, IV, CPC. - O salário é impenhorável. Tal restrição alcança todos os créditos decorrentes da relação de emprego. Impenhorável, portanto, a verba rescisória decorrente da relação de emprego (TJMG - Agravo de Instrumento nº 447.143-8 - 17ª Câmara Cível - Relator: Des. Irmair Ferreira Campos - j. em 21.05.2004).

Tal regra de impenhorabilidade vigora absolutamente, até hoje, desde que consideradas as exceções legais, constantes dos §§ 1º, 2º e 3º do mesmo art. 649 do CPC, mas estas não dizem respeito ao presente caso.

A edição das Leis 10.820/2.003 e 10.953/2004 apenas permitiu às instituições financeiras credoras, através do crédito consignado, abater nas contas-correntes dos devedores, existentes junto aos bancos credores, os valores de prestações objeto de contrato prévio, não podendo tais descontos ultrapassar o percentual de 30% do valor mensal dos salários depositados na conta-corrente do devedor.

Nota-se que isso foi uma exceção à regra da impenhorabilidade dos salários prevista no art. 649 do CPC somente para o caso de autorização de descontos em contrato realizado pelo devedor, e não uma regra permitindo que todo e qualquer credor possa penhorar salários até o montante de 30% deles.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Penhora on-line. Salário. Limite de 30%. Impossibilidade. Salvo por consentimento expresso do devedor, não cabe determinação de penhora de valores recebidos como salário ou outra forma de remuneração, tendo em vista a vedação expressa do art. 649, IV, do CPC (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.753231-9/001 - 16ª Câmara Cível - Relator: Des. Otávio Portes - j. em 09.09.2009).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

Custas, pelo agravante.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Vogal, após o Relator dar provimento ao recurso e o Primeiro Vogal negar-lhe provimento.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Estou de acordo com o em. Relator na integralidade do seu voto.

Saliento, inicialmente, ser perfeitamente possível o bloqueio de numerário de saldo existente em conta-corrente do executado, por meio do convênio celebrado entre o Banco Central do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, mais conhecido como Bacen-Jud, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais aderiu em maio de 2001.

Coadunando com tal posicionamento:

Execução de sentença. Executado e bens penhoráveis. Não localização. Bloqueio de numerário existente em conta bancária do executado. Garantia da execução. Convênio Bacen-Jud. Possibilidade. Limitação. Valor exequendo. - Quando o executado se encontra em local incerto e não sabido, e o exequente não localiza bens que possam garantir a execução, deve ser determinado o bloqueio de numerário existente em conta bancária, através do convênio Bacen-Jud, no limite do valor exequendo (Agravamento de Instrumento nº 508.770-9 - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - j. em 16.06.05).

Possui o seguinte objeto o dito convênio:

Por intermédio do sistema Bacen-Jud, o STJ, o CJF e os Tribunais signatários de Termo de Adesão, poderão, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação e extinção de falências envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes.

Então, perfeitamente viável a adoção da penhora via *on-line*, que contribuirá para a efetividade da execução.

Compulsando os autos, verifica-se às f. 122/124-TJ que não fora possível o bloqueio nas contas do executado, por ausência de fundos.

Diante do exposto, entendo ser possível o bloqueio sucessivo de 30% dos valores de depósitos e investimentos financeiros creditados em favor do agravado, ainda que sejam decorrentes de seu salário.

Não se pode desconhecer o caráter alimentar do salário e se permitir retenção de sua totalidade, o que implica a impossibilidade de subsistência do devedor e de sua família.

Assim, vejo que o bloqueio e a penhora do valor depositado em conta bancária, onde é depositado valor

destinado ao sustento da parte e de sua família, impõe subtração de importância direcionada a sua sobrevivência.

Contudo, por outro lado, a parte está sendo executada e não pode deixar de pagar o que deve, simplesmente porque o que recebe pelo seu trabalho é destinado a satisfazer as necessidades pessoais e da família, pois, se assim fosse, nenhuma dívida seria paga com salário, que é fruto do trabalho, destinado à sobrevivência e à satisfação dos compromissos assumidos.

Dessa forma, hei por bem limitar a penhora sobre 30% do valor bloqueado, mantendo-se este percentual sobre futuros depósitos, até que se satisfaça o crédito.

Nesse sentido, já decidiu este colendo Tribunal de Justiça:

Agravamento de instrumento. Execução. Penhora *on-line*. Valores recebidos a título de pensão e de salário. Natureza salarial das verbas. Descaracterização. Retenção. Limitação. - A remuneração não é passível de constrição, nos termos do art. 649, IV, do CPC. Entretanto, uma vez depositada em conta bancária, perde seu caráter salarial, razão pela qual a regra da impenhorabilidade deve ser afastada, devendo, todavia, a retenção ser limitada ao percentual de 30% (trinta por cento) (TJMG - Agravamento de Instrumento nº 1.0024.98.115755-5/001 - Relator: Des. José Affonso da Costa Côrtes - pub. em 24.06.2008).

Processual civil. Agravamento de instrumento. Execução. Penhora eletrônica. Proventos. Natureza alimentar. Percentual descontado. Patamar legal. Possibilidade. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão recorrida. Manutenção (Agravamento de Instrumento nº 1.0024.07.494211-1/001 - Relator: Des. Marcelo Rodrigues - j. em 18.05.2009).

Quer me parecer que a solução justa e que atende à equidade contratual e aos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro está em limitar o comprometimento da verba salarial a patamar razoável.

Para a solução justa e correta da espécie sob exame, há que se buscar o justo ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, que, a meu aviso, se situa na fixação de um patamar de retenção que permita a amortização do débito, sem o comprometimento do sustento e manutenção do agravado.

Sendo assim, diante das circunstâncias especiais que estão a emoldurar o caso sob comento, estou a entender que a retenção de 30% (trinta por cento) de valores presentes na conta-corrente do agravado revela-se patamar razoável.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo, para limitar o desconto, visando à amortização do débito contraído, em 30% (trinta por cento) do valor eventualmente depositado em conta-corrente do agravado.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL.

...

Responsabilidade civil do Estado - Art. 37, § 6º, CF/88 - Estabelecimento penal - Superlotação de cela - Morte de preso - Negligência estatal - Direito à integridade física e moral - Art. 5º, XLIX, CF - Indenização por dano moral e material - Legitimidade dos familiares - Direitos da personalidade - Art. 12, parágrafo único, do Código Civil - Valores - Arbitramento - Gravidade do fato e repercussão da dor - Manutenção - Honorários - Ônus da sucumbência - Arts. 20, § 4º, e 21, parágrafo único, ambos do CPC

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização. Morte de detento. Fortuito. Tratamento desumano. Princípio da dignidade humana. Direitos da personalidade. Familiares como lesados indiretos. Danos morais.

- A Constituição da República protege o cidadão contra as investidas estatais na tentativa de impedir a lesão a direitos ligados a sua personalidade. A ele garante-se a manutenção de um mínimo de dignidade em hipóteses de restrição de sua liberdade, o que impede o Poder Público de praticar atos desumanos e degradantes que atentem contra a própria natureza do ser humano.

- O Estado, ao efetuar de forma violenta e sem qualquer respaldo em ordem judicial a prisão de cidadão que se encontrava com seus filhos no interior de sua residência, sendo o detento mantido incomunicável e sem qualquer assistência jurídica e de seus familiares, que com ele tiveram contato apenas após sua morte, não observou o principal fundamento da República, a prioridade de preservação e de implementação da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição da República, princípio este que deve nortear toda a atividade estatal.

- Ampla tutela dos direitos da personalidade, estando os familiares legitimados a pleitear, em nome próprio, indenização pelos danos sofridos pelo morto, na qualidade de lesados indiretos (art. 12, parágrafo único, do Código Civil).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.07.074479-2/001 - Comarca de Muriaé - Apelantes: 1º) Estado de Minas Gerais, 2º) Creusa Maria de Jesus Torres - Apelados: Creusa Maria de Jesus Torres, Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA ELZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Nepomuceno Silva, 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, 6 de maio de 2010. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Trata-se de ação ordinária ajuizada por Creusa Maria de Jesus Torres, contra o Estado de Minas Gerais, através da qual busca a condenação do réu ao pagamento de indenização por supostos danos morais e materiais sofridos em razão do falecimento de Wesley Santos Torres, filho da autora, quando este estava sob a custódia do Estado de Minas Gerais.

Na inicial, a autora, na qualidade de mãe de Wesley Santos Torres, sustenta que este se encontrava preso na Cadeia Pública de Muriaé. Aduz que ele fora espancado até a morte, sendo levado em seguida para o Hospital São Paulo. Informa que na certidão de óbito consta como causa morte “choque hipovolêmico por hemorragias por perfurações dos pulmões e coração”, em razão de espancamento realizado por seus companheiros de cela, conforme Laudo nº 741/2007 do Instituto de Criminalística. Requer, de tal modo, a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais que alega ter sofrido.

A sentença de f. 98/102 julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu ao pagamento de indenização à autora, a título de danos morais, no valor correspondente a 50 salários-mínimos, representando R\$ 23.250,00 (vinte e três mil duzentos e cinquenta reais), e, a título de danos materiais, no valor de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), atualizados a partir da sentença, com juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Inconformado, interpõe recurso de apelação o Estado de Minas Gerais (f. 104/114). Reitera os argumentos apresentados em sua contestação, ao asseverar que, por se tratar de dano decorrente de omissão estatal, aplicar-se-ia ao caso a responsabilidade civil subjetiva, ao contrário do entendimento adotado pela sentença. Argumenta, ainda, que não haveria o nexo da causalidade entre a ocorrência do dano e a conduta dos agentes públicos. Quanto à indenização pelos danos morais, sustenta que não há provas suficientes sobre o sofrimento da autora e o alto valor arbitrado pelo MM. Juiz. Requer a reforma da sentença e, eventualmente, a redução da indenização fixada, bem como a redução da condenação dos honorários em razão da sucumbência recíproca.

Por sua vez, a autora, às f. 116/122, também interpôs apelação pleiteando aumento do valor da condenação por danos morais.

Foram apresentadas contrarrazões aos recursos de apelação às f. 128/132 e 134/138.

Eis o relato dos fatos relevantes.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conhece-se da remessa oficial e dos recursos voluntários de apelação.

Em razão dos pedidos fixados em ambos os recursos, a análise será realizada em conjunto. Passa-se a decidir.

Para que nasça a obrigação de reparar, necessário que estejam presentes alguns pressupostos, a saber: a conduta do agente, o dano, o nexo causal entre a conduta e o dano e a culpa, sendo que os três primeiros devem estar presentes em toda e qualquer forma de responsabilização civil, enquanto na responsabilidade objetiva o elemento culpa é dispensável para sua caracterização, razão pela qual se fala em responsabilidade sem culpa.

É cediço que a ordem constitucional brasileira prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público, consoante a leitura do art. 37, § 6º, da Constituição da República, onde se lê:

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

Trata-se, ao que se vê, de ampliação do preceito contido no § 5º, que, como os textos anteriores, desde o art. 194 da Constituição de 1946, torna o Estado responsável, objetivamente, pelos danos causados por seus agentes.

Assim é que:

O Estado, na verdade, hoje responde por qualquer ato causador de dano. A nova redação constante deste parágrafo é mais ampliativa do que a do equivalente artigo do texto anterior. Fala-se agora que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto às de direito privado, prestadoras de serviço público, responderão pelos danos de seus agentes que nessa qualidade causarem (BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 173).

No direito pátrio, foi adotada a “teoria do risco administrativo”, e não a do “risco integral”, merecendo destaque a lição de Hely Lopes Meirelles, que assim assevera:

O risco administrativo não significa que a administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização (*Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores., p. 555).

E ainda, ao comentar a responsabilidade consignada no § 6º do art. 37 da CF/88, salientou o saudoso publicista que:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados [...].

A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, ao contrário do que faz crer o réu, ao fundar-se em entendimento doutrinário isolado, engloba não só a conduta comissiva, como também a conduta omissiva do Estado. A esse respeito, veja-se o RE nº 109.615, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em acórdão julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1º.2.2005, acórdão publicado em 8.4.2005.

A pessoa recolhida à prisão, sob a tutela do Estado, tem o direito constitucional, assegurado no art. 5º, inciso XLIX, à proteção dos órgãos públicos, para resguardá-la contra qualquer tipo de agressão.

Como lembra Yussef Cahali,

[...] a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte dos seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos.

E acrescenta:

Na realidade, a jurisprudência tem-se mostrado acertadamente rigorosa ao decretar a responsabilidade civil do Estado pelos abusos que possam ser cometidos pelos agentes policiais, civis ou militares, violadores daquela segurança e respeito que merece todo cidadão (*Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 175-178).

Forte, aliás, a lição de Cretella Júnior nesse sentido ao enfatizar:

Pessoas recolhidas a prisões comuns ou quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão (*O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 251-252).

In casu, tornou-se incontroverso que o filho da autora foi morto em virtude das violentas agressões físicas perpetradas contra ele por outros presos, no interior da Cadeia Pública de Muriaé, sem que os policiais nada fizessem em sua defesa. A morte de Wesley Santos Torres

é uma comprovação incontestável da instituição da pena de morte nas cadeias brasileiras. O lamentável e deplorável é que tal fato conta com a efetiva participação do Estado, que negligencia, de forma manifesta, tutelar a integridade física e moral dos presos.

A morte do filho da autora decorreu da superlotação da cadeia pública e do precário acompanhamento policial, consoante demonstram documentos acostados às f. 29/32, 33/37, 46/47, 39/42, 55/57.

Dessarte, o Estado de Minas Gerais deve, com base no art. 37, § 6º, da Constituição da República, ser responsabilizado civilmente pela morte do filho da autora.

O Estado de Minas Gerais, ao permitir a superlotação da cadeia pública e ao deixar de velar pela segurança do filho da autora diante dos demais presos, descumpriu não apenas o seu dever legal de protegê-los, mas violou também, de modo grave, a garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso XLIX, segundo a qual é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

O desrespeito a uma garantia constitucional não pode ficar impune. A apelante faz, por conseguinte, jus à indenização por danos morais e materiais; sofrimento não se discute.

É o entendimento firmado na jurisprudência dos tribunais superiores, consoante se observa dos seguintes precedentes:

Ementa: Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF - RE 272839/MT - Segunda Turma - Relator Min. Gilmar Mendes - DJ de 08.04.2005).

Ementa: Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença (STF - RE 215981/RJ - Segunda Turma - Relator Min. Néri da Silveira - DJ de 31.05.2002).

Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5, XLIX), sendo dever do Estado garantir

a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado, responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido (REsp 5.711/RJ - Rel. Min. Garcia Vieira - Primeira Turma - DJ de 22.04.1991, p. 4.771).

Certa da existência de responsabilidade estatal, passo a analisar o *quantum* devido a título de indenização, seja pelos danos morais, seja pelos danos materiais.

A reparação por dano moral decorre da perda prematura de um filho. Tal acontecimento é extremamente doloroso. Provoca forte angústia, longo sofrimento e profunda tristeza. O valor arbitrado, de 50 salários-mínimos, condiz com a gravidade do fato e a repercussão da dor. Embora o bem, vida, não seja passível de ser quantificado, é importante que o Poder Judiciário fixe, com mais rigor, o valor do dano moral, para evitar a reiteração da conduta ilícita.

O valor arbitrado a título de indenização por danos materiais também deve ser mantido, uma vez que regularmente comprovado o valor despendido com o funeral, f. 44.

Quanto aos honorários, considerando-se a natureza da causa e a sua importância, mantém-se também, nesse ponto, a decisão recorrida, condenando o Estado de Minas Gerais ao seu pagamento, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC.

Por fim, cumpre esclarecer que, a teor do disposto no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, não há que se falar em sucumbência recíproca, em decorrência de terem os requeridos decaído de parte mínima do pedido.

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), nega-se provimento a ambos os recursos, mantida a sentença em todos os seus termos.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Ouso acrescentar ao judicioso voto proferido pela em. Des.ª Maria Elza, que é lamentável ver mais uma vítima, dentre tantas, do descaso público. Trata-se de questão que transcende as próprias forças do Poder Executivo, cujo orçamento é incapaz de suportar o gravame - que é nacional - dessa situação.

A responsabilidade do Estado pelas agressões sofridas por detento, em virtude de ação de outros detentos, é objetiva, nos termos do preceptivo constitucional, decorrendo daí sua condenação em indenizá-lo por danos morais, fixados segundo prudente arbítrio do julgador, sem que isso signifique fonte de enriquecimento, mas, sim, forma de amenizar, ainda que precariamente,

a dor sofrida pelos parentes. A fixação do valor do dano moral fica, pois, adstrita ao exame das circunstâncias e das conseqüências de cada caso, não devendo ser nem excessiva, nem exígua, observando-se, em cada caso, os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É ressaltado que a fixação do *quantum* atinente à indenização por dano moral é tormentosa. Ensina Maria Helena Diniz (*Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de 31.3.1997), em seu artigo sob o título “Indenização por dano moral: a problemática do *quantum*”, *verbis*:

A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido.

Quanto aos parâmetros delineadores, aclara:

Na reparação do dano moral o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

Dessarte, o órgão julgante, na avaliação do dano moral, buscará o estabelecimento de uma reparação equitativa, com fulcro na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável, pois é certo que a verba indenizatória tem o objetivo de compensar os transtornos e inconvenientes pelos quais passou o falecido com a indigitada conduta omissiva, servindo, de um lado, como inibidora da conduta ilícita, mas, de outro, não dando causa a enriquecimento ilícito.

Tem-se observado, não raro, uma generalização, uma exacerbação e falta de critérios nos deferimentos em certos pedidos de indenização por danos morais, seja quando “puros”, seja quando cumulados, em sede de responsabilidade civil, gerando e incentivando abusos na proposta e perplexidade dos jurisdicionados ante a disparidade numeral das outorgas, fruto da ausência de normatização substantiva, constatável na maioria dos casos, e, conseqüentemente, da adoção de critérios subjetivos, variados, alguns, *data venia*, estranhos ao bom-senso e à melhor orientação jurisprudencial, erigindo

arbítrio desaconselhável e, com ele, o descrédito do próprio instituto.

Todo julgador, em hipóteses tais, tem o dever de perquirir múltiplos fatores inerentes aos fatos, suas conseqüências, além da situação econômico-financeira dos litigantes, sabendo-se que o *quantum* reparador não pode ser irrisório, como também não pode se constituir em instrumento de enriquecimento sem causa do ofendido.

Enfim, o arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e equitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando-se que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem. Os critérios a observar são: a condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e a extensão do dano moral.

Não há valores fixos nem tabelas preestabelecidas para o arbitramento do dano moral. Essa tarefa cabe ao juiz, no exame de cada caso concreto, atentando para os princípios aqui enunciados e, principalmente, para o seu bom-senso prático e justa medida das coisas.

Com tais expendimentos, renovando vênias, e em hipótese que tal, nego provimento a ambos os recursos, mantendo-se a bem lançada sentença, por se mostrar condizente com a realidade fático-jurídica, em respeito, insisto, aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*.

É como voto.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Agravo de instrumento - Execução - Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Desvio de finalidade e confusão patrimonial - Ocorrência - Prova - Agravado - Inclusão no polo passivo da demanda

Ementa: Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica nos autos da execução. Possibilidade. Prova da existência do desvio de finalidade e da confusão patrimonial. Inclusão do titular de firma no polo passivo da execução. Recurso provido.

- O STJ admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da execução, sem necessidade de propositura de ação autônoma.

- Para que seja ordenada a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é indispensável que a

parte exequente comprove o desvio de finalidade da empresa ou a confusão patrimonial entre esta e os sócios, ônus de que desincumbiu o agravante.

- Deferida a desconsideração da personalidade jurídica, necessária se faz a inclusão do atingido pela medida no polo passivo da demanda.

- V.v.: - Execução. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora. Acesso ao patrimônio dos sócios. Necessária observância do devido processo legal, do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa.

- Para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa executada, não se exige a instauração de um processo autônomo à execução, mas é recomendável a sua autuação em separado, para que seja apreciado de modo incidental, por envolver questão incidente ao processo executivo, em que deve haver a indispensável citação da devedora e de seus nomeados e qualificados sócios para virem acompanhar, querendo, a cognição, que visa, ao final, após provados seus pressupostos, sujeitar a constrição, se não honrado o débito pelo pagamento, o patrimônio individual do sócio e terceiro, mesmo porque se deve garantir às partes a mais ampla instrução probatória para aplicação da *disregard doctrine*, sem o que restarão violados os princípios da inviolabilidade da propriedade, do devido processo legal e do contraditório, além de não garantir às partes o direito fundamental da ampla oportunidade de defesa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0480.06.090819-5/001 - Comarca de Patos de Minas - Agravante: Inês Queiroz Silva - Agravado: Fabrício Macedo de Melo - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

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, em REJEITAR AS PRELIMINARES, À UNANIMIDADE, E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2010. - Marcos Lincoln - Relator.

DES. MARCOS LINCOLN (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Inês Queiroz Silva contra a r. decisão de f. 77-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, que, nos autos da ação de execução movida pela agravante em face de Fabrício Macedo de Melo - ME, indeferiu pedido de desconsideração da personalidade

jurídica do executado, ora agravado, e penhora das contas bancárias da pessoa física Fabrício Macedo de Melo.

Nas razões recursais (f. 02/14-TJ), sustentou, em síntese, a necessidade de reforma da decisão hostilizada, forte no argumento de que

[...] o desvio de finalidade encontra-se flagrantemente no próprio fato jurídico que gerou esta demanda, ou seja, a empresa emitiu o cheque sem fundos, objeto desta ação, intencionalmente a fim de frustrar a execução, uma vez que nesta data a empresa já se encontrava inativa e insolvente! (sic, f. 08-TJ).

Afirmou que no caso dos autos estaria comprovado que o sócio da empresa agravada contribuiu para a ocorrência do ilícito, o que permitiria a desconstituição da personalidade jurídica do executado/agravado.

Alegou que a emissão de cheque sem provisão de fundos seria ato ilegal, sendo punível, inclusive, na esfera penal. Ressaltou, ainda, o entendimento jurisprudencial no sentido de que caberia responsabilização do sócio-gerente, conjuntamente com a empresa, pelo pagamento do débito.

Com essas considerações, pediu que fosse dado provimento ao recurso, reformando-se a decisão hostilizada, deferindo-se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica do agravado, para que o seu representante legal figurasse no polo passivo da execução.

Decisão do Relator às f. 88/89-TJ, determinando fosse oficiado o Juiz *a quo* e intimado o agravado para contrarrazões.

Informações pelo Juízo *a quo* à f. 94-TJ, mantendo a decisão agravada.

Contraminuta de agravo às f. 96/102-TJ, alegando preliminares de ausência de requisito de admissibilidade e inadequação da via eleita. No mérito, pugna o agravado pelo indeferimento do recurso.

Tendo em vista a juntada de documentos pelo agravado, à f. 183-TJ determinou-se a abertura de prazo de vista para o agravante, tendo o agravante se limitado a reiterar as razões de recurso (f. 186/200-TJ).

Esse o relatório.

Decido.

O recurso é próprio e tempestivo, estando o preparo comprovado à f. 83 do instrumento, razão pela qual conheço do agravo.

Passa-se à análise pontual das alegações da agravante.

Da preliminar de não cumprimento do disposto no art. 526, CPC.

O agravante cumpriu o art. 526, CPC, na sua literalidade, visto que cuidou de juntar aos autos do processo a petição de interposição do recurso (contendo a relação de documentos que instruíram o agravo) juntamente com o protocolo de sua interposição. Tal é comprovado não só pelas informações prestadas pelo Juízo

a quo (f. 94-TJ), como também pelos documentos juntados pelo próprio agravado (f. 174/176-TJ). No mais, a juntada da petição de agravo aos autos do processo tem dupla finalidade: permitir a retratação pelo Juízo prolator da decisão recorrida, bem como permitir o exercício de defesa, não havendo comprovação de prejuízo de nenhuma dessas finalidades no presente caso.

Dessarte, rejeito a preliminar.

Da inadequação da via eleita.

Não há qualquer óbice legal ao pedido incidental de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução, sendo despiciendo o ajuizamento de procedimento cognitivo próprio para resolver a questão. Nesse sentido, é a jurisprudência majoritária no STJ (Precedentes: REsp 521.049-SP, DJ de 03.10.2005; REsp 598.111-AM, DJ de 21.06.2004; RMS 16.274-SP, DJ de 02.08.2004; AgRg no REsp 798.095-SP, DJ de 1º.08.2006 e REsp 767.021-RJ, DJ de 12.09.2005. REsp 331.478-RJ), sendo aqui colacionado julgado ilustrativo:

Civil. Locação. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Cabimento. Súmula 7/STJ. Divergência jurisprudencial. Cotejo analítico. Falta. Similitude fática. Falta.

I - 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.

II - Todavia, se o col. Tribunal a quo entende suficientes as provas colacionadas aos autos para caracterizar a confusão patrimonial, infirmar essa conclusão demandaria o reexame do conjunto fático probatório (Súmula 7/STJ).

III - Não se conhece do recurso pela divergência, se o recorrente descuida-se do necessário cotejo analítico, deixando de demonstrar as teses apontadas como contraditórias e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, e se, além do mais, os vv. acórdãos-paradigmas não guardam similitude fática como o aresto recorrido. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 798.095/SP - Relator: Min. Felix Fischer - Quinta Turma - j. em 06.06.2006 - DJ de 1º.08.2006, p. 533).

Sendo assim, rejeito a preliminar.

Do mérito.

A questão controvertida diz respeito à possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, impondo-se, para tanto, averiguar se estão presentes os requisitos que ensejam a medida.

Aplica-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica quando constatada a ocorrência de fraude na execução, dissolução irregular de sociedade, encerramento das atividades da pessoa jurídica provocada, confusão patrimonial e outras situações semelhantes em que é verificado o intuito de violar a lei.

Na lição do emérito mestre Sílvio de Salvo Venosa,

Quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir as suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo (*Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 300).

O novo Código Civil, em seu art. 50, positivou o referido instituto:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Do conceito legal retiram-se os pressupostos necessários ao deferimento da desconsideração, quais sejam: abuso da personalidade jurídica; requerimento da parte ou do MP; e restrição dos efeitos a relações obrigacionais determinadas.

O primeiro requisito, abuso da personalidade jurídica, pode surgir de duas situações: desvio de finalidade ou confusão patrimonial. O desvio de finalidade ocorre, segundo assevera Eduardo Viana Pinto, “quando a pessoa jurídica fugir, afastando-se, apartando-se, desviando-se, enfim, de seus objetivos ou finalidades contratuais ou estatutárias” (*Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: Forense, 2003, p. 79). E continua lecionando que o desvio de finalidade se consubstancia em um espaço extremamente amplo, abrangendo:

[...] qualquer ato revestido de abuso de direito, excesso de poder, de infração da lei, da prática do fato ou ato ilícito e assim por diante [...]. Da mesma forma qualquer óbice, manobra, expediente ou qualquer fato impeditivo que possa vir a atingir seus propósitos sociais pode, por igual, constituir-se em abuso de personalidade jurídica, caracterizando-se a figura do desvio de finalidade.

A outra espécie de abuso da personalidade jurídica, a confusão patrimonial, ocorre quando, a despeito da regra do art. 1.024 do CC, o patrimônio da pessoa jurídica se mistura com o dos sócios, impedindo o estabelecimento de uma baliza que permita visualizar a distinção sobre a titularidade de um conjunto de bens. O mesmo Eduardo Viana Pinto leciona que:

A fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção do instituto da desconsideração, não são suficiente a existência de indícios

ou presunções, porque se cuida de uma excepcionalidade, que demanda prova inconteste. Só a prova provada, de forma irrefutável, comprovada à evidência, inconteste da prática da fraude ou abuso de direito, autoriza aplicação, em caráter excepcional, da desconsideração da personalidade jurídica. Índícios, presunções, dúvidas, suspeitas, interesses econômicos momentâneos e menos graves não bastam, como é curial (*Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: Forense, 2003, p. 23).

No caso dos autos, não há dúvidas de que presentes tanto o desvio de finalidade quanto a confusão patrimonial.

Em relação a esta última, é certa a mistura de patrimônios, haja vista que a pessoa natural do empresário se confunde com a sua pessoa comercial (firma), havendo, portanto, apenas um patrimônio.

Quanto ao desvio de finalidade ou abuso de direito, sua demonstração também é flagrante, visto que o próprio agravado, ao pugnar pela assistência judiciária, peticionou nos autos do processo (f. 79-TJ), aduzindo que se encontrava com atividades encerradas “desde 2005, sem a obtenção de quaisquer formas de renda ou receita, conforme declaração do contador responsável (doc. anexo)” (sic).

Ora, se o agravado estava com atividades encerradas desde dezembro de 2005, sabedor que de não tinha nenhuma fonte de renda sob sua firma individual, como considerar de boa-fé o contrato e cheque por ele formalizados em 23 de agosto de 2006 (f. 22-TJ)? A resposta é simples: penso utilizar o agravado da sua pessoa comercial como “escudo” protetor de futura responsabilidade patrimonial, em flagrante má-fé contratual, uma vez que ele próprio declara a dissolução irregular da empresa individual ao menos 05 meses antes da emissão do cheque.

Por todos esses motivos, a desconsideração se mostra mais que indispensável.

Portanto, a decisão agravada mostra-se em descompasso com a realidade demonstrada nos autos, sendo seguro afirmar a existência de confusão patrimonial, abuso de direito e desvio de finalidade, que, com a presença inequívoca dos demais requisitos autorizadores do instituto do *disregard of legal entity*, autorizam a desconsideração da personalidade jurídica do executado, a fim de que seja atingido o seu patrimônio particular na responsabilização da dívida ora em execução.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e dou provimento ao agravo para reformar a decisão recorrida, deferindo o pedido de desconsideração da personalidade jurídica do agravado, a fim de que a pessoa física de Fabrício Macedo de Melo seja atingida pela presente execução. Para tanto, deverá Fabrício Macedo de Melo ser incluído no polo passivo da ação de execução, através de regular citação, medida a qual, desde já, determino.

Custas, pelo agravado.

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Inês Queiroz Silva nos autos da ação de execução que move contra Fabrício Macedo de Melo - ME, contra a r. decisão que indeferiu pedido da exequente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, ora agravada, para penhorar valores de contas bancárias da pessoa física Fabrício Macedo de Melo, sócio-administrador.

No caso em julgamento, verifico que o douto Relator, em seu judicioso voto, dá provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, deferindo o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, a fim de que a pessoa física de Fabrício Macedo de Melo seja atingida pela execução, passando a figurar no polo passivo da demanda.

No entanto, vejo que indeferiu, pela r. decisão agravada, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, visto que, segundo a fundamentação, não houve comprovação das condições impostas pelo art. 50 do Código Civil.

Apesar de o douto Magistrado monocrático reconhecer que, por se tratar de firma individual, cuja responsabilidade é ilimitada, tendo em vista se confundirem a pessoa do sócio com a pessoa jurídica, sendo, portanto, possível a aplicação da *disregard doctrine*, não considerou provado o desvio de finalidade, ou abuso de direito, ou excesso de poder, ou infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, por má-fé da pessoa física.

Cabe ressaltar que, conforme consta nos autos de f. 104/107, paira a alegação de nulidade do título executado por ser de origem duvidosa o negócio subjacente que o gerou, posto isso em arguição nos embargos oferecidos pelo executado, ainda em instrução. Por essas alegações já se vê a necessidade de dilação probatória mais acurada acerca da questão.

Existem indícios fortes que justificariam a excepcional medida da desconsideração da personalidade jurídica da parte devedora, porém não há certeza. Portanto, deve ser ofertada não só à empresa devedora, mas também ao sócio-administrador, que passará a sofrer a constrição executiva, a oportunidade para contrariar o pedido, para ofertar defesa, no exercício do contraditório e da ampla defesa, o que lhe é assegurado pela Constituição Federal.

Ao que se vê dos autos, o pedido foi formulado na própria ação de execução, e não desafia ação própria para cumprir com o permissivo legal, sendo, entretanto, recomendável, até mesmo para evitar tumulto no processo, em sendo matéria estranha à normalidade da execução e até mesmo dos embargos de devedor, que se processe de modo incidental - como se extrai da própria jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça trazida pelo ilustre Relator, em procedimento autônomo, em separado, para que, instruído o incidente, tenha

condições de avaliar a presença das condições que autorizam despersonalizar a personalidade jurídica de empresa devedora para atingir, com a constrição, o patrimônio de seu sócio, não havendo como deduzir de indícios somente a sua existência, uma vez que, nos termos do art. 333 do CPC, pela divisão do ônus da prova, ao autor do pedido compete provar o fato constitutivo do seu direito (inciso I) e ao réu, em sua afronta, a existência do fato impeditivo, extintivo, modificativo do direito do autor (inciso II).

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica entre nós teve a sua origem em construção doutrinária, mas veio a se consolidar, por império da lei, e, através de ato legislativo de natureza cogente, passou a integrar o nosso sistema jurídico com o advento do Código de Defesa do Consumidor, estando hoje consolidada também no art. 50 do Código Civil, que busca conceituar e oferecer os contornos do instituto dentro de uma interpretação sistemática, daí sendo retirados os princípios e os valores jurídicos que orientaram a adoção e hoje regem a aplicação da *disregard doctrine* em nosso direito positivo.

Tal desconsideração é a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica.

Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial da empresa e de seus sócios, sendo uma exceção a desconsideração da personalidade. Apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração e sacrificar a autonomia patrimonial.

Dito isso, destaca-se que o art. 50 do Código Civil e o *caput* do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor enumeram as hipóteses nas quais é cabível a desconsideração da personalidade jurídica.

A primeira hipótese de desconsideração é o abuso de direito, que representa o exercício não regular de um direito. A personalidade jurídica é atribuída visando determinada finalidade social, e, se qualquer ato é praticado em desacordo com tal fim, causando prejuízos a outrem, tal ato é abusivo e, por conseguinte, atentatório ao direito, sendo a desconsideração um meio efetivo de repressão a tais práticas.

Na sequência, os Códigos referem-se ao excesso de poder, que diz respeito aos administradores que praticam atos para os quais não têm poder. Ora, os poderes dos administradores são definidos pela lei, pelo contrato social ou pelo estatuto, cuja violação também é tida como hipótese a permitir a desconsideração. Assim, podemos reunir em um grupo o excesso de poder, a violação ao contrato social ou ao estatuto, a infração à lei e os fatos ou atos ilícitos.

Por fim, mencionam os textos legais que regem a matéria os casos de falência, insolvência, encerramento das atividades provocado por má administração, que é a conduta do administrador eivada de erros, por desatender às diretrizes técnicas da ciência da administração.

Dessa forma, sendo a desconsideração uma forma de limitar e coibir o uso indevido da pessoa jurídica, diante da presença de indícios de sua ocorrência, como neste caso se pode verificar, necessária se faz a adoção de um meio processual apto a permitir a verificação de seus pressupostos, antes de se processar a constrição em bens de quem não integra a execução, é terceiro, visto violar o princípio constitucional de respeito à propriedade, através da instalação de um incidente que permita uma análise distinta e completa do objeto cognoscível, buscando-se o maior grau possível de certeza, privilegiando-se o valor segurança jurídica e o direito ao contraditório e à ampla defesa, em procedimento estanque do processo de execução, que se circunscreve e se compõe somente com o pleito executório, vazado em título extrajudicial, seguindo a citação e penhora, avaliação, arrematação e a satisfação do crédito, sendo a ele estranhos, na forma prescrita no Código de Processo Civil, os embargos do devedor, como os embargos de terceiro, ou os embargos à arrematação e outros incidentes.

Conforme ensinamento de Vicente Greco Filho:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável (*Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2, p. 90).

A ampla defesa significa que se deve dar a todos, isto é garantir a mais ampla possibilidade de defesa e, como bem ressaltado por Rui Portanova:

[...] não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático (*Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125).

Milton Paulo de Carvalho, em artigo colacionado na obra *Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira* - São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 905-909, enfatiza a necessidade da observância de um procedimento formal para empreender por decisão judicial, pela sua natureza, a desconsideração da personalidade jurídica, seja por processo autônomo, seja por incidente do processo, seja

ainda por processo incidental, visto que não se pode atribuir ao sócio a condição de responsável por dívida da empresa e, portanto, sujeitá-lo ao pagamento e até mesmo à penhora, sem antes ofertar-lhe uma oportunidade de defesa, que necessita de um tratamento adequado no plano processual, a respeito da efetividade da prestação jurisdicional e garantia aos princípios fundamentais, lecionando:

Não prevendo a lei de processo o *modus procedendi* para a desconsideração da personalidade jurídica, fica ao elevado alvedrio do magistrado condutor do feito estabelecer regras adequadas que resguardem os direitos fundamentais da pessoa jurídica e seus integrantes [...].

É imprescindível o pedido da parte, sendo até redundante a disposição do Código Civil ao exigir '[...]' requerimento da parte ou do Ministério Público [...]', porquanto sem o pedido viola-se o princípio da iniciativa da parte, ou inércia da jurisdição, consagrado nos artigos 2º e 128, entre outros do CPC; como imprescindível é que tanto a pessoa jurídica como todos os seus sócios sejam intimados nas pessoas de seus procuradores judiciais para responderem à arguição e produzirem as provas que entenderem necessárias, inclusive a pericial, se couber.

E, concluindo o seu trabalho, obtempera o ilustre articulista com total propriedade:

Com todo o respeito às opiniões diversas, a nós nos parece abominável e repugnante, porque agride o dever de respeito à dignidade humana proclamado pela Constituição da República, a desconsideração, de ofício, pelo juiz, da personalidade jurídica para a imposição de gravames como a penhora dos bens particulares de sócios, ou deliberada sem audiência destes, com ofensa ao direito de resposta. Atos deste jaez constituem condenáveis arbitrariedades.

Conforme referido, precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça têm-se orientado no sentido de admitir o pedido de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da execução, dispensando a propositura de ação em separado; mas, como o próprio eminente Desembargador Relator faz questão de expressamente citar em destaque o AgRg no REsp 798.095/SP, da relatoria do Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 06.06.2006, DJU - 1º.08.2006, "dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente, desde que verificados os pressupostos de sua incidência".

Desse entendimento, verifico que o colendo Superior Tribunal de Justiça, assim como o extinto egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, não têm afastado, estando a chancelar, o posicionamento de que a existência do contraditório é indispensável, como se vê dos seguintes arestos:

Administrativo e processual civil. Agravo regimental. Ação civil pública. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Fraude em contratos de *leasing*. Sócio.

Responsabilidade solidária. Decretação de indisponibilidade e sequestro de bens. Considerações genéricas. Ausência de fundamentação. - A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação (AgREsp 422.583/PR - Relator: Min. José Delgado - pub. em 20.06.02).

Falência. Sociedade por cotas. Decretação da indisponibilidade dos bens de ex-sócios. Possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade se no curso do processo se apurar que houve prática de atos violadores de administração, assegurando-se ao ex-sócio o direito de ampla defesa (REsp 282.266/RJ - Relator: Min. Ari Pargendler - pub. em 18.04.02).

Execução. Pessoa jurídica. Penhora sobre bens dos sócios. Desconsideração da pessoa jurídica.

- A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, fraudulentos ou abusivos, caso em que deverá o juiz, independentemente de requerimento de qualquer das partes, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para suspender os efeitos da separação patrimonial. *In casu*, impossível se torna autorizar que a penhora recaia sobre bens particulares dos sócios, em virtude da insuficiência de prova do ato abusivo ou ilegal que possa legitimar a adoção da penhora, em desconsideração de sua personalidade jurídica. Atribui-se a litigância de má-fé à parte cuja conduta se encontra aparelhada com as condições estabelecidas no art. 17 do Código de Processo Civil, registrando-se que os textos legais que se referem a esse instituto devem ser interpretados com cautela, para que o rigor excessivo na aplicação das sanções legais não culmine por inviabilizar o verdadeiro acesso à justiça.

- V.v.: - Não sendo localizados bens integrantes do patrimônio da pessoa jurídica, impossível se torna autorizar que a penhora recaia sobre bens particulares dos sócios, com a invocação da desconsideração da pessoa jurídica, em virtude dessa medida extrema depender de provas e contraditório, não afetos ao procedimento específico estabelecido à cobrança forçada (Ag 314.320-2 - TAMG - Relatora: Des.ª Jurema Brasil Marins - j. em 23.08.2000).

Com efeito, na análise do processo, correto se me apresenta o posicionamento do ilustre Relator, quando aceita o pedido nos autos da execução e determina a citação do sócio, mas não comungo do seu entendimento, *data venia*, quando permite a constrição de seus bens, após ser citado, uma violência judicial ao seu patrimônio particular, isto é, impondo a terceiro a condição de devedor de uma obrigação a que não se obrigou pessoalmente.

Ademais, o entendimento de que na fase de embargos à execução lhe será garantido o direito ao contraditório é por demais enganoso, se não tecnicamente desastroso, uma vez que não é devedor, e os embargos à execução constituem a defesa do devedor e devem-se fundar preferencialmente nos fatos prescritos no art. 741 do CPC.

Observa-se, ainda, que não pode, liminarmente, o sócio da empresa devedora ser compelido ao pagamento da dívida por outro ente contraída, como à constrição, ato executivo que lhe agride o patrimônio, sem a prévia definição judicial de sua responsabilidade, e, enquanto não devedor, a penhora afronta-lhe a individualidade do seu direito, e, como estranho à execução, nem sequer pôde se defender uma vez que dela não foi parte.

Nesse sentido, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Embargos à execução de multa cominatória. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir empresa que não foi parte na ação anterior. Impossibilidade. - Nula, a teor do art. 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido (REsp 347524/SP - Relator: Min. Cesar Asfor Rocha - DJ de 19.05.2003, p. 234).

Ementa: Ação declaratória de negatividade de débito. Nulidade e desconstituição de título. Inexistência de obrigação de pagar. Desconsideração da personalidade jurídica. Devido processo legal. Prova. - A desconsideração da personalidade jurídica não se dá através de decisão interlocutória atendendo a mero pedido a respeito, sendo que a aplicabilidade desse instituto exige o devido processo legal e a demonstração dos fatos que deram origem ao pedido (Ag 1.0701.03.054913-6/001 - Relator: Des. Otávio Portes - pub. em 29.02.2008).

Com efeito, a meu ver, o pleito contra o sócio, para o responsabilizar por obrigação da sua empresa, deve integrar uma lide acessória, a fim de lhe assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo qual deve ser atuado em separado, para dele conhecer, após cognição, incidentalmente.

Assim, processado e decidido o incidente, em havendo decisão que desconsidera a personalidade jurídica da empresa devedora, deixará o sócio a condição de terceiro e será devedor, quando deverá integrar o polo passivo da execução e dela ser parte, e aí, primeiramente, como devedor, lhe ser garantida a oportunidade de satisfazer o débito exequendo; e, não o fazendo, aí sim, sofrer a constrição.

Com a devida vênia, reitero que, para que aconteça a constrição, arranque-se e arrecade-se do patrimônio de sócio da devedora bens suficientes para a satisfação do débito da pessoa jurídica, devem ser observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, para comprovação dos requisitos insculpidos, quer no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, quer no art. 50 do Código Civil, resguardando o direito tanto do exequente, quanto da

empresa executada e de seu sócio, à prova necessária das condições previstas em lei para ser desconsiderada a personalidade jurídica da devedora, com garantia dos princípios insculpidos na Constituição, sem o que se torna imprestável aos fins a que se propõe e autorizados por lei.

Nesse esteio, deve ser mantido na execução o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, diante dos indícios relatados nos autos, sendo necessário, a meu ver, em face da garantia do direito ao contraditório e da ampla defesa, por força do foro constitucional, que se abra no juízo de origem o incidente processual, em separado, já havendo citado a empresa devedora, faça a citação de seu sócio para dele vir, querendo participar, oferecendo a todas as partes a oportunidade de demonstrar as condições para acatamento ou não do pedido, através do lícito exercício da garantia do devido processo legal, pelo que entendo acoadado, *data venia*, decidir-se pelo acatamento do pedido, agredindo o patrimônio alheio, sem verificar e apontar no *decisum* a existência objetiva das condições previstas na lei de regência para impor aquela medida de caráter excepcional.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, com extensão ao entendimento do ilustre Relator, para determinar que se proceda à abertura de um procedimento separado, que busque apurar os requisitos da pretendida desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, para o qual devem ser chamados a empresa devedora e o seu sócio administrador, mantendo o pedido da agravante de desconsideração da personalidade jurídica tal como requerido na execução, para que, após assegurar e garantir às partes, incidentalmente, o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de uma regular instrução, então decidir por acatar ou não o pedido e, aí sim, determinar, em cumprimento à sentença, a integração do sócio no âmbito da execução, como parte devedora, em não havendo pagamento do valor dele exigido, realizar a penhora de bens da empresa ou de seu sócio administrador, para garantir a execução.

DES.ª SELMA MARQUES - A decisão proferida pelo eminente Relator, nestes autos, vai ao encontro de inúmeras outras por mim proferidas em casos idênticos. Acompanho S. Exa.

- Presidente - Agravo de Instrumento Cível nº 10480060908195001, Patos de Minas: "PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO PROVIDO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL".

...

Ação declaratória - Cargo comissionado - Nepotismo - Recomendação - Interesse de agir configurado

Ementa: Recurso de apelação. Ação declaratória. Cargo comissionado. Nepotismo. Recomendação. Exoneração. Interesse de agir configurado.

- As ações declaratórias objetivam a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento.

- O interesse de agir advém da necessidade de se obter, por intermédio do processo, a proteção ao interesse substancial, de satisfazer um direito, seja de ordem material ou imaterial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.09.092179-6/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Alan Morethson Chaves - Apelado: Município São João del-Rei, Câmara Municipal de São João del-Rei - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Moreira Diniz, 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 2010. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Alan Morethson Chaves.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Alan Morethson Chaves contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei, que, nos autos da ação declaratória com pedido de liminar de antecipação de tutela, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Inconformado, o apelante alega, em síntese, que o interesse de agir está devidamente comprovado, tendo em vista os diversos ofícios do MP, e, principalmente, após a recomendação em que o MP recomenda ao Prefeito Municipal a exoneração do apelante, no prazo de 10 (dez) dias; que não existe nenhum grau de parentesco entre o apelante e a autoridade nomeante do cargo em comissão no Instituto Municipal de Previdência; que a Súmula Vinculante nº 13 veda a

nomeação de parente de servidor investido em cargo em comissão para o exercício de cargo no âmbito da mesma pessoa jurídica; que sua genitora é assessora jurídica da Câmara Municipal e o apelante ocupa cargo comissionado em autarquia municipal; que as pessoas jurídicas às quais pertencem o apelante e sua genitora são distintas, visto que não existe vínculo hierárquico ou subordinação entre o Município e a Autarquia IMP; que sua nomeação obedeceu aos requisitos legais. Requer seja reformada a sentença, bem como seja o apelado condenado nas custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Contrarrazões apresentadas às f. 153/154 e 157/158.

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos legais de admissibilidade.

Inicialmente, é de se ressaltar que as ações declaratórias objetivam a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento.

Insta salientar, ainda, que, nas ações declaratórias, na maioria das vezes, o interesse de agir se confunde com o próprio mérito da causa.

O interesse de agir consubstancia-se na necessidade do provimento jurisdicional, demonstradas por pedido idôneo lastreado em fatos e fundamentos jurídicos hábeis a provocar a tutela do Estado. Advém da necessidade de se obter, por intermédio do processo, a proteção ao interesse substancial, de satisfazer um direito, seja de ordem material ou imaterial.

Oportuna, a doutrina de José Joaquim Calmon de Passos:

Interesse é a relação que se estabelece entre uma necessidade e o bem que pode satisfazê-la. Seja necessidade de ordem material, seja necessidade imaterial (moral, psicológica, intelectual, espiritual, etc.). Se a obtenção desse bem da vida que se persegue para satisfação de uma necessidade tem a proteção do direito, diz-se que há interesse jurídico. Este é o interesse chamado primário ou de direito material, que existe anteriormente ao processo e se pretende seja satisfeito por meio do processo, mas cuja satisfação não será oferecida com o processo e sim com o bem da vida que, negado pelo obrigado, foi coativamente obtido e entregue pelo Estado-Juiz, em sua atividade jurisdicional, a quem se afirmava e foi reconhecido com direito a ele (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 224).

Pois bem.

Verifica-se que o MM. Juiz *a quo* extinguiu o processo, ante a carência de ação por falta de interesse de agir, já que entendeu que:

[...] o autor, ora apelante, fora nomeado para cargo em comissão, podendo ser exonerado a qualquer momento, independentemente de motivação e de processo administrativo.

[...].

De outro lado, o ato do Representante do Ministério Público,

que deu azo à pretensão deduzida neste processo constitui-se numa recomendação. No caso dos autos, conforme ensina De Plácido e Silva, recomendação não tem sentido de instrução, indicando a forma como se 'deve praticar ou executar o ato' (Forense, 1998, p. 680). Não constitui, pois, a recomendação, nenhuma obrigação imposta, mas uma orientação no como proceder.

Assim, não há que se cogitar da nulidade do aludido ato do Ministério Público, e muito menos em declarar quanto à inexistência de nepotismo para o caso dos autos.

Ora, tenho que a sentença primeva não merece prosperar, pois, na hipótese dos autos, a extinção do processo ante a carência de ação, por falta de interesse de agir, a meu ver, não tem sustentabilidade jurídica, pois, como dito acima, nas ações declaratórias, na maioria das vezes, o interesse de agir se confunde com o próprio mérito da causa.

Com efeito, verifica-se que a presente ação tem como objetivo precípuo a declaração da situação na qual se encontra o apelante, ocupante de cargo comissionado em autarquia estadual, e sua genitora, ocupante de cargo comissionado na Câmara Municipal.

Outrossim, é de se ressaltar que o interesse de agir está comprovado, visto que, conforme o Ofício de nº 455/2009/3ªPJ/SJDR - Recomendação de f. 42-44, o ilustre Promotor de Justiça recomendou que, no prazo de 10 (dez) dias, fosse efetuada a exoneração do atual Diretor do Instituto Municipal e Previdência - IPM, Sr. Alan Morethson Chaves, ora apelante, uma vez que é filho da assessora jurídica da Câmara Municipal de São João del-Rei, configurando-se, dessarte, a prática de nepotismo cruzado.

Sendo assim, razão assiste ao apelante, já que nítido o seu interesse de agir acerca da declaração, ou não, de seu direito de ocupar o cargo de Diretor do Instituto Municipal de Previdência - IPM.

A propósito, leciona Moacyr Amaral Santos que:

O direito de agir, direito de ação, já o dissemos, é distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário.

Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais (*Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 172).

Sobre o tema, também vale transcrever a valiosa lição de Humberto Theodoro Júnior, in *Curso de direito processual civil*, v. 1:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela 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.

Nesse contexto, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença de primeiro grau, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para o devido processamento.

Custas, na forma da lei.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Consignação em pagamento - Depósito insuficiente - Improcedência do pedido - Não cabimento - Inteligência do art. 899, § 2º, do CPC - Extinção parcial da obrigação - Parte controversa da dívida - Seguimento do feito

Ementa: Consignação em pagamento. Depósito insuficiente. Extinção parcial da obrigação. Prosseguimento do feito. Parte controversa da dívida. Faculdade do credor. Art. 899, § 2º, do CPC.

- A insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não implica a improcedência do pedido, mas sim a extinção parcial da obrigação. O art. 899, § 2º, do CPC faculta ao credor promover a execução quanto à parcela controvertida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.05.107175-1/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Benedito Hélio de Aquino - Apelados: Banco Simples S.A., Supermercados Bretas Ltda. - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Cláudia Maia, incorpo-

rando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2010. - Cláudia Maia - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Benedito Hélio de Aquino contra a sentença proferida pela Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Varginha, Dr.ª Beatriz da Silva Takamatsu, que, nos autos da ação de consignação em pagamento ajuizada em desfavor de Supermercado Bretas Ltda. e Banco Simples S.A., julgou improcedente o pedido inicial.

Aduz o apelante que, nos termos do art. 899, § 2º, CPC, a insuficiência do depósito em ação de consignação em pagamento não importa na improcedência do pedido, mas na extinção parcial da obrigação, devendo o restante da dívida ser executada nos mesmos autos, com a formação do título executivo.

Busca o provimento do recurso, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ajuizou o requerente, ora apelante, ação de consignação em pagamento realizando o depósito da quantia de R\$ 700,00, referente à dívida histórica do cartão de crédito, afirmando que “encontra resistência em quitar o restante do débito, pois a empresa tenta cobrar-lhe juros e outros encargos absolutamente extorsivos”.

Em contestação, alegou o apelado que não houve recusa em receber o pagamento e, caso houvesse, seria justa, ressaltando que o débito, em 30.12.05, alcançava o montante de R\$ 10.731,53.

O pedido inicial foi julgado improcedente sob o fundamento de que, “[...] sem os depósitos da totalidade da dívida, não pode o autor se ver livre de sua obrigação”.

Recorre o apelante sustentando que, nos termos do art. 899, § 2º, do CPC, a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não importa na improcedência do pedido, mas na extinção parcial da obrigação, devendo o restante da dívida ser executada nos mesmos autos, com a formação do título executivo.

A irresignação recursal merece parcial provimento.

Com efeito, reconhecida pela sentença a insuficiência do depósito, o pedido de consignação deverá ser julgado parcialmente procedente, a fim de declarar o requerente liberado parcialmente de sua obrigação.

É o que estabelece o art. 899, §1º, do CPC:

alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conse-

qüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Ação de consignação em pagamento. SFH. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Afastamento da extinção do feito. Recurso improvido.

- Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada, que poderá ser futuramente complementada.

- Recurso improvido (AgRg no Ag 1041570 - Relator: Ministro Massami Uyeda - Data da publicação/Fonte DJe de 30.09.2008).

Direito processual civil. Recurso especial. Ação consignatória. Insuficiência do depósito. Obrigação parcialmente adimplida. Procedência parcial. Execução, nos próprios autos, do restante devido.

- O entendimento majoritário do STJ é no sentido de que a insuficiência do depósito em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido.

- Reconhecendo o juiz que a obrigação foi parcialmente adimplida, deve-se permitir ao credor o levantamento da quantia incontroversa e a execução, nos próprios autos da ação consignatória, do restante devido, em homenagem aos princípios da celeridade, da economia e da efetividade processuais.

- O Direito, enquanto sistema, deve ter no processo um instrumento de realização da justiça, tendente à pacificação dos conflitos sociais. Recurso especial não conhecido (REsp 663051 - Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi - Data da publicação/Fonte: DJ de 1º.02.2008, p. 474).

Processual. Consignação. Depósito. Levantamento. Extinção do feito sem julgamento do mérito. CPC, art. 899, § 1º. Aplicabilidade.

- O § 1º do art. 899 do CPC outorga ao réu, na ação de consignação, o direito de levantar, desde logo, a quantia depositada pelo autor, por se tratar de valor incontroverso. Isto porque a quantia oferecida é aquela que o autor reconhece como devida e, se o réu aceita recebê-la, é porque admite ser credor.

- O § 2º do art. 899 nada tem com o § 1º. Ele trata de sentença de mérito que constitui um título executivo em favor do credor demandado.

- Não faz sentido devolver à devedora quantia que ela mesma ofereceu em pagamento. Tal devolução obrigaria a credora a desenvolver desnecessário esforço de cobrança. Isso significa: a devolução instaurará lide em torno de controvérsia inexistente, fazendo *tabula rasa* da instrumentalidade das normas processuais (REsp 515976 - Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros - Data da publicação/Fonte: DJ de 17.12.2004, p. 519).

O procedimento especial da consignação em pagamento tem natureza dúplice, determinada pelo art.899, § 2º, do CPC, significando que o demandado poderá, na contestação, formular pedido em seu favor, pleiteando a condenação do demandante ao pagamento

do valor que lhe parece devido (compensado este, evidentemente, com aquilo que tiver sido depositado).

Efetuada o depósito e citado o réu, este poderá assumir três diferentes condutas: oferecer resposta, permanecer revel ou requerer o levantamento da quantia ou coisa depositada.

In casu, o apelado, sob a alegação de justa recusa, informou que o débito, em 30.12.2005, alcançava o montante de R\$ 10.731,53. No entanto, em momento algum formulou requerimento de levantamento da quantia depositada ou de condenação da parte contrária ao pagamento do valor que entende devido, pugnando, apenas, pela improcedência do pedido.

Em sendo assim, no tocante ao requerimento de prosseguimento do feito quanto à parte controversa da dívida, com a formação do título executivo, não vislumbro o interesse do devedor, sendo certo que, nos termos do art. 899, § 2º, CPC, ao credor é facultada a promoção da execução nos mesmos autos.

A propósito, o seguinte julgado do STJ:

Ação de consignação em pagamento. Insuficiência do depósito. Julgamento de improcedência. Art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil.

1 - Comprovado pelo juiz que os depósitos feitos foram insuficientes, ainda que considerados os cálculos apresentados pelos próprios autores, o resultado é de improcedência da consignatória, não havendo motivo algum para determinar a aplicação do art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil, levando-se em conta ser do interesse do credor a identificação do montante devido para fins de execução nos mesmos autos.

2 - Recurso especial conhecido e provido (REsp 598617 - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Data da publicação/Fonte: DJ de 26.09.2005, p. 358).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para declarar a extinção parcial da obrigação com relação ao montante depositado.

Expeça-se alvará para levantamento da quantia em favor do apelado.

Ante a sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes ao pagamento de metade das custas processuais, inclusive recusais, e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 400,00, permitida a compensação, ficando o apelante isento por estar litigando sob o pálio da assistência judiciária.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003 - Violação ao art. 43, inciso II - Omissão da família - Situação de risco - Medida de proteção - Art. 45, inciso V - Abrigo em entidade - Obrigação do Poder Público - Arts. 9º e 14 - Recurso não provido

Ementa: Agravo de instrumento. Medida de proteção ao idoso. Deferimento de liminar. Colocação de assistidos em abrigo adequado (asilo). Obrigação do Poder Público. Previsão na Lei Federal nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Situação de risco. Omissão da família. Decisão mantida.

- Mantém-se a decisão que impõe ao Município a obrigação de colocar idosos em condições de risco em abrigo adequado, por ser uma das medidas de proteção previstas na Lei nº 10.741/03, haja vista que uma das obrigações do Poder Público é a "proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade" (art. 9º).

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0114.09.117299-8/001 - Comarca de Ibitaré - Agravantes: Município de Ibitaré e outros - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, 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, 1º de junho de 2010. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em análise agravo de instrumento pelo Município de Ibitaré e outros contra a r. decisão de f.27/28-TJ, proferida nos autos da medida de proteção aos idosos Maria José Prado e José Faria Sobrinho, ajuizada pelo agravado, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que deferiu o pedido de liminar para determinar ao Município, por meio do setor de assistência social, a colocação dos assistidos em entidade voltada ao cuidado de idosos, pública ou privada, na comarca ou circunscrição vizinha, com acompanhamento de uma assistente social vinculada ao Creas,

no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

O agravante argumenta que não possui abrigos públicos ou particulares destinados ao atendimento de idosos, razão pela qual a imposição desse encargo acarretará prejuízo ao erário, por ser carente de recursos, aduzindo que há um único convênio destinado aos idosos, mas não se destina a abrigo, enfatizando que eles possuem casa própria e recebem aposentadoria de um salário-mínimo cada um, e essa obrigação é integralmente da única filha do casal, não se justificando a alegação de esgotamento.

Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso.

A MM. Juíza prolatora da decisão agravada informou que a manteve e o cumprimento da diligência prevista no art.526 do CPC.

Contraminuta pela negativa de provimento ao recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela negativa de provimento ao recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Cinge-se a controvérsia recursal em decidir sobre a manutenção ou reforma da decisão que determinou ao Município de Ibitaré, por meio de sua assistência social, a colocação dos idosos Maria José Prado e José Faria Sobrinho em entidade voltada aos seus cuidados, pública ou privada, na comarca ou circunscrição vizinha, com acompanhamento de uma assistente social vinculada ao Creas, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Depreende-se dos autos, especialmente do relatório social (f. 33/38-TJ), que esses idosos tiveram apenas a filha Shirley Ribeiro, que vive de seus proventos, única renda da família composta de cinco membros, cuja moradia própria não lhes oferece segurança, impedindo-os de transitarem livremente. E, ao argumento de esgotamento decorrente dos cuidados com os pais, essa filha solicitou abrigo para eles, sendo, ainda, denunciada por maus-tratos. E, nas visitas realizadas pela equipe do Creas - Centro de Referência Especializada da Assistência Social nos dias 31.08.2009 e 03.09.2009, foi-lhes relatado que a primeira assistida é portadora do mal de Alzheimer e o segundo apresenta comportamento inadequado, mas não têm acompanhamento geriátrico, e a única assistência médica é aquela oferecida, esporadicamente, pelo PSF. A cuidadora relatou, ainda, que a alimentação é inadequada, pois não costumam se alimentar de frutas, legumes, verduras, carnes e leite, e não fazem todas as refeições diárias, tampouco recebem todos os cuidados de higiene pessoal em sua ausência. E a equipe técnica concluiu que observaram indícios de negligência por parte da filha, contrariando o disposto nos arts. 3º e 4º do Estatuto do

Idoso, sendo relevante a intervenção do Ministério Público, pois estão em situação de fragilidade física e psíquica.

Diante desse contexto, a MM. Juíza Soraya Brasileiro Teixeira laborou com o costumeiro acerto, não merecendo reparos a decisão agravada.

O Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 - assegura a atenção integral à saúde dos idosos, garantindo-lhes "proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade" (art. 9º), obrigação imposta ao Estado.

Para a implementação dessa proteção, essa lei prevê o encaminhamento a abrigo adequado por ser uma das medidas de proteção aos idosos previstas em seu art. 45:

Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- V - abrigo em entidade;
- VI - abrigo temporário.

É o caso dos autos, porquanto há evidente violação àqueles direitos fundamentais dos assistidos, por omissão da família (inciso II do art. 43).

E, ao contrário das alegações do agravante, a decisão agravada somente o obrigou à implementação das medidas necessárias ao seu cumprimento, porque as despesas que advirão da colocação dos idosos em lar substituto ou asilo localizados no Município ou cidade vizinha serão custeadas pelos benefícios previdenciários que recebem do INSS. Para tanto, conforme consignado na decisão de f. 46-TJ, o casal constituirá mandatário, outorgando-lhe poderes para recebimento desse numerário, inclusive no tocante a pagamento de mensalidade de custeio de permanência em asilo, Vila Vicentina, casa de acolhida de idosos, dentre outros.

Isso porque essa lei especial também preceitua que as medidas de proteção ao idoso nela previstas considerarão os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, sendo essa a melhor decisão para o momento (art. 44).

Não fosse isso, o art.14 impõe ao Poder Público a obrigação de prover o sustento dos idosos, no âmbito da assistência social, se eles ou seus familiares não possuírem condições econômicas.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Curso de tecnologia em resgate e socorro - Ausência de regulamentação da profissão - Oferecimento do curso e exercício da atividade - Possibilidade - Alteração normativa superveniente - Proibição de atuar no atendimento pré-hospitalar - Danos sofridos - Culpa da instituição - Não cabimento - Dever de indenizar - Afastamento

Ementa: Indenização. Curso tecnológico de resgate e socorro. Regularidade de seu oferecimento no mercado. Superveniência de alteração normativa que impediu a graduada de atuar no atendimento pré-hospitalar. Ausência de conduta ilícita por parte da instituição de ensino. Dever de indenizar afastado.

- A ausência de regulamentação da profissão não torna indevido o oferecimento do curso tecnológico nem impede o exercício da atividade pelo profissional.

- Se a alteração normativa que impediu a atuação da autora na área pretendida foi superveniente à criação do curso, bem como ao seu ingresso na instituição ré, não há como imputar a esta qualquer responsabilidade pelos danos sofridos pela aluna.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.06.128046-9/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Regina Terezinha de Carvalho - Apelada: Unipac - Universidade Presidente Antônio Carlos - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Mota e Silva, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2010. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Versam os autos sobre ação de indenização ajuizada por Regina Terezinha de Carvalho em face de Unipac - Universidade Presidente Antônio Carlos, mantida pela Fupac, aduzindo haver frequentado, de fevereiro de 2002 a junho de 2004, o Curso Superior de Tecnologia em Resgate e Socorro na instituição ré, tendo sido informada de que o curso lhe possibilitaria exercer a profissão de socorrista, contudo, após a conclusão, não lhe foi possível encontrar emprego na área, já que a profissão não é regulamentada, não sendo também o curso tecnólogo aceito para participação em concursos públicos tais como o da Petrobras. Diz que a ré agiu com culpa ao lançar no mercado um curso cuja profissão não é reconhecida, causando-lhe danos de ordem material e moral, dos quais pretende se ver ressarcida.

Citada, a ré apresentou contestação às f. 66/88, arguindo preliminar de litisconsórcio passivo necessário do Estado de Minas Gerais. Afirma que o curso em tela foi aprovado pelo Conselho Estadual de Educação de Minas Gerais e reconhecido por decreto do Governador, estando, assim, em conformidade com a legislação em vigor. Diz que resolução do Conselho Federal de Medicina não tem o condão de limitar o livre exercício da profissão, sendo tal ato inconstitucional, esclarecendo que, na época da criação do curso e do ingresso da autora, aquele mesmo órgão reconhecia a profissão de socorrista e possibilitava sua atuação no atendimento pré-hospitalar. Sustenta estarem ausentes os requisitos da responsabilidade civil e requer a improcedência do pedido.

A preliminar de litisconsórcio passivo necessário foi rejeitada à f. 140, sendo objeto do agravo retido de f. 144/149.

Sentença proferida às f. 174/184, em que o MM. Juiz julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 5% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigar sob assistência judiciária.

Inconformada, Regina Terezinha de Carvalho interpôs apelação às f. 191/209, reiterando os argumentos expendidos na inicial. Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 222/226, requerendo a apreciação do agravo retido de f. 144 e a manutenção da sentença.

É o breve relato. Passo a decidir.

Recurso próprio e tempestivo, dispensado o preparo.

Agravo retido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em sua defesa, a ré pediu tanto a denúncia da lide ao Estado de Minas Gerais quanto sua inclusão como litisconsorte

necessário, sendo certo que apenas aquele primeiro pleito foi objeto do pedido de desistência.

O agravo retido interposto pela ré/apelada se volta contra a decisão que rejeitou a preliminar de litisconsórcio passivo necessário; e, uma vez proferida esta em audiência de conciliação, a lei não exige a interposição oral, razão pela qual conheço do recurso.

A insurgência não merece prosperar, tendo em vista que somente há litisconsórcio necessário caso “por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”, nos termos do art. 47, CPC.

Tal não é o caso presente, em que apenas se discute a ocorrência de ato culposo por parte da ré que torne presente seu dever de indenizar. Assim, eventual procedência do pedido não atingirá o Estado de Minas Gerais, o que torna desnecessária sua citação.

Diante disso, nego provimento ao agravo retido. Mérito.

Quanto ao mérito, observo que carece de razão a apelante.

O pedido indenizatório tem como fundamento a conduta da ré de lançar no mercado curso tecnológico cuja profissão não é regulamentada, o que teria impedido a autora de se empregar na área objeto dos estudos.

Não obstante, tem-se que os cursos tecnológicos ou tecnológicos, tais como o frequentado pela autora, são aqueles voltados para uma necessidade específica do mercado de trabalho, focados na prática e abrangendo as mais variadas atividades, as quais, por via de regra, não correspondem a profissões regulamentadas.

Contudo, a ausência de regulamentação da profissão não torna indevido o oferecimento do curso nem impede o exercício da atividade pelo profissional, não se verificando, no caso, qualquer irregularidade em sua criação e lançamento no mercado por parte da ré.

Até porque é incontroverso que o curso de Tecnologia em Resgate e Socorro obteve o devido reconhecimento do Governo estadual e que, na época de sua implantação, estava amparado pela Resolução nº 1.529/98, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a “normatização da atividade médica na área da urgência emergência na sua fase pré-hospitalar”, assim prevendo:

A-3. Socorrista - Indivíduo leigo habilitado para prestar atendimento pré-hospitalar e credenciado para integrar a guarnição de ambulâncias do serviço pré-hospitalar. Faz intervenção conservadora (não invasiva) no atendimento pré-hospitalar, sob a supervisão médica direta ou a distância, fazendo uso de materiais e equipamentos especializados.

3.3. Socorrista - Requisitos gerais - Escolaridade - 2º grau completo.

O que ocorreu foi que tal resolução veio a ser revogada pela Resolução do CFM nº 1.671, de 29 de julho de 2003, a qual passou a exigir a qualificação de

técnico em enfermagem para a atuação no atendimento pré-hospitalar.

Como o curso frequentado se destinava a um campo bem específico de atuação, a autora restou impossibilitada de se empregar na área objeto da graduação.

Como se vê, os danos sofridos pela autora decorreram da referida alteração normativa e, sendo ela superveniente à criação do curso, bem como ao ingresso da autora na instituição ré, não há como imputar à apelada qualquer culpa pelo ocorrido, mesmo porque a instituição não detém controle sobre os atos que serão editados pelos entes competentes.

Cabe ressaltar que, no acórdão citado pela autora em suas razões recursais, a culpa atribuída à instituição de ensino deveu-se ao reconhecimento de que falhou em seu dever de informação aos alunos. Contudo, tal não é o que se observa no caso presente, mesmo porque o pedido nem sequer foi fundamentado na falta de informação, mas sim na ausência de regulamentação da profissão.

No caso em apreço, quando da edição da nova resolução do CFM, a autora já havia cursado 3 dos 5 semestres que compunham sua grade, sendo certo que, conforme se depreende dos autos, houve reuniões e negociações com a instituição, a qual lhe oportunizou a transferência para o curso de Enfermagem, não tendo ela interesse em concluí-lo.

Assim, não é a ré responsável pelos danos sofridos pela autora, já que não se constatou qualquer conduta ilícita de sua parte.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença apelada.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Manifesto minha aquiescência com o voto do eminente Relator, Desembargador Mota e Silva, pelas razões que passo a expor.

A apelante, nas razões recursais, cita voto de minha lavra (Apelação Cível nº 1.0056.06.128045-1/001) sobre caso praticamente idêntico, no sentido de condenar a apelante ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da violação do dever de informar os alunos sobre a alteração substancial da regulamentação da profissão de socorrista.

Com efeito, este dever encontra-se insculpido no art. 31 do CDC:

Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Ora, se durante o período em que a apelante estava se graduando em Tecnologia em Resgate e Socorro ocorreu alteração substancial na regulamentação da profissão de socorrista, certo é que cabe à instituição de ensino comunicar a seus alunos, a fim de esclarecer-lhes acerca das condições do mercado profissional que os aguardava, até para fins de transferência ou desistência do curso.

Afinal, não se pode responsabilizar a apelada pela modificação superveniente da regulamentação da profissão, que não decorre de ato que lhe possa ser imputável, o que rompe o nexo causal.

No caso vertente, a própria apelante e as testemunhas relataram (f. 168/171) que foram realizadas reuniões para explicar a situação aos alunos e oferecer-lhes a oportunidade de cursar graduação em enfermagem, com dispensa das disciplinas já cursadas.

Dessarte, uma vez que não houve violação de um dever jurídico, não se fazem presentes os elementos básicos da responsabilidade contratual, razão pela qual se deve negar provimento à apelação.

DES. FÁBIO MAIA VIANI - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

...

Usucapião - Enfiteuse - Posse mansa e pacífica - Requisitos legais - Art. 1.238 do Código Civil - Atendimento - Domínio útil - Aquisição - Possibilidade - Laudêmio - Não pagamento - Óbice - Inexistência - Reserva da sua propriedade

Ementa: Apelação. Ação de usucapião de imóvel foreiro. Caracterização da posse mansa e pacífica. Requisitos legais preenchidos. Concessão do domínio útil. Possibilidade. Procedência parcial do recurso.

- Atendidos os requisitos legais do art. 1.238 do Código Civil, o usucapião deve ser concedido.

- Possível o usucapião do domínio útil de imóvel reconhecidamente foreiro.

- Na nova concepção do direito hodierno, necessária a análise da causa de forma criteriosa, com aproveitamento dos atos processuais quando possível, homeageando o princípio da economia processual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.04.139722-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Sívio Ribeiro e outra - Apelado: Manoel Neto de Souza, representado pelo curador - Relator: DES. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, 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, 24 de junho de 2010. - Lucas Pereira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Relatório.

Trata-se de ação de usucapião de imóvel foreiro ajuizada por Sívio Ribeiro e Iolanda Amâncio Ribeiro em face de Manoel Neto de Souza.

Alegaram os autores que residem no imóvel descrito na exordial há mais de 15 (quinze) anos, de forma mansa e pacífica, sem interrupção nem oposição, requerendo o domínio sobre o mesmo. Juntaram com a inicial a certidão do registro do imóvel que pretendem usucapir, imóvel este foreiro, constando como enfiteuta o réu desta ação.

Todos os confrontantes e interessados foram devidamente citados, tendo o Município de Uberlândia (f. 48/50), o Estado de Minas Gerais (f. 78/79) e a União (f. 54/55) manifestado não ter interesse no feito. Os confrontantes não se manifestaram.

O réu foi citado por edital (f. 32/33), sendo-lhe nomeado curador especial, que apresentou contestação (f. 71/74), alegando, preliminarmente, inépcia da inicial sob o argumento de que o imóvel que se pretende usucapir é foreiro, sendo necessária a citação do senhorio direto. No mérito, informa que os autores não comprovaram a posse mansa e pacífica e que, caso o Juízo entenda pelo acolhimento do pedido de usucapião, deverá ser conferido aos autores apenas o domínio útil do bem, já que este é foreiro, reservando a sua propriedade.

Depoimento pessoal dos autores e oitiva das testemunhas às f. 156/161.

O Ministério Público foi devidamente intimado (f. 163), manifestando a desnecessidade de sua intervenção no feito.

À f. 165, o Juízo primevo solicitou diligência ao Cartório de Registro de Imóveis, tendo sido acostados aos autos os documentos de f. 169/174 e 179/184.

Em sentença proferida às f. 188/191, o ilustre Juiz singular julgou improcedente o pedido inicial sob o argumento de que, embora a prova produzida nos autos tenha comprovado a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel que se pretende usucapir, os autores não teriam comprovado que exercem a posse do imóvel por força de enfiteuse, pois não estariam pagando o laudêmio. Entendeu ainda o MM. Juiz que os autores teriam pleiteado na ação o domínio direto do bem, o que não seria possível, razão pela qual o direito foi negado.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação (f. 193/197), afirmando, em apertada síntese, que requereram por meio desta ação apenas o domínio útil do bem a ser usucapido. Juntaram ainda aos autos o comprovante de pagamento do laudêmio no mês de abril de 2009.

Às f. 208/211, o réu apresentou contrarrazões, aduzindo que está de acordo com o pedido dos autores em relação à declaração do domínio útil do bem foreiro.

Em manifestação de f. 223, a douta Procuradoria-Geral de Justiça entendeu ser incabível a sua intervenção no presente feito.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo, sendo isento de preparo por estarem os autores sob o amparo da justiça gratuita.

Mérito.

Depreende-se dos autos que o bem objeto da ação se trata de imóvel foreiro, pertencendo a sua nua propriedade ao réu, conforme certidão de f. 06 dos autos. Importante registrar que o documento de f. 184 dos autos deixa clara a caracterização da enfiteuse sobre o bem descrito na exordial.

Os autores ajuizaram a ação de usucapião, pretendendo obter o domínio do imóvel com a inscrição no registro imobiliário. Inicialmente, não informaram especificamente na inicial se o domínio pretendido seria o domínio direto ou apenas o domínio útil. Contudo, após a contestação do réu, os autores deixam claro que pretendem por meio da ação o domínio útil do bem foreiro.

E, com relação ao domínio útil, entendo que este é possível com reserva da nua propriedade ao nu proprietário. Conforme vem decidindo a remansosa jurisprudência, *in verbis*:

O imóvel foreiro do patrimônio público pode ser objeto de usucapião, relativamente ao seu domínio útil, desde que este já se ache em poder de terceiro, particular, por direito de aforamento, permanecendo inalterada a situação da nua propriedade do Poder Público (*Jurisprudência Mineira*, 131/361).

Usucapião de direito real - Enfiteuse - Possibilidade de aquisição do domínio útil do imóvel foreiro - Precedentes do STF e STJ - Respaldo doutrinário - Recurso conhecido e

provido. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça entendem, de maneira pacífica, que, em se tratando de bem público, o usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro. O mesmo não sucede, porém, quando - e este é o caso dos autos - o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de nua proprietária. (Precedente do STF: RE nº 82.106, Relator Ministro Thompson Flores.) (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0000.00.259153-5/000, Relatora Des.ª Maria Elza, acórdão de 05.09.2002, p. em 22.11.2002.)

No caso dos autos, verifica-se dos depoimentos pessoais das partes (f. 156/157) que o imóvel foi dado pela filha do réu aos autores, residindo estes no local desde então, há mais de 15 anos. O depoimento das testemunhas de f. 158/161 segue a mesma linha, restando comprovada indubitavelmente a posse dos autores, exercida mansa e pacificamente, sem interrupção nem oposição, possuindo o imóvel como seus nos termos do art. 1.238 do CC.

Assim, verificam-se atendidos os requisitos previstos em lei, autorizando a sua pretensão aquisitiva, com base no novo Código Civil.

Restou demonstrado, ainda, que a posse se deu de modo contínuo, ininterrupto e sem impugnação, e, não obstante se tratar de terreno foreiro, têm os apelantes direito a usucapir o seu domínio útil, com reserva da nua propriedade ao réu.

Embora não tenham os autores formulado pedido específico de aquisição do domínio útil, o seu acolhimento não importa em violação ao art. 128 do CPC. Isso porque o deferimento do domínio útil não ultrapassará os limites do pedido formulado na inicial, pois se encontra abarcado por ele.

Data maxima venia, a decisão primeva de improcedência do pedido, tal como lançada, ao afirmar que os autores teriam pleiteado na ação o domínio direto do bem, não tendo formulado pedido de domínio útil, acaba por causar enorme prejuízo às partes, que não mais divergem quanto à questão exposta na lide, tendo inclusive o réu, em sede de contrarrazões, concordado com o pedido dos autores para a concessão do domínio útil do bem foreiro; e, caso mantida a sentença, haveria violação ao princípio da economia processual.

Consoante entendimento consolidado na 2ª Seção do STJ, em aresto da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

[...] o aproveitamento dos atos processuais, por sua vez, que não os decisórios, obviamente, estará submetido à avaliação do juiz que presidir o feito, fazendo as adaptações necessárias para que não haja prejuízo, concreto, às partes e, simultaneamente, não sejam repetidos os atos desnecessários, atentando contra a economia processual [...] (cf. Ag. Reg. no Ag. Reg. nº CC 21.168/RJ, DJU de 08.03.2000). Inteligência do art.113, § 2º, do CPC.

Por fim, entendo que a ausência do pagamento do laudêmio não implica óbice à concessão do domínio útil em imóvel foreiro, já que o nu proprietário tem resguardada a sua propriedade, podendo valer-se do seu direito, em ação própria, para cobrança do laudêmio efetivamente devido, observado o disposto no art. 2.038 do CCB.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, reformando a r. sentença para julgar parcialmente procedentes os pedidos dos autores, declarando a prescrição aquisitiva tão somente do domínio útil do imóvel, objeto da inicial, em favor destes, com a consequente transcrição no competente Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser ressalvada, no entanto, a permanência da sua propriedade sobre o domínio do réu.

Em face da sucumbência recíproca, deverão os autores arcar com 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais, inclusive recursais, ficando a cargo do réu os 50% (cinquenta por cento) remanescentes. Honorários advocatícios fixados na sentença em R\$ 1.000,00 (mil reais), na mesma proporção. Fica autorizada, desde já, a compensação dos honorários advocatícios nos termos do art. 21 do CPC e da Súmula nº 306 do STJ. Suspendo a exigibilidade de tais verbas por parte dos postulantes nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Cobrança - Seguro de vida - Prêmio - Pagamento atrasado - Cancelamento automático da apólice - Impossibilidade - Notificação prévia - Necessidade - Juros de mora - Taxa Selic - Substituição - Juros legais - Amortização de débito - Legalidade

Ementa: Cobrança. Seguro de vida. Prêmio. Atraso no pagamento. Cancelamento automático. Impossibilidade. Necessidade de notificação prévia. Legitimidade ativa. Juros. Taxa Selic. Substituição. Amortização de débito. Legalidade.

- A cláusula que permite a suspensão ou o cancelamento unilateral do seguro coloca a parte consumidora em manifesta situação de desvantagem, sendo, pois, considerada abusiva, nos termos dos incisos IV e XI, art. 51, do CDC.

- A ausência de adimplemento do prêmio não acarreta a imediata suspensão da apólice de seguro, uma vez que compete à seguradora proceder à notificação do segurado para a quitação das parcelas em atraso.

- Deve-se proceder à amortização do débito junto à instituição financeira antes do pagamento da indenização sob pena de enriquecimento indevido.

Primeira apelação não provida e segunda apelação parcialmente provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.08.143929-5/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelantes: 1^{os}) Júlio César de Siqueira e outra, 2^o) Banco Itaucred Financeira S.A. - Apelados: Banco Itaucred Financeira S.A., Júlio César da Siqueira e outra - RELATOR: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Pereira da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Recursos de apelação, que foram aviados por Júlio César de Siqueira, Thaís Caroline Corrêa Siqueira e pelo Banco Itaucred Financeira S.A., contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2^a Vara Cível da Comarca de Conselheiro Lafaiete.

A sentença julgou procedente a ação ordinária e condenou o réu ao pagamento da quantia de R\$ 3.000,00, deduzida do valor a parcela do prêmio que se encontrava em atraso (R\$ 4,00, em 10.03.2007), com correção monetária pela tabela da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais desde o ajuizamento da ação. Juros de mora pela taxa Selic desde a citação inicial.

E, por derradeiro, fixou os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformados, os autores apelam, às f. 143/145, afirmando a impossibilidade de amortização pela incoerência do valor cobrado, pois, se estava atrasada apenas em 8 dias a parcela no valor de R\$ 66,37, impossível a amortização de R\$ 3.200,00.

Afirmam que houve ausência de informação, pela apelada, no que tange à amortização de eventuais débitos.

O réu, também inconformado, recorre às f. 147/158, aduz preliminar de apreciação de agravo retido às f. 81/86.

No mérito, afirma que a cobertura do seguro é mensal. A estipulante/segurada quitou a parcela no dia 10.02.2007, com cobertura até o dia 10.03.2007. O óbito ocorreu no dia 18.03.2007, ou seja, oito dias após o término da vigência do contrato de seguro de vida.

Assim, os termos do art. 763 do CC e do art. 12 do DL 73/1966 são expressos ao afirmar que o seguro não terá direito à indenização até o pagamento do prêmio.

E, nos termos do art. 397 do CC, o inadimplemento da obrigação no seu termo constitui em mora o devedor. Assim, não há que se falar em interpelação judicial para constituição em mora.

E, por fim, que os juros devem ser de 1% ao mês, e não pela taxa Selic, e a redução dos honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação.

Em contrarrazões, pugna a seguradora/apelada pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça no parecer, às f. 177/181, para negar provimento a ambos os recursos.

Esse, o breve relatório.

Passo a analisar as razões recursais.

Inverto a ordem do julgamento por ser o segundo recurso prejudicial ao primeiro.

Segunda apelação.

Banco Itauced S.A.

Aprecio, inicialmente, o agravo retido de f. 81 /86.

Afirma o apelante que o contrato pactuado não trata de seguro de vida com indenização para cônjuge supérstite, mas sim para amortizar o saldo devedor existente quando da ocorrência do sinistro, sendo favorecido o próprio apelante.

Cabe salientar que indiscutível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso em apreço.

Com efeito, tenho que não assiste razão à apelante sobre a legitimidade ativa para pleitear a indenização securitária.

Nesse sentido, peço vênua à ilustre Promotora Aléssia Alves de Alvarenga Santa Bárbara, para transcrever parte do parecer de f. 121, em que analisa com grande propriedade a questão:

Assim, mesmo que a requerida figure como estipulante, não fora demonstrado nos autos que a segurada e os beneficiários tinham conhecimento de tal fato, ao revés, percebe-se que estes achavam que a requerida figurava como verdadeira seguradora.

Pode-se concluir, portanto, que, pelo fato de a requerida ter criado na segurada e nos beneficiários do seguro uma legítima expectativa de ser ela a responsável pelo pagamento da indenização, esta é parte legítima para compor o pólo ativo na demanda.

Sobre o tema traz ainda precedentes do colendo STJ:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúnciação da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas.

- Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.

- A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado, se criou no segurado e nos beneficiários do seguro a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento.

- A vedação de denúnciação da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos.

- Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem.

- O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo.

Recurso especial não conhecido (REsp 590 336/SC - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - DJ de 21.02.2005, p. 175).

Recurso especial. Seguro. Ação de cobrança. Ilegitimidade da estipulante para figurar no pólo passivo da demanda. Exceção. Precedentes desta Corte Superior. Recurso não conhecido.

- 1. Há firme posicionamento nesta Corte Superior pela ilegitimidade da estipulante de figurar no pólo passivo de ação de cobrança ajuizada pelos segurados ou beneficiários, na medida em que teria agido como simples mandatária da seguradora.

- 2. Ressalvas há, todavia, quando à estipulante pode ser atribuída a responsabilidade pelo mau cumprimento do mandato ou, como se dá na espécie, quando cria nos segurados a legítima expectativa de ser ela a responsável pelo pagamento.

- 3. Recurso não conhecido (REsp 791.222/DF - Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa - DJ de 24.09.2007).

Ademais, os documentos apresentados são insuficientes para comprovar que a agravante/apelante era a beneficiária do seguro, ônus que lhe incumbia, segundo o art. 333, inciso II, do CPC.

Pelo documento de f. 96, percebe-se claramente que foi criado pela apelante, pois possui data posterior ao falecimento da segurada, não servindo como apólice do seguro.

Com tais registros, nego provimento ao agravo retido, mantendo a legitimidade ativa.

Mérito.

A controvérsia se limita ao fato de que o prêmio do seguro não se encontrava devidamente quitado à época do falecimento do segurado, fato que ensejou a suspensão automática da apólice e, logo, a desobrigação do pagamento de qualquer indenização.

Segundo a apelante, a cláusula 9 das condições gerais dispõe que a cobertura é mensal, e, no caso, o último pagamento do prêmio ocorreu no dia 10.02.2007, com cobertura somente até o dia 10.03.2007. Tendo o óbito ocorrido no dia 18.03.2007, não estava mais em vigência o seguro.

Como já salientado acima, devem ser aplicadas as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, possui o entendimento de que a ausência de adimplemento do prêmio não acarreta a imediata suspensão ou cancelamento do contrato de seguro, já que compete à seguradora proceder à notificação do segurado para promover a quitação das parcelas em atraso.

Isso porque a cláusula que permite a suspensão ou o cancelamento unilateral do seguro coloca a parte consumidora em manifesta situação de desvantagem, o que é incompatível com o princípio da boa-fé objetiva que deve reger toda relação contratual.

Nos termos dos incisos IV e XI do art. 51 do Diploma Consumerista, a referida disposição não pode ser considerada válida, dado o seu conteúdo potestativo e abusivo.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Seguro. Cláusula de cancelamento automático do contrato em caso de atraso no pagamento do prêmio. Insubstância em face do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. - Não subsiste a cláusula de cancelamento automático da apólice, seja porque a resolução da avença é de ser requerida previamente em juízo, seja porque reputada nula em face do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, incisos IV e XI). Recurso conhecido, em parte, e provido (REsp 323186/SP - Relator: Ministro Barros Monteiro - j. em 06.09.2001).

Seguro. Indenização por morte. Prestações mensais dos prêmios atrasadas. Suspensão da eficácia do contrato. Inexistência.

I - 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 necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora.

II - Ressalva do entendimento pessoal. Recurso não conhecido (REsp 737061/RS - Relator: Ministro Castro Filho - j. em 02.06.2005).

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 - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - j. em 16.05.2006).

Não se pode desconsiderar que a apólice de seguro trata de típico contrato de adesão, no qual a igualdade entre as partes é puramente teórica e, por via de regra, enquanto o contratante mais fraco não pode fugir à necessidade de contratar, submetendo-se à cláusula muitas vezes abusiva, o contratante mais forte goza de uma sensível vantagem no negócio jurídico, visto ser ele quem dita as condições do ajuste.

Nesse sentido, não seria razoável impedir que o favorecido recebesse a indenização prevista na apólice, pelo simples fato de o segurado estar em atraso com suas obrigações contratuais.

Seria muito cômodo à seguradora negar o pagamento da indenização, sob o pretexto de inadimplemento, sem ao menos oportunizar ao segurado, por meio de prévia notificação, a chance de adimplir as parcelas em atraso.

Logo, não há que se falar que o inadimplemento constitui em mora o devedor, devendo ocorrer a notificação.

Sobre a questão, já se pronunciou este Tribunal:

Contrato de seguro. Débito mensal do prêmio em conta-corrente. Ausência de saldo em conta para o lançamento do débito. Constituição em mora. Necessidade. Sentença mantida. - Nos contratos de seguro celebrados com seguradoras integrantes de grupo financeiro bancário, se constou do contrato a obrigação da seguradora de debitar mensalmente o valor do prêmio, a ausência de saldo em conta-corrente para que seja efetuado o seu lançamento, impõe-se ao conglomerado financeiro a obrigação de constituir o segurado em mora para operar-se a suspensão do contrato de seguro (Apelação Cível nº 485.318-9 - Relator: Desembargador Antônio de Pádua - j. em 31.05.05).

Assim, deve ser afastada a recusa da seguradora em efetuar o pagamento da indenização à apelada, ao frágil argumento de o segurado encontrar-se em mora na data do sinistro, uma vez que, conforme já explicitado, a mora somente se configuraria após a sua regular notificação.

No que concerne aos juros, de fato não há que se falar em aplicação da taxa Selic.

O art. 406 do Código Civil de 2002 prevê que, quando os juros moratórios não forem convenacionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A taxa empregada, quando há mora no pagamento de impostos à Fazenda Nacional, é a Selic, e, por essa razão, em um primeiro momento, adotou-se, em nosso País, a taxa Selic como juros legais.

No entanto, após a vigência do novo Código Civil, abriu-se discussão quanto à incidência do patamar da taxa Selic como substitutivo da taxa de juros e, por meio do Enunciado nº 20, da Jornada de Direito Civil, estabeleceu-se que não seria correta essa substituição.

Assim, passou-se a adotar o disposto no § 1º do art. 161 do CTN, e assim firmou-se o entendimento de que os juros legais são de 1%.

Nessas condições, assiste razão à apelante ao requerer a substituição da taxa Selic pelos juros, no patamar de 1%.

Quanto aos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, estão de acordo com o art. 20 do CPC, não havendo que se falar em sua redução.

Primeira apelação.

Júlio Cezar de Siqueira e outra.

Afirmam os apelantes que não deve prevalecer a parte da sentença que determinou a amortização da dívida ao fundamento de que as dívidas foram emitidas após ocorrência do sinistro, e, ademais, os documentos apresentados não dispõem quais os meses em atraso, nem a origem do débito.

Assim, deve a apelada buscar as vias próprias, pois reconhecem apenas a dívida vencida em 10.03.2007, no valor de R\$ 66,37.

Tenho que não assiste razão aos apelantes, pois a amortização do débito com a apelada é decorrência lógica, sob pena de se permitir o enriquecimento indevido.

Nesse sentido, o posicionamento de Orlando Gomes, quando diz:

Não é a lei que, direta ou indiretamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecimento, mas assim é para todas as obrigações que se dizem legais (*Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250).

Além do mais, desnecessária a instauração de outro processo, para apuração do valor devido pela segurada, pois por simples liquidação de sentença é possível auferir o valor devido.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao segundo recurso, apenas para determinar a substituição da taxa Selic pelos juros legais, no patamar de 1% ao mês.

Por outro lado, nego provimento ao primeiro recurso aviado, determinando apenas que o valor a ser amortizado seja apurado em liquidação de sentença, com

correção monetária pela tabela da Corregedoria de Justiça a partir do vencimento da fatura.

Custas recursais, na forma da lei, pelo segundo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA.

...

Apelação - Ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro civil - Exame de DNA - Resultado negativo - Vínculo biológico afastado - Prevalência do vínculo socioafetivo - Sentença mantida

Ementa: Apelação. Ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Exame de DNA. Vínculo biológico afastado. Paternidade socioafetiva. Prevalência. Sentença mantida.

- Mantém-se a sentença que julga improcedente o pedido em ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro civil, quando devidamente configurada, no caso concreto, a existência de vínculo socioafetivo, a despeito da inexistência de vínculo biológico, afastado pela realização de prova pericial.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.04.147039-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: V.D.S. - Apelado: T.V.S.S., representado pelo curador especial K.Z.S. - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2010. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - V.D.S. apela da r. sentença de f. 183/192, que julgou improcedente o pedido

inicial contido nos autos da ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro civil movida em desfavor de T.V.S.S.

Inconformado, pugna o apelante pela reforma do *decisum* para que seja julgado totalmente procedente o pedido inicial. Para tanto, sustenta, em apertada síntese, que a manifestação de sua vontade, consubstanciada no registro de nascimento da menor, está eivada de erro, uma vez que, à época dos fatos, não tinha conhecimento da real situação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Versam os autos sobre ação ordinária em que V.D.S. requereu a procedência do pedido inicial para ver declarada nula sua paternidade em relação à menor T.V.S.S., com a respectiva averbação do registro desta junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da cidade de Presidente Olegário.

Para sustentar seu pedido, narrou o autor que teve um rápido relacionamento com a genitora da menor e, quando do nascimento desta, foi induzido a acreditar ser o pai da criança, tendo, por isso, efetuado seu registro.

Concluída a instrução do feito, foi prolatada a sentença, julgando improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que, na hipótese em comento, em que estabelecidos fortes vínculos entre autor e ré, prevalece a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica.

Esse, portanto, o comando judicial impugnado e que, a meu sentir, prescinde de reparos.

De início, ressalto já ter me manifestado, em outras oportunidades, pela prevalência da verdade biológica em hipóteses como a presente, desde que configurado vício no registro de nascimento.

Contudo, a realidade retratada nos presentes autos leva a outra reflexão, devendo a questão ser analisada sob dois prismas, quais sejam: a comprovação de que o registro de nascimento cuja anulação se pretende está eivado de vício, bem como sobre a existência de vínculo afetivo entre autor e ré.

Inconteste, *in casu*, a inexistência de vínculo biológico entre o apelante e apelada, haja vista a conclusão obtida pelo exame de DNA realizado, cujo laudo se encontra às f. 16/21.

Deflui-se do processado, entretanto (f. 56), que a menor (apelada), nascida aos 10.10.1993, foi, somente por sua mãe, registrada aos 06.12.1993, tendo sido, aos 18.06.1994, reconhecida filha do ora apelante.

Não obstante - como acima noticiado - ter sido reconhecida filha do apelado seis meses após a realização de seu registro, a menor, como se deflui dos demais elementos do processado (estudos social e psicológico - f. 78/85), foi criada pela família do apelante, mantendo com este contato frequente, por meio de visitas mensais, uma vez que o autor residia em outra cidade.

Logo, pelos fatos acima narrados, duas conclusões se mostram possíveis: a primeira, de que não é crível ter sido o autor (apelante) induzido a erro ao reconhecer a requerida (apelada) como sua filha, se tal reconhecimento se dera somente oito meses após tomar ciência da situação. Confirmam-se, a propósito, trechos dos relatórios social e psicológico elaborados:

A genitora omitiu o nome do pai da criança no registro de nascimento da mesma, no entanto, por intermédio de um amigo, V. soube que seria o pai de T. Ao ficar ciente do fato, o requerente abordou M.A., que confirmou a paternidade. Em 1995, houve a modificação na certidão de nascimento da filha, a qual teve o nome de V. acrescido (f. 78).

Vanderlei visitou a criança e a trouxe para seus pais conhecerem-na. Ele ainda não havia registrado a criança e, diante do interesse dos seus pais em assumir a guarda daquela criança, ele se prontificou a legalizar a situação dela (f. 82/83).

Quando T. contava com 7 meses de idade, o Sr. V. a conheceu e quis registrá-la como filha, espontaneamente (f. 128).

A segunda conclusão possível se refere ao indubitoso vínculo afetivo estabelecido entre os litigantes, demonstrado, à saciedade, pelo depoimento pessoal das partes, colhidos em audiência (f. 151/152), bem como pelos estudos psicossociais do caso (f. 78/85 e 127/131).

Ressalte-se - só e principalmente - o fato de ter sido a menor criada pela família do apelante, dos sete meses aos dez anos de vida, mantendo com aquele frequente contato e estreito vínculo.

Nesse sentido, o depoimento da apelada (f. 152):

A menor disse nutrir pelo requerente afeto paternal, independentemente do que venha a ser decidido nestes autos. Que sempre conviveu com a família paterna e os ama como seus familiares, independentemente dos laços sanguíneos. Que ama também seu irmão, filho biológico do requerente, de nome T., e que conta com a idade de 8 anos.

Não obstante, o próprio apelante, em suas razões de recurso (f. 199) reconhece a existência de vínculo afetivo com a menor.

Diante da realidade acima retratada, entendo que, embora deva, no direito moderno, sobretudo em se tratando de questões afetas ao Direito de Família, a busca da verdade real se confundir com a busca da evolução humana, não se pode desconsiderar toda a história de vida da apelada, a qual teve por referência o seio familiar paterno.

Vale aqui transcrever trecho do relatório psicológico produzido (f. 85):

Este estudo apontou indícios da existência de um forte vínculo familiar, principalmente entre T. e seus avós paternos (avô já

falecido e avó viva). Há que se atentar para isso, no momento desta decisão judicial, por se considerar que poderá ser devastador para uma adolescente perder esse referencial tão presente em sua vida, algo perceptível ao constatar que ela está, novamente, residindo com a avó. A perda no nome do pai acarretará, conseqüentemente, a perda do nome desses avós que a criaram, o que parece ser o efeito mais doloroso nessa ação.

Por fim, para corroborar meu entendimento, trago à colação recente manifestação colhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria em debate, no julgamento do REsp 878.941/DF, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa, aos 17.09.2007, restou assim publicada:

Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo.

[...]

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que, por si só, não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Feitas tais considerações, e ainda atento à preservação do melhor interesse do menor, norteadora de situações como a presente, bem como à peculiaridade do caso concreto, tenho que a r. sentença de f. 183/192 há de ser mantida por seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, suspensa sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Renovação de CNH - Óbice - Impedimento lançado por Detran de outro Estado da Federação após a transferência de prontuário - Sindicância instaurada há mais de cinco anos sem conclusão - Demora administrativa - Resolução 182/2005 do Contran - Restrição no prontuário - Proibição - Recurso provido

Ementa: Apelação cível. Renovação de CNH. Impedimento lançado pelo Detran da Bahia, após a transferência de prontuário. Sindicância instaurada há mais de cinco anos, sem conclusão. Renovação obstada pela demora administrativa. Razoabilidade. Sentença reformada.

- O direito de o Detran instaurar sindicância para apurar irregularidade na obtenção da CNH deve ser limitado, ou seja, seu exercício deve-se dar por prazo razoável. Tal limitação, indubitavelmente, é adequada, gerando utilidade para o jurisdicionado que, pela demora na conclusão da sindicância, se vê privado de seu direito de renovar a CNH.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.171118-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gutemar Manoel de Almeida - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em comento, apelação cível interposta em face da r. sentença de f. 71/73, que julgou improcedente o pedido formulado na "ação de obrigação de fazer" (sic) ajuizada por Gutemar Manoel de Almeida em desfavor do Estado de Minas Gerais, referente à renovação de sua carteira nacional de habilitação (CNH) já transferida da Bahia para este Estado.

Ao sentenciar, o MM. Juiz consignou que:

a negativa em proceder à renovação da CNH pelo Detran/MG deu-se devido ao bloqueio existente no prontuário do autor, lançado pelo Detran/BA, cujo motivo seria cadastro indevido (sic).

Nas razões recursais de f. 76/81, sustentou que o Detran baiano, por suspeitas de fraude nas emissões de CNH, teria anotado impedimentos em todos os prontuários dos documentos cujos condutores seriam naturais de outros Estados, sem concluir qualquer sindicância e não instaurando processo administrativo. Alegou que a conduta do Detran da Bahia estaria ferindo princípios da ampla defesa e do contraditório, porque não teria havido devido processo legal para embasar os impedimentos. Argumentou que o caso deveria ser solucionado à luz da norma do art. 24 da Resolução nº 182/2005, que reza a não incidência de restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de renovação de CNH. Aduziu que, antes de cessada a validade da CNH, respeitado o devido processo legal, seu titular teria o direito de exercer plenamente, sem interrupção, “todos os atos inerentes às prerrogativas atribuídas ao documentos” (sic). Arguiu que somente após instauração e conclusão do devido processo legal, com a imprescindível notificação para a entrega da CNH, cessaria a validade desta. Com essas considerações, pugnou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença para que se determine a imediata renovação de sua CNH.

O apelado ofertou contrarrazões às f. 83/87, afirmando, em síntese, que “não tendo havido a liberação de transferência no Detran/BA, de origem, não haveria medida a ser adotada pelo Detran mineiro, devendo o autor apelado resolver, primeiramente, a pendência existente no Estado da Bahia”. Por fim, pugnou pelo desprovimento do recurso.

Juízo de admissibilidade.

Admito o recurso interposto, porque presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Depreende-se do compulsar dos autos que o mérito da questão devolvida à apreciação deste eg. Sodalício, por via do recurso de apelação, envolve pedido de renovação da carteira nacional de habilitação do apelante, já transferida do Estado da Bahia para o Estado de Minas Gerais.

Na hipótese, o pedido de renovação foi negado pelo Detran/MG em razão de constar, na base nacional de dados, impedimento. Vejamos:

Inicialmente, devemos esclarecer que a Carteira Nacional de Habilitação é cadastrada no sistema Binco (Base Índice Nacional de Condutores). Tal sistema foi criado com o intuito de unificar os procedimentos entre os entes da Federação, manter a segurança nas importações (transferências), agilizar os procedimentos e permitir que o condutor possua apenas um único registro nacional, evitando possíveis fraudes. De acordo com pesquisas no Sistema *on line*, constatamos que o condutor habilitou-se no Estado da Bahia em data de 14.02.1998, Registro Renach nº 029508949-90, categoria AD, conforme *print* em anexo. Verificamos que, na época (17.07.2003), não havia impedimentos na base nacional. Desta forma, solicitamos e concluímos a transferência da CNH para este Estado, conforme *print* em anexo. Contudo,

em data de 31.10.2003, posterior à data de transferência, o Detran/BA consignou impedimento na Base Nacional, tendo como origem o Doc: Sindicância Proc. 2003/549185, Mot: Cad. indevido’ (*print* anexo). Foram solicitadas informações a respeito, em casos semelhantes, ao Detran/BA, porém, até a presente data, não houve manifestação. Assim, verificada tal situação, não podemos proceder à renovação da CNH até haja o desbloqueio na base nacional, pelo ente que o consignou, já que não podemos remover o impedimento inserido por outro órgão (Detran/BA), em face da competência. Frisa-se que o impedimento lançado na Base Nacional impede qualquer movimentação de CNH (registro, transferência, renovação, etc.), envolvendo questões de informática (programas, sistemas e senhas). Destarte, ressaltamos, mais uma vez, a responsabilidade da liberação do impedimento cabe, tão somente, ao Detran da Bahia, e nenhuma medida poderá ser adotada se não houver, inicialmente, tal providência. Ela se faz imperial. Finalizando, o condutor deverá, junto ao emissor de sua CNH, verificar o motivo do impedimento em seu prontuário (sic, f. 41/42).

Ao sentenciar, o MM. Juiz formou convencimento pela improcedência do pedido, porquanto a negativa em proceder à renovação estaria amparada na circunstância de haver impedimento lançado pelo Detran da Bahia.

Data venia, a sentença merece reforma, porque a hipótese contém peculiaridades que não permitem a adoção do entendimento já manifestado por esta relatoria em outras ocasiões, no sentido de que impedimentos lançados por Detran de outro ente federativo impediriam a renovação ou transferência de CNH.

Pois bem.

No caso, em 2003, o prontuário e a CNH do apelante foram transferidos do Estado da Bahia para o Estado de Minas Gerais, ocasião em que não constavam quaisquer impedimentos na base nacional.

Logo após a referida transferência, ainda em 2003, o Detran da Bahia lançou impedimento na base nacional, lá constando a instauração de sindicância para apuração de irregularidades que estariam relacionadas com suspeitas de fraude na obtenção da CNH. Contudo, até a presente data, referida sindicância não fora concluída, pendendo impedimento no cadastro do apelante, o que vem impedindo a renovação de sua CNH.

Nesse ponto, peço vênha para transcrever fragmento do voto da lavra da em. Desembargadora Heloísa Combat quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.08.171473-5/002:

Como visto, o requerente já se encontra habilitado há mais de doze anos e na época em que foi lançado o impedimento administrativo já havia sido realizada a transferência do seu prontuário para o Estado de Minas Gerais.

O motivo de se estar negando a renovação não se pauta em fato ocorrido entre a última renovação, em abril de 2003, e o vencimento, mas na época em que foi concedida a primeira habilitação, em 1997.

Nessas circunstâncias, não se me afigura razoável que o condutor sofra restrição no exercício de direitos por prazo

indefinido, aguardando o desfecho da sindicância que, ao que se sabe, nem sequer se encontra em andamento, decorridos mais de cinco anos desde a instauração.

Data venia, considero que o autor está sendo submetido a conduta arbitrária, visto que a restrição a direitos não está se limitando ao estritamente necessário à preservação do interesse público.

Pontue-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu, na relação de direitos e garantias fundamentais, que a todos no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

A restrição de direitos, em caráter cautelar, pode ser justificada quando a urgência da situação demandar medida imediata, existindo interesses em risco de perecimento caso se aguarde o exercício prévio do devido processo legal. Contudo, quando a tutela que deveria ter natureza provisória se torna permanente em razão da omissão da Administração, impondo-se verdadeira sanção aos interessados, tenho que devem prevalecer os princípios e garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Sob outro aspecto, sendo o autor habilitado há mais de dez anos, não vislumbro que a renovação da sua carteira importará em maiores riscos para a coletividade.

No caso dos autos, a situação fática de fundo é a mesma: na época em que lançado o impedimento, já havia sido efetivada a transferência do prontuário do apelante da Bahia para Minas Gerais; a negativa é pautada em fato ocorrido quando da concessão da primeira habilitação (1998), e não quando da transferência do prontuário; já decorreram mais de cinco anos desde a instauração da sindicância, não havendo notícia de sua conclusão.

À luz daquele entendimento e das peculiaridades supramencionadas, conclui-se que a razoabilidade deve nortear a solução da lide.

Portanto, o direito de o Detran instaurar sindicância para apurar irregularidade na obtenção da CNH deve ser limitado, ou seja, seu exercício deve se dar por prazo razoável. Tal limitação, indubitavelmente, é adequada, gerando utilidade para o jurisdicionado, que, pela demora na conclusão da sindicância, se vê privado de seu direito de renovar documento (CNH).

Ora, a Administração tem de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional em sintonia com o senso normal, respeitando as finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Postergação de sindicância, *data venia*, não pode impedir efetivação do direito do apelante de obter a renovação de sua CNH.

Por fim, pontua-se que o Código de Trânsito Brasileiro não contém dispositivo legal condicionando a renovação da CNH à inexistência de impedimentos no prontuário ou no banco nacional de dados. Na realidade, a Resolução nº 182/2005, do Contran, prevê que, no curso do processo administrativo instaurado para se cassar CNH, não poderá incidir qualquer restrição no prontuário, inclusive para fins de renovação desse documento.

Por tais razões, conclui-se que a sentença merece reforma, para que o pedido inicial seja julgado procedente, determinando a renovação da CNH do apelante, observadas as formalidades legais nos termos acima expostos.

Conclusão.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial, nos termos acima expostos.

Ficam invertidos os ônus sucumbenciais. Sem condenação em custas, diante da isenção legal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e RONEY OLIVEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução - Ausência de garantia do juízo - Art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 - Bloqueio de valor que não satisfaz o crédito exequendo - Mera insuficiência da penhora - Garantia dos embargos como único meio de defesa - Conta bloqueada - Natureza de conta-salário - Recebimento de benefícios previdenciários - Prova - Impenhorabilidade - Caráter alimentar - Art. 649, IV, CPC - Recurso não provido

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Insuficiência da penhora. Admissibilidade dos embargos. Impossibilidade de penhora dos proventos previdenciários. Utilização da conta bancária para fins de pagamento de cheques e contas não a descaracteriza como conta-salário. Art. 649, IV, do CPC. Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.171807-7/001 - Comarca de Betim - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelada: Maria Antonieta Gontijo Carsalade - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, 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, 22 de junho de 2010. - Roney Oliveira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível (f. 35/39-TJ), interposta pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em razão da sentença (f. 29/34-TJ), proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Betim, que, nos autos dos embargos à execução movidos por Maria Antonieta Gontijo Carsalade, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar o desbloqueio parcial da conta-salário da embargante, com bloqueio mensal de 30% dos valores depositados.

Suscita o apelante preliminar de ausência de garantia do juízo, pleiteando o reconhecimento da inadmissibilidade dos embargos à execução. No mérito, pugna pela reforma da sentença, sob o argumento de não caracterização de conta-salário por não ser utilizada tão somente para recebimento do benefício previdenciário.

Contrarrazões às f. 41/43-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Inicialmente, cumpre apreciar a preliminar de ausência de garantia do juízo suscitada pelo apelante.

Nos termos do art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80, somente são admissíveis os embargos à execução após a garantia do juízo.

No caso em comento, verifica-se que foi realizado o bloqueio de valores em contas bancárias da executada, no total de R\$ 1.725,58 (mil setecentos e vinte e cinco reais e cinquenta e oito centavos), valor que não satisfaz completamente o crédito exequendo.

Desse modo, não há falar em ausência da garantia do juízo, mas em insuficiência da penhora.

Assim, ainda que o valor penhorado não tenha atingido o valor total da execução, persiste o direito do executado em embargá-la, viabilizando seu meio de defesa.

Nesse sentido, é orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Execução fiscal - Penhora parcial - Interpretação dos arts. 40 e 16, § 1º, da LEF - Ausência de garantia do juízo para embargar - Incidência da Súmula 7/STJ.

- Ao interpretar o art. 16, § 1º, da LEF, a jurisprudência evoluiu para entender que, se a penhora for parcial e o juiz não determinar o reforço, ou, se determinado, a parte não dispuser de bens livres e desembaraçados, aceita-se a defesa via embargos, para que não se tire do executado a única possibilidade de defesa.

- Hipótese que difere da ausência de garantia do juízo.

- Para se chegar à conclusão contrária a que chegou o Tribunal a quo, de que inexistente garantia do juízo, faz-se necessário incursionar no contexto fático-probatório da demanda, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

- Recurso especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 995706, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 05.08.2008.)

Também não merece acolhida a preliminar de perda de objeto, arguida pela apelada, uma vez que, conforme mencionado pela própria apelada à f. 43-TJ, persiste o bloqueio em suas contas bancárias, apesar do alegado parcelamento do débito, motivo por que se justifica a apreciação do presente recurso.

Rejeito as preliminares.

No mérito, pretende o apelante a reforma da sentença, sob o argumento de que a conta bloqueada da executada não possui natureza de conta-salário.

Dispõe o art. 649, IV, do Código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Verifica-se, *in casu*, que a embargante, ora apelada, comprovou devidamente, conforme consta dos extratos bancários de f. 11/12-TJ, que a conta nº 9.311-4, agência 0750-1, no Banco do Brasil, serve para o recebimento de benefícios previdenciários, motivo por que revestida da impenhorabilidade prevista no supracitado dispositivo legal.

Ressalte-se que a utilização dos valores em conta-corrente para pagamento de cheques e compras realizadas com débito em conta não retira de tais valores o caráter alimentar.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no recurso especial - Penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de aposentadoria por parte do devedor - Impossibilidade, ressalvado o entendimento pessoal do relator - Recurso improvido.

1. É inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp 1023015/DF - Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ de 05.08.2008.)

Pelo exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Propriedade industrial - Uso de marca semelhante - Confusão entre marca e nome empresarial - Institutos diferentes - Ausência de imitação ou utilização indevida - Concorrência desleal - Prova - Ônus - Art. 333, I, CPC - Não observância - Recurso não provido

Ementa: Apelação cível. Abstenção do uso de marca semelhante. Concorrência desleal. Não comprovada. Perdas e danos. Não configurado. Confusão entre marca e nome empresarial. Recurso conhecido, porém improvido.

- O ônus da prova incumbe à autora, porque a tese de violação do direito de uso de marca e a existência de concorrência desleal foi pela mesma trazida para apreciação jurisdicional. Todavia, tais alegações não restaram comprovadas. Consequentemente perdas e danos também não ficaram provados.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.05.182638-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Indústria de Malhas Finas Highstil Ltda. - Apelada: Rachele Indústria da Moda Ltda. - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2010. - Antônio Bispo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Trata-se de recurso interposto contra a sentença de f. 182/185, proferida nos autos da ação de ordinária de cessão de ato incriminado, indenização, perdas e danos proposta por Indústria de Malhas Finas Highstil Ltda. contra a Rachele Indústria da Moda Ltda.

A sentença primeva julgou improcedente o pedido inicial ante a ausência de ilegalidade dos atos praticados pela ré.

A referida sentença condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no importe de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Inconformada, a empresa autora interpôs apelação às f. 188/207, alegando que a sentença proferida nestes autos merece ser reformada.

Afirma que a apelada se utiliza indevidamente da marca "Rachele", posta a similaridade com sua marca "Raquel", a qual é uma variação de sua marca primitiva "Rachel".

Assevera que a apelada se utiliza de uma marca que é mera imitação da marca registrada "Raquel", e tal fato induz os consumidores ao erro ou confusão.

E mais: aduz que ambas as empresas atuam no mesmo ramo do mercado, com artigos de vestuários, o que dificulta ainda mais a distinção dos produtos e serviços das empresas distintas.

Suscita que dessa forma os consumidores se veem iludidos na sua boa-fé, tendo em vista que facilmente estariam expostos a adquirir mercadorias de qualidade inferior ou diferente da marca que realmente desejassem.

Invoca as regras da Lei de Propriedade Industrial e afirma que o pleito indenizatório é medida cabível, uma vez que o dano nesses casos é presumido pelo simples fato de o contrafator não pagar *royalties* ao titular do direito violado.

Por fim, alega que a apelada usa indevidamente a marca da apelante, que é pautada na credibilidade, boa fama, notoriedade e individualidade de maneira a diluir seu cunho distintivo.

Contrarrazões às f. 209/218.

Conheço da apelação visto que presentes os seus pressupostos recursais.

Passo direto a analisar o mérito, visto que não há questões preliminares suscitadas.

Verifico que a recorrente pretende ver modificada a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Alega a apelante que a marca "Raquel" é uma variação de sua marca primitiva "Rachel". Que a marca "Raquel" possui registro no INPI, de forma que a apelada se utiliza indevidamente da marca "Rachele", cuja semelhança causa confusão nos consumidores.

Assevera que o uso da marca "Rachele" configura imitação da marca "Raquel", caracterizando prática de concorrência desleal por parte da apelada.

Aduz que a expressão "Rachele" é expressada foneticamente como *raquelle*, configurando uma imitação disfarçada da marca "Raquel" e isso causa confusão ou associação equivocada no público consumidor.

Afirma que tal confusão se agrava de maneira acentuada quando as duas marcas fazem referência ao mesmo tipo de produtos, qual seja artigos de vestuário.

Não obstante todos os argumentos lançados pela autora/recorrente, tenho que não merece reparos a sentença.

A marca empresarial tem por finalidade identificar produtos ou serviços, conforme ensina Luiz Guilherme de A. V. Loureiro (*Lei da propriedade industrial comentada*, p. 225/233):

A marca é um sinal visualmente perceptível afixado sobre um produto ou que acompanha o produto ou serviço, e que se destina a diferenciá-los de outros similares. Trata-se, portanto, de um sinal distintivo ou designativo.

[...]

A marca tem como função permitir que o consumidor possa identificar a origem de um produto ou serviço, possibilitando-lhe distinguir este produto ou serviço de outros similares existentes no mercado.

[...]

Ela (a marca) assume ainda um importante papel no campo do direito da concorrência. A marca, nesse caso, é um patrimônio do comerciante, permite que ele conquiste ou mantenha a clientela. É uma garantia de proveniência do produto ou serviço.

De acordo com a Lei 9.279/96, a propriedade de marca adquire-se pelo registro validamente expedido, assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional. Tal registro de marca, conforme disposto no art. 133, vigorará pelo prazo de 10 anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

Na hipótese, compulsando os autos verifica-se que a autora/apelante faz prova às f. 51/58 do registro de sua marca “Raquel”, inclusive pelo 2º decênio. Todavia, verifico que “Rachelle” não é a marca utilizada pela apelada, e sim “Época”, conforme documentos de f. 102/106.

Com efeito. A expressão “Rachelle” é parte do nome empresarial da apelada, que possui registro na Junta Comercial como pessoa jurídica de denominação social “Rachelle Indústria da Moda Ltda.”.

Trata-se, portanto, de confusão estabelecida entre nome empresarial e marca, dois institutos diferentes e cada qual com sua peculiaridade.

Fábio Ulhoa Coelho discorre sobre o assunto, *in verbis*:

O nome empresarial e a marca reportam a diferentes ‘objetos semânticos’. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. Sob o ponto de vista econômico e mercadológico, é oportuno e vantajoso adotar-se, nos dois designativos, o mesmo núcleo linguístico.

[...]

Para o direito, no entanto, é irrelevante se há ou não identidade linguística. A proteção dispensada a cada designativo será a prevista no correspondente regime jurídico (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005).

Nesse sentido, verifica-se que a empresa apelada está registrada na Junta Comercial de Minas Gerais com a denominação social de “Rachelle Indústria da Moda Ltda.”, e sua marca, apesar de não possuir registro no INPI, é “Época”.

Não há, portanto, similitude de marcas. Ambas as empresas atuam no mesmo ramo do mercado, qual seja

artigos de vestuário, entretanto a razão social da apelada possui semelhança com a marca da apelante.

Não há, todavia, imitação de marcas, nem utilização indevida pela apelada da suposta marca “Rachelle”, quando a marca usada *in casu* é “Época”.

Alega a apelante que a semelhança em tela configura concorrência desleal e que causa confusão nos consumidores, que muitas vezes acabam por consumir produtos de inferior qualidade, visto que foram induzidos ao erro.

Data venia, a não ser nas alegações da autora/apelante, onde está nos autos tal prova? Não restou provada qualquer confusão no sentido em que afirma a apelante.

É sabido que o ônus da prova incumbe à autora, porque a tese de violação do direito de uso de marca e a existência de concorrência desleal foi pela mesma trazida para apreciação jurisdicional, por força expressa do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ocorre que nada, absolutamente nada, além de meras alegações, existe nos autos que demonstrem os fatos alegados.

Se a parte autora somente alegou e nada provou, deixou incidir o princípio: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*), de forma a afastar o acolhimento de sua pretensão pela ausência de provas a respeito de seu fato constitutivo.

Ressalte-se que, independentemente da legitimidade para se postular a proteção decorrente do registro de marca, importa salientar que não restou comprovada nos autos a alegada concorrência desleal, na medida em que o ordenamento jurídico apenas proíbe a utilização semelhante de nomes quando houver probabilidade de confusão por parte de terceiros.

Em que pese serem marcas diferentes “Raquel” e “Época”, alega a apelante que a suposta marca utilizada pela apelada “Rachelle”, que no caso não é marca, mas tão somente parte do nome empresarial da apelada, vem causando confusão para os consumidores.

Com efeito. Analiso a marca da apelante em relação ao nome empresarial da apelada, visto ser esse o ponto crucial desta lide. Na verdade, no exame da grafia e da semântica das duas palavras “Raquel” e “Rachelle”, verifica-se que não guardam similitude entre si e, ao contrário do afirmado pela recorrente, não induzem à confusão o consumidor.

Isso porque não restam dúvidas aos olhos do homem médio de que se trata de “marcas” distintas. Constata-se que a apelante se utiliza equivocadamente da expressão marcas para fazer referência ao nome empresarial da apelada.

Muito apropriadamente concluiu o Juiz sentenciante, ao dispor o seguinte à f. 184:

Na verdade, tanto a aparência visual dos signos (f. 46 e 71) quanto o som e a grafia das palavras ‘raquel’ e ‘rachelle’ são

distintos, não influenciando o mercado consumidor, que é o fim último da proteção à propriedade industrial.

Portanto, a utilização pela apelada em sua denominação social da expressão "Rachelle" em nada contribui para confusão entre os consumidores ou concorrência desleal, visto não guardar semelhança com a marca "Raquel", atualmente usada pela apelante.

Dessarte, não vislumbrando qualquer indicativo de concorrência desleal, não há que se falar em proibição de uso quanto ao nome "Rachelle", tampouco em cominação de perdas e danos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e mantenho intacta a sentença guerreada.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Divórcio - Partilha de bens - Determinação em sentença - Esboço - Apresentação unilateral - Homologação - Não cabimento - Necessidade de acordo entre os cônjuges

Ementa: Agravo de instrumento. Divórcio. Partilha de bens determinada na sentença. Posterior apresentação unilateral de esboço de partilha. Incabível. Necessidade de acordo entre os ex-cônjuges.

- Uma vez estabelecido na sentença de divórcio que os bens que integram o patrimônio comum dos ex-cônjuges, em regime de comunhão universal de bens, seriam partilhados na proporção de 50% para cada um, não cabe homologação, pura e simples, de esboço de partilha apresentado unilateralmente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.08.239074-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: T.G.M. - Agravado: N.A.M. - RELATOR: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, 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, 13 de abril de 2010. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Dra. Daniela Mara Ramos.

DES. ARMANDO FREIRE - Senhor Presidente. Registro o recebimento de memorial.

Passo a proferir o meu voto.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por T.G.M., qualificada nos autos, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Família desta comarca, em autos de ação de divórcio direto litigioso, que consistiu em indeferir o pedido de alvará, uma vez que o esboço de partilha apresentado não fora homologado; decidiu, ainda, que a partilha deve ser realizada na forma estabelecida pela sentença (f. 218-TJ).

Em suas razões, a agravante, em síntese, alega que o competente formal de partilha, expedido em 21 de setembro de 2009, é composto das peças extraídas do esboço de partilha apresentado, sendo homologado que a meação de cada cônjuge será de R\$ 1.048.412,50. Assegura que as transferências bancárias restaram concretizadas; todavia, para a compensação dos valores e devido equilíbrio dos quinhões, deve ser expedido um alvará complementar no valor de R\$ 203.223,29. Aduz que o digno Juiz *a quo* está protelando a concretização da partilha, desrespeitando o direito à propriedade de cada um dos cônjuges.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela e, ao final, pelo provimento do recurso.

Recurso recebido às f. 226/227, indeferida a pleiteada antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O agravado apresentou contraminuta às f. 237/240, na qual requer o desprovisionamento do recurso.

Informações prestadas às f. 243/244.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, co-nheço do recurso interposto.

O digno Juiz de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte proferiu decisão que se encontra reproduzida à f. 318-TJ, ora hostilizada, na qual indeferiu o pedido de expedição de alvará complementar no valor de R\$ 203.223,29 (duzentos e três mil duzentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos), sob o fundamento de que o esboço de partilha apresentado não fora homologado, registrou, ainda, que a partilha deve ser realizada na forma estabelecida na sentença.

Data venia, tenho que a r. decisão agravada deve ser mantida.

Com efeito, a agravante pretende que seja expedido alvará para a transferência de R\$ 203.223,29 (duzentos e três mil duzentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos) depositados na conta-corrente do

agravado. Para tanto, como relatado, alega que o competente formal de partilha, expedido aos 21 de setembro de 2009, é composto das peças extraídas do esboço de partilha apresentado, sendo homologado que a meação de cada cônjuge será de R\$ 1.048.412,50.

Da análise dos autos, verifica-se que, na sentença de f. 200/201-TJ, o digno Juiz *a quo* decretou o divórcio do casal e determinou que:

Os bens mencionados na inicial são partilhados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um, devendo ser oficiado ao Banco do Brasil e Unibanco para que 50% (cinquenta por cento) do saldo existente nas contas seja transferido para uma conta-corrente em nome da autora.

Posteriormente, a agravante requereu a juntada aos autos de um esboço de partilha (f. 19/28-TJ), elaborado unilateralmente, e dos documentos necessários para a expedição do formal de partilha.

Registre-se que, nesse esboço, a agravante pretende 5% da casa da Rua Rio Grande do Norte, o apartamento do Bairro Luxemburgo, o apartamento do Conjunto JK, o Gol 1998, a Parati 2001, uma linha telefônica e 86,35% dos valores depositados no Banco do Brasil e no Unibanco. O agravado ficaria com 95% da casa da Rua Rio Grande do Norte, com um terreno em Anchieta/ES, com uma linha telefônica e com 13,65% dos depósitos bancários.

Assim, os R\$ 203.223,29 (duzentos e três mil duzentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos) pretendidos pelo agravante seriam para efetivar a divisão dos valores depositados em contas bancárias na proporção pretendida no esboço de partilha.

Apresentada a documentação pertinente aos 25 de agosto de 2009, o digno Magistrado *a quo* determinou a expedição do formal de partilha.

Com efeito, o art. 1.581 do Código Civil estabelece que: "O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens".

Contudo, no caso em exame, como registrado pelo digno Juiz da causa na decisão agravada, o esboço de partilha, apresentado apenas pela agravada, não fora homologado, devendo a divisão dos bens do casal ser realizada conforme estabelecido na sentença.

De fato, estabelecido na sentença de divórcio que os bens que integram o patrimônio comum dos ex-cônjuges, em regime de comunhão universal de bens, seriam partilhados na proporção de 50% para cada um, não cabe homologação, pura e simples, de esboço de partilha, elaborado por apenas uma das partes.

Nessa linha, não pode um dos divorciados, unilateralmente, elaborar esboço de partilha atribuindo valores aos bens e estabelecendo que determinado bem é de um e aquele é de outro. Para fins de homologação, é necessário o acordo entre os ex-cônjuges.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Senhor Presidente. Recebi, na tarde de ontem, um memorial apresentado pela advogada do recorrente e, por essa razão, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Dra. Daniela Ramos.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.03.2010, a pedido do Primeiro Vogal, após votar o Relator, negando provimento ao recurso.

Com a palavra, o Desembargador Alberto Vilas Boas.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Solicitei vista dos autos para reexaminar a prova documental que acompanhou a petição recursal e em face do memorial encaminhado pela recorrente.

Formalizado o divórcio por sentença transitada em julgado, observa-se que a agravante, em razão da revelia do agravado no processo de conhecimento, tomou a iniciativa de apresentar o formal de partilha em 11 de agosto de 2009 (f. 18/28).

Foram descritos os bens e atribuídos os valores ideais a cada um deles, sendo certo que a meação atribuída aos cônjuges seria equivalente a R\$ 1.048.412,50.

Percebe-se, ainda, que o formal de partilha foi expedido mediante o pronunciamento judicial de 25 de agosto de 2009 (f. 195) e colocado à disposição das partes consoante se constata de f. 163/165.

Feitas essas considerações, é possível dizer que o objeto da pretensão da agravante seria o de igualar as meações mediante o desembolso, pelo recorrido, da quantia de R\$ 203.223,29 e a justificativa que se obtém para este requerimento se concentra no fato de o cônjuge-varão haver permanecido com a propriedade de imóveis cujos valores são bastante superiores àqueles outros bens atribuídos à ex-esposa.

O teor da decisão interlocutória aparentemente não guarda fidelidade estrita com atos processuais anteriormente praticados nos autos, uma vez que é mencionado pelo Juiz *a quo* que o esboço de partilha de f. 18 e segs. não foi homologado. Ao contrário, o que se extrai destes autos é que o formal de partilha foi expedido (f. 195), circunstância que propicia reconhecer que a divisão dos bens foi homologada. Nesse particular, observo que no memorial se juntou documento oriundo

do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Capital dando conta da transferência do apartamento nº 504 do Edifício Príncipe Charles para a recorrida.

Logo, não seria possível indeferir o pedido de complementação, em dinheiro, para que as meações fossem iguais sob o argumento de que o esboço de partilha ainda não havia sido homologado.

No entanto, reputo inviável, por ora, o acolhimento da pretensão da recorrente, pois, no aludido esboço, atribuiu-se-lhe a fração ideal de 5% sobre o imóvel da Rua Rio Grande do Norte (f. 24) - que é o mais valioso - e ainda, dentre outros bens, 86,35% sobre o dinheiro proveniente de saldo em conta-corrente e aplicações financeiras em nome do recorrido e que equivalem a R\$ 630.000,00 (f. 26).

Mas a partilha igualitária do dinheiro em conta-corrente abrangeu R\$ 340.783,96 para cada um dos cônjuges, consoante determinado na sentença que decretou o divórcio.

Dentro desse contexto, não há segurança para decidir sobre o cabimento da referida complementação, pois a cópia integral dos autos do divórcio e das fases seguintes não foi anexada ao agravo, e, aparentemente, não há como se desfazer o condomínio sobre o imóvel da Rua Rio Grande do Norte mediante o desembolso da quantia complementar quando o agravado a isso se opõe.

Nego provimento.

DES. EDUARDO ANDRADE - Peça vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAR O PRIMEIRO VOGAL NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Dra. Daniela Mara Ramos.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 23.03.2010, a pedido do Primeiro Vogal, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

Foi novamente adiado na sessão do dia 06.04.2010, a meu pedido, após votar o Primeiro Vogal negando provimento ao recurso.

Pedi vista para reexame nos autos e cheguei à mesma conclusão a que chegaram os eminentes Desembargadores Relator e Revisor, daí por que, também, nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Transporte intermunicipal irregular - Tutela antecipada deferida anteriormente - Descumprimento - Apreensão dos veículos - Liberação somente mediante pagamento da multa anteriormente imposta - Valor arbitrado - Aumento - Não cabimento - Reincidência - Pagamento em dobro - Cabimento - Recurso parcialmente provido

Ementa: Agravo de instrumento. Transporte intermunicipal irregular. Tutela antecipada deferida anteriormente. Descumprimento. Multa. Condição para liberação. Reincidência.

- A liberação deve ser condicionada não só com o pagamento das despesas, mas também com o pagamento da multa arbitrada anteriormente por este Tribunal em caso de descumprimento da ordem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0105.07.241348-4/004 - Comarca de Governador Valadares - Agravantes: Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda. e outros - Agravados: Pedro Júlio Medeiros do Carmo e outro, Adilson Ferreira de Assis, Admar Felício da Silva e outro, Admilson Faria e outro, Benedito Lotero da Cruz, Carlin Alves do Amaral, Clodoaldo Raimundo da Silva, Daniel Moreira Dias, Fausto Ferreira Cunha, Geraldo Evangélio, Leandro Gonçalves de Moraes, Luiz Carlos Cirilo da Costa, Luiz Fernandes Rodrigues, Luiz Paulo de Figueiredo, Mário Lúcio Ramos de Araujo, Paulo Edgard da Silva Rocha, Pedro Xavier, Vinícius Cangussu Starling, Wilson Correia Alves, Wilson Ferreira de Souza, David Goulart Matozinho, Daniel Gonçalves de Moraes, David Ponciano da Silva, Geraldo Januário Pires e outro, Jarbas Rafaely de Castro Leite, Vicente Apolônio de Sousa, José Cândido Dias, Vanderlúcio Gomes da Conceição e outro, Ademir Moreira da Silva e outro, Ivo Lopes de Aguiar, Adair Alves Caldeira, Schneider Fernandes Lauriano, Ilarino Bandeira Neto, Galdino Xavier Transporte e Turismo Ltda., João Agapito Gonçalves Paranhos, Neile Everson Fernandes Lauriano, Osvaldo Luiz de Souza, Elias Dias Pereira, Kátia Lúcia Xavier de Alencar, Mauricio Geraldo Cardozo, João Batista Dias, João Justino de Brito, Maria da Glória de Souza, Geso Alves, Valdivino Ornela da Silva, Geraldo Alves Caldeira - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2010. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Alan Otaviano Dantas Meira.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto por Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda. e outros, contra a r. decisão de f. 40/42, proferida nos autos da ação de obrigação de não fazer c/c imposição de multa cominatória e tutela antecipada, ajuizada pelos agravantes, em desfavor dos agravados, Adriano Rodrigues dos Santos e outros, por via da qual o MM. Juiz de primeira instância deferiu o pedido de liberação do veículo e do documento apreendido, “condicionada ao pagamento das despesas geradas pela apreensão, bem como as decorrentes da aplicação das penalidades previstas no CTB, diversas da multa judicial”. Determinou, ainda, que os requeridos se abstenham de realizar o transporte de passageiros, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00, além das penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro, “cada vez ao ser flagrado afrontando a decisão proferida pelo TJMG”.

Irresignados, buscam os agravantes a reforma da r. decisão, argumentando, em síntese, que o Juízo *a quo* não cumpriu a decisão proferida por esta Turma em seus exatos termos, já que não condicionou a liberação dos veículos apreendidos em atividades clandestinas ao pagamento da multa pecuniária, conforme determina o acórdão de f. 158/163.

Asseveram que o depósito judicial prévio da multa cominatória arbitrada é imprescindível à eficácia da decisão proferida, de forma a coibir o transporte clandestino na região, tendo em vista o elevado índice de reincidência, comprovado pelas apreensões documentadas em relatório colacionado aos autos.

Aduzem que a futura interposição de inúmeras ações de execução para recebimento do valor correspondente às multas não se coaduna com os princípios da economia processual e da celeridade, ressaltando que a maioria dos agravados não possui bens a penhorar.

Por essas razões, pugnaram pelo processamento do presente agravo, pela concessão do efeito suspensivo ativo e, ao final, pelo provimento do recurso.

Preparo regular à f. 433.

À f. 443, foi indeferida a concessão de efeito suspensivo ativo ao agravo.

Intimados, os agravados não apresentaram contraminuta conforme certidão de f. 488.

Não foram prestadas informações pelo MM. Juiz, certidão à f. 489.

É o relatório.

Conheço do recurso próprio e tempestivo.

Pretende o agravante que, se os agravados descumprirem a decisão judicial e fizerem transporte coletivo, a liberação do veículo seja condicionada ao pagamento da multa arbitrada por este Tribunal. Pretende, ainda que seja a multa elevada, bem como imposta multa por reincidência.

Conforme cópia do efeito suspensivo do agravo anterior, anexada aos autos à f. 156-TJ, foi determinado que os agravados se abstivessem de efetuar o transporte coletivo de passageiros nas linhas operadas pelo agravante, sob pena de apreensão dos veículos e pagamento de multa diária de R\$ 300,00, limitada ao valor de R\$ 10.000,00. Ao julgar o recurso, a ele foi dado provimento, sendo que consta do acórdão de f. 163-TJ que a decisão que concedeu o efeito suspensivo ativo foi confirmada.

Conforme decisão agravada de f. 40/42-TJ, os agravados descumpriram a decisão daquele agravo de instrumento e tiveram seus veículos apreendidos, sendo que o MM. Juiz *a quo* autorizou a liberação dos veículos, determinando que os agravados não realizem o transporte sob pena de pagar multa de R\$ 10.000,00 cada vez que forem flagrados. Sustentou que a liberação estava condicionada ao pagamento das despesas, diversas da multa judicial.

Ocorre que este Tribunal já havia determinado que os agravados não transportassem os passageiros nas linhas do agravante, sendo que eles descumpriram tal ordem, devendo já ter sido determinado o pagamento da multa, e não reforçar a decisão anterior. Sendo assim, a liberação deveria ter sido condicionada não só ao pagamento das despesas, mas também ao pagamento da multa arbitrada anteriormente por este Tribunal em caso de descumprimento da ordem.

É necessário ressaltar que a instância monocrática está condicionada ao julgamento realizado por este Tribunal anteriormente, sendo que, em caso de descumprimento da ordem por algum dos agravados, deve o MM. Juiz *a quo* determinar o pagamento de multa já fixada, não podendo reiterar a decisão, nem mesmo alterar o valor da multa já decidida.

Conclui-se que o agravante tem razão nesse ponto, pois, se a multa não for exigida para liberação do veículo, os agravados continuarão a realizar o transporte clandestino.

Pretende, ainda, que o valor da multa seja elevado, bem como seja cominada multa por reincidência.

Quanto ao valor, razão não assiste ao agravante, pois o valor de R\$ 300,00, limitado a R\$ 10.000,00, se mostra condizente com a situação, devendo ser cobrado para que ocorra a liberação do veículo, caso algum dos agravados descumpra a ordem judicial.

Como o agravante trouxe aos autos diversos documentos que demonstram que os agravados têm, reiteradas vezes, descumprido a decisão que determinou a

abstenção de transporte coletivo de passageiros nas linhas operadas pelo agravante, dou provimento ao agravo para que, em caso de reincidência, o valor a ser cobrado de multa para que ocorra a liberação do veículo seja o dobro da anteriormente fixada. Sendo assim, caso algum dos agravados seja reincidente, pagará R\$ 600,00; se for reincidente pela 3ª vez, pagará R\$ 1.200,00; e assim por diante.

Todos os valores arbitrados estão limitados a R\$ 10.000,00.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

Ementa: Agravo de instrumento - Ausência de preparo - Pedido assistência judiciária - Requisitos preenchidos - Concessão - Ação ordinária - Obrigação de não transportar - Descumprimento da medida - Veículo apreendido - Liberação - Necessidade de prévio depósito da multa.

1 - Não tendo sido efetuado o pagamento das custas processuais atinentes ao recurso, pode ser deferido à parte o benefício da assistência judiciária e dispensado o preparo, ainda que em grau de recurso, desde que sejam preenchidos os requisitos exigidos pela Lei 1.060/50 e haja comprovação da piora na situação financeira do recorrente. Poderá, todavia, ser dispensada a comprovação da piora da situação financeira quando o pedido, formulado anteriormente, não tiver sido apreciado.

2 - Em razão do descumprimento da ordem judicial para não realização do transporte intermunicipal de passageiros sem autorização para o ato, o veículo pode ser liberado, desde que a multa fixada seja previamente depositada.

3 - Até que a multa seja depositada, deve o veículo permanecer apreendido, conforme determinado. (Agravo de Instrumento nº 1.0220.08.008331-8/002, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 10.11.2009.)

Com tais razões, dou parcial provimento ao recurso para condicionar a liberação do veículo ao pagamento da multa anteriormente arbitrada, bem como fixar valor para o caso de reincidência.

É o voto.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Sr. Presidente, evidencio aqui que recebi memorial de lavra da Empresa Valadarense de Transportes Coletivos, estou aqui em mãos com o voto do eminente Desembargador Alberto Henrique e, com os mesmos motivos e fundamentações que ele colocou aqui, dando parcial provimento ao recurso para condicionar a liberação do veículo ao pagamento da multa anteriormente arbitrada, bem como fixar novo valor para o caso de reincidência, integralmente com o estimado Relator.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Também registrando o recebimento e apreciação de memorial a tempo e modo subscrito pelo Dr. Alan Otaviano Dantas Meira, acompanho os votos que me antecederam para dar parcial provimento ao agravo.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Antena de telefonia celular - Riscos à saúde da população - Laudos periciais - Não comprovação de malefícios - Ausência de prova em contrário - Instalação - Autorização dos órgãos competentes - Improcedência da ação

Ementa: Ação civil pública. Antena de telefonia celular. Ausência de prova quanto aos riscos à saúde da população. Instalação dos equipamentos após autorização dos órgãos competentes.

- Os laudos periciais de engenharia e de médicos constantes nos autos confirmam que inexistem elementos científicos comprobatórios de malefícios à saúde provocados por energia eletromagnética de baixa frequência, ressaltando que a Organização Mundial de Saúde não evidenciou qualquer prova de que as estações de rádio-frequência e a utilização de aparelhos celulares sejam danosos à saúde humana.

- Se a Anatel, Prefeitura de Belo Horizonte e Comam autorizaram a instalação da antena de telefonia na Rua José Satyro, Bairro Castelo, conclui-se que as condições oferecidas pela apelada foram aprovadas e, ao menos em tese, considera-se que a obra respeita as regulamentações existentes, até porque a associação comunitária recorrente não trouxe qualquer prova em contrário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.253777-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Associação dos Moradores do Conjunto Novo Dom Bosco - Apelado: Tim Nordeste S.A. - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2010. - *Francisco Kupidowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Nestes autos, existe um pedido do procurador da Tim Nordeste S.A., Dr. Alexandre Atheniense, pedindo o adiamento do julgamento, em razão de viagem do mesmo a São Paulo. Ele traz aos autos documentação comprovando o bilhete aéreo dessa viagem.

Primeiro, indago se o procurador representante da Associação dos Moradores do Conjunto Novo Dom Bosco se encontra presente no recinto.

Constatei à f. 1.272 dos autos a existência de um substabelecimento, sem reserva de poderes, outorgado pelo primitivo procurador da Tim Nordeste S.A. ao escritório Ateniense, e, especificamente, no substabelecimento consta o nome do Dr. Alexandre Atheniense e de mais três advogados militantes naquele escritório. Então, em vista de tal constatação, não obstante o bilhete aéreo anexado ao pedido, existindo outros procuradores tão aptos e culturalmente inteligentes para fazer a sustentação oral daquele que pede o adiamento, na qualidade de Relator, indefiro o pedido.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Pelos mesmos fundamentos, também indefiro.

DES. NICOLAU MASSELLI - Sr. Presidente, penso o seguinte: às vezes, num escritório de advocacia, onde militam vários advogados, cada um fica limitado a uma área, e, quem sabe, a esta área está limitada somente essa pessoa ou esse advogado que vai para São Paulo, motivo pelo qual defiro o pedido.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra uma sentença que, na Comarca de Belo Horizonte - 26ª Vara Cível - julgou improcedentes os pedidos feitos em ação civil pública, surge o presente apelo interposto pela Associação de Moradores do Conjunto Novo Dom Bosco, visando obstaculizar a instalação de equipamentos de telefonia móvel próximo às áreas residenciais.

Ressalta que os efeitos das radiações emitidas pelas antenas de telefonia celular se dividem em térmicos e não térmicos. Os primeiros causam queimaduras, enquanto os segundos são malignos aos seres humanos ou entes vivos, pois provocam câncer, mutações genéticas, prejuízo no aprendizado, etc.

Afirmam que a antena está sendo instalada em um local onde existe uma escola infantil, e, a apenas 200 metros, já existe outra antena de telefonia móvel, o que agrava os efeitos sobre as pessoas; tendo em vista o princípio da precaução, espera o provimento do recurso.

Por se tratar de ação civil pública, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, cujo parecer opinativo se encontra às f. 1.341/1.344, pelo desprovimento do recurso.

Trata-se de ação civil pública proposta por associação de moradores em desfavor da Tim Nordeste S.A., sob o argumento de que a instalação de torre de telefonia na comunidade causará transtornos, visando, assim, impedir a colocação da referida estação de rádio-base na Rua José Satyro, Bairro Castelo, juntando aos autos diversas reportagens e estudos que defendem sua tese.

A pretensão autoral fundada no argumento de que a antena de telefonia será instalada próximo a uma escola infantil não convence, valendo a ressalva do laudo pericial de engenharia, f. 941:

Não seria inconsequente implantá-la perto de creches, escolas, hospitais e outras ERBs já instaladas, desde que esta ERB, a ser implantada, atenda aos padrões e normas que definem o somatório das densidades de potência irradiada, tanto da atual e da a ser instalada, considerando todos os sistemas irradiantes (antenas) instalados na mesma torre, na direção do azimute de maior potência, baseado a integral de revolução do vetor de Poynting.

O engenheiro - perito oficial - afirma, inclusive, que desconhece trabalhos realizados por entidades internacionais, com participação de cientistas, apontando conclusivamente que a radiação não ionizante emitida por Estações de Rádio de Base - ERB ou por qualquer outra Estação de Telecomunicações proporciona riscos à saúde.

O laudo pericial médico constante nos autos enfatiza:

Nos últimos doze anos, a revisão pelos painéis de especialistas independentes, nacionais e internacionais, foi praticamente anual. Essas revisões têm sido consistentes na conclusão de que a pesquisa científica tem demonstrado que não existe nenhum risco à saúde para usuários de telefones celulares ou qualquer outro produto que utilize ondas de rádio e opere dentro das diretrizes de exposição aceitas internacionalmente, ou para aqueles que residem próximo a estações de rádio-base (f. 1.034).

Ressalta o perito médico que as agências reguladoras dos principais países do "Primeiro Mundo" são unânimes em afirmar a falta de elementos científicos comprobatórios de malefícios à saúde provocados por energia eletromagnética de baixa frequência, e que a Organização Mundial de Saúde também não evidenciou qualquer prova de que as estações de rádio-frequência e a utilização de aparelhos celulares sejam danosos à saúde humana.

A conclusão do perito médico é a seguinte:

As estações de rádio-frequência (rádio-base) de telefonia móvel e os telefones celulares, quando em uso, emitem baixos níveis de energia eletromagnética, dezenas de vezes inferiores ao limite estabelecido no Brasil e internacionalmente.

Não há evidências científicas de que a exposição a campos eletromagnéticos de baixa frequência, como os emitidos por estações de rádio-frequência (rádio-base), e o uso de telefones celulares, mesmo por crianças e adolescentes, possam causar efeitos adversos à saúde humana, incluídos os cânceres mais diversos (f. 1.040).

Ademais, a apelada está autorizada pela Anatel e pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte a realizar as

obras necessárias à instalação da estação de rádio-base na Rua José Satyro, Bairro Castelo, tendo seu projeto sido aprovado pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente - Comam, através da Câmara de Licenciamento de Antenas de Telecomunicações (f. 751).

Ora, se há autorização de tais órgãos é porque os mesmos aprovaram as condições oferecidas pela apelada, e, ao menos em tese, considera-se que a obra respeita as regulamentações existentes, até porque a associação comunitária recorrente não trouxe qualquer prova em contrário.

Com o exposto, nego provimento à apelação. Custas do recurso, pela apelante, isenta.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - De acordo.

DES. NICOLAU MASSELLI - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Seguro obrigatório - DPVAT - Registro de óbito - Prova suficiente do nexa causal - Indenização - Valor - Lei 6.194/74 - 40 salários-mínimos vigentes à época do sinistro - Correção monetária - Termo inicial - Data do evento danoso - Recurso provido

Ementa: Ação de cobrança. DPVAT. Certidão de óbito. Prova suficiente do nexa de causalidade. Valor indenizatório. 40 salários-mínimos vigentes à época do sinistro. Correção monetária. Termo inicial.

- A certidão de óbito trazida aos autos é suficiente para comprovar o nexa de causalidade entre o acidente de trânsito e o dano em questão.

- O valor da indenização do seguro obrigatório (DPVAT), nos casos de morte em acidente de trânsito, é equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos vigentes à época do sinistro que ocasionou a morte, e não à época da liquidação do débito.

- A correção monetária tem por finalidade manter atualizado o valor da dívida, assim, para que não haja prejuízo e lucro para as partes, a mesma deve incidir desde a data do evento danoso que originou a ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.08.269530-2/001 - Comarca de Ipatinga - Apelantes: Florentina Martins da

Silva e outros - Apelada: Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - Luiz Carlos Gomes da Mata - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Florentina Martins da Silva e outros, em razão da douta sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido inicial em ação de cobrança de seguro DPVAT, movida em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A.

Alegam os apelantes que instruíram a inicial com todos os documentos exigidos pela lei que regula o seguro DPVAT.

Afirmam que a sentença merece ser reformada, uma vez que restou comprovado nos autos que a vítima faleceu em decorrência de acidente de trânsito.

Sustentam que o valor da indenização deve ser equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos vigentes à época da liquidação do sinistro.

A comprovação do preparo não foi acostada por estarem os apelantes sob o pálio da justiça gratuita.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 128/137.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos, constata-se, da sentença proferida às f. 109/114, que o ilustre Magistrado julgou improcedente o pedido inicial sob o seguinte argumento:

No caso vertente, embora conste do documento incluso na f. 44 ter sido 'traumatismo crânio encefálico - acidente de trânsito' a causa da morte da vítima, não restou demonstrado nos autos que o acidente de trânsito em questão tenha sido provocado por veículo automotor.

Verifica-se que, à época do sinistro, o seguro DPVAT regia-se pela Lei nº 6.194/74, a qual, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que:

O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolição da qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

Nesse diapasão, constata-se que a certidão de óbito, juntada à f. 44, é clara ao afirmar que a vítima faleceu em razão de acidente de trânsito, não sendo necessário nenhum outro documento para comprovar esse fato. Assim, no meu modesto inteligir, assiste razão aos apelantes, uma vez que a certidão de óbito trazida aos autos é suficiente para comprovar o nexo de causalidade entre o acidente de trânsito e o dano em questão.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial. Senão, vejamos:

Civil e processual civil - Apelação - Ação de cobrança de indenização de seguro DPVAT - Morte - Preliminar - Carência da ação por falta de interesse de agir - Rejeição - Ausência de boletim de ocorrência - Irrelevância - Registro de óbito embasado em declaração de médico do IML - Prova suficiente do nexo de causalidade - Dever de indenizar - 40 salários-mínimos - Cálculo - Lei nº 6.194/74 - Recurso provido em parte.

- O interesse de agir consiste na utilidade e na necessidade da atividade jurisdicional para o atendimento da pretensão da parte autora e se mostra presente se no processo resta caracterizada a resistência e o litígio das partes.

- O boletim de ocorrência não é documento indispensável à ação de cobrança do seguro DPVAT.

- A declaração do médico do IML, constante de documento público, é prova bastante à demonstração da causa do óbito e do nexo com o acidente.

- Para o caso de morte, o valor da indenização devida será no valor equivalente a 40 salários-mínimos vigentes na época do sinistro, desta data incidindo correção monetária, a teor da Lei nº 6.194/74, não se aplicando a Lei nº 11.484/2007 aos casos que lhe sejam anteriores.

Recurso conhecido, provido em parte. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0701.09.266822-0/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, julg. em 08.10.2009.)

Ademais, com base no art. 333, II, do Código de Processo Civil, constatado pelo réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, cabe ao mesmo provar a existência de tal fato, o que *in casu* não ocorreu.

Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

Ementa: Indenização - DPVAT - Complemento - *Quantum* - Fixação em salário-mínimo - Ônus da prova - Art. 333, II, do CPC - Critério na Lei 6.194/74 - Juros moratórios - Correção monetária - Termo inicial - Ato omissivo da seguradora.

- A Lei 6.194/74 fixa os valores de indenização, no caso do seguro obrigatório, em número de salários-mínimos, não sendo revogada pelas Leis 6.205/75 e 6.423/77, ou art. 7º, IV, da CF/88. Essas normas vedaram a utilização do salário-mínimo como indexador econômico, não sua aplicação como padrão de valor.

- O ônus da prova, *prima facie*, incumbe ao autor. Todavia, é patente a transferência do encargo ao réu, quando este assevera existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito contra si pleiteado, consoante regra do art. 333, inciso II, do CPC.

- Comprovada a data do pagamento do DPVAT a menor,

essa é o termo inicial para a incidência dos juros moratórios e da correção monetária, por serem devidos desde a omissão da seguradora quanto à quitação integral do seguro. (Apelação Cível nº 2.0000.00.496470-1/000(1) - Comarca de Itajubá - Apelante: Sul América Cia. Nacional de Seguros S.A. - Apelada: Maria José de Lima Ribeiro - Relator: Des. Afrânio Vilela - DJ de 13.04.2005.)

Constata-se que a seguradora apelada não faz prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos apelantes, ônus este que lhe incumbia, conforme art. 333, II, do CPC. Assim o dever de indenizar se impõe.

Ultrapassado este ponto, vislumbro que, à época do sinistro (23.06.1989), o seguro obrigatório DPVAT regia-se pela Lei 6.194/74, que, na alínea a do art. 3º, fixava a indenização securitária em 40 (quarenta) salários-mínimos, conforme se transcreve:

Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:

a) 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de morte;

Assim, não há dúvidas quanto à indenização no valor de 40 (quarenta) salários-mínimos e quanto à possibilidade de o salário-mínimo ser utilizado como base para fixação do valor indenizatório.

Tal entendimento já foi pacificado por nossa jurisprudência:

Ação de cobrança - Seguro obrigatório - DPVAT - Obrigação indenizar - Prova do acidente e do dano morte - Inteligência da Lei nº 6.194/74 - Desnecessidade de apresentação de DUT do veículo acidentado e do boletim de ocorrência - Presença do interesse de agir - Carência de ação afastada. - A Lei nº 6.194/74, que estipula o critério de apuração do valor do seguro obrigatório e o prescreve em 40 salários-mínimos, permanece em vigor, não sendo revogada pelas Leis 6.205/75 e 6.243/77. - A indenização correspondente ao seguro obrigatório deve ser equivalente a 40 vezes o salário-mínimo vigente à época do evento que causou morte ou invalidez permanente, corrigido monetariamente a partir daí.

- A não obrigatoriedade das vítimas ou de seus beneficiários da apresentação do DUT para recebimento da indenização referente ao DPVAT precede à vigência da Lei nº 8.441/92. (TAMG, Ap.: 0428445-5, Quarta Câmara Cível, Rel.: Juiz Antônio Sérvulo, j. em 20.04.2004.)

Ementa: Ação de cobrança - DPVAT - Valor pago a menor - Quitação específica - Ausência - Lei 6.194/74 - Salário-mínimo - Utilização apenas como parâmetro da indenização - Possibilidade - Correção monetária - Juros de mora - Termo a quo. - A fixação dos valores da indenização, no caso do seguro obrigatório, em número de salários-mínimos, estabelecida pela Lei nº 6.194/74, não foi revogada pelas Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77, nem pelo art. 7º, IV, da CF/88, pois o que tais normas jurídicas vedaram foi a utilização do

salário-mínimo como indexador, isto é, como fator de correção monetária, sendo legítima a sua aplicação como padrão de valor, ou seja, como quantificador, apenas para que se possa calcular o montante do seguro devido. De acordo com a regulamentação legal, assiste à autora o direito ao recebimento de 40 (quarenta) salários-mínimos, não podendo ser acolhida a pretensão de pagamento a menor, com base na regulamentação do CNSP, órgão administrativo que, obviamente, não pode emitir regras contrárias à lei. Para se chegar à quantificação correta da indenização, deve-se tomar o valor do salário-mínimo vigente na época do sinistro, momento em que surge a pretensão indenizatória, aplicando-se, sobre o valor devido, correção monetária desde a data do acidente, bem como juros moratórios a partir da citação. (TJMG 17ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0024.05.874036-6/001, Rel. Des. Lucas Pereira, p. em 20.04.2007.)

Nesse diapasão, consoante orientação doutrinária e jurisprudencial, o valor do salário-mínimo para efeito de cálculo da indenização securitária é o vigente à época do nascimento da obrigação, ou seja, do acontecimento do sinistro. Isso porque determinar o pagamento em salário-mínimo vigente atualmente, em razão de um fato gerador ocorrido no passado, seria ir contra a Constituição da República, que, em seu art. 7º, IV, veda a adoção do salário-mínimo como indexador ou como fator de correção monetária.

Por fim, no tocante ao termo inicial de incidência da correção monetária, é cediço que a correção monetária tem por finalidade manter atualizado o valor da dívida, para que não haja prejuízo e lucro para as partes, a mesma deve incidir desde a data do evento danoso que originou a ação.

Nesse sentido, segue a jurisprudência:

Indenização - Ilícito contratual - Correção monetária e juros de mora - Incidência da primeira a partir do efetivo prejuízo, contados os segundos da data da citação. Ementa oficial: Ato ilícito contratual.

1. Correção monetária. A correção alcança período anterior ao ajuizamento da ação. No caso, desde o efetivo prejuízo.
2. Juros de mora. São contados a partir da citação.
Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido. (REsp nº 5.159-SP - 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves.)

Com tais considerações, dou provimento ao apelo, reformando a sentença combatida, para julgar procedente o pedido inicial nos termos do art. 269, I, do CPC e condenar a apelada, Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. no pagamento de indenização referente ao seguro obrigatório - DPVAT, no valor equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos vigentes à época do sinistro, com correção monetária apurada segundo os índices divulgados pela Corregedoria de Justiça desde então, acrescidos de juros mensais de 1% (um por cento) a partir da condenação até o efetivo pagamento, conforme se apurar.

Condene, ainda, a apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

É o voto.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - *Data venia* ao entendimento do ilustre Des. Relator, ousou divergir apenas com relação ao valor do salário-mínimo, que deverá ser levado em consideração para o pagamento do valor indenizatório do DPVAT.

Ressalto que se deve levar em consideração o valor do salário-mínimo à época do efetivo pagamento, e não na época do sinistro, porque, assim, o beneficiário da indenização do seguro DPVAT irá receber a quantia devidamente corrigida.

Quanto ao mais, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator.

Com o exposto, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido inicial, condenando a seguradora recorrida a pagar ao autor a quantia equivalente a 40 salários- mínimos vigentes no tempo do efetivo pagamento.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Contribuição sindical - Cobrança do Município - Sindicato - Base territorial - Ausência de registro junto ao Ministério do Trabalho - Ilegitimidade ativa do sindicato - Reconhecimento - Honorários advocatícios - Fixação

Ementa: Contribuição sindical. Cobrança do Município. Sindicato. Extensão territorial. Ausência de registro junto ao Ministério do Trabalho. Ilegitimidade ativa do sindicato reconhecida. Honorários advocatícios. Fixação consoante o § 4º do art. 20 do CPC. Recurso parcialmente provido.

- O sindicato tem a liberdade de ampliar a sua base territorial, mas não pode se afastar do princípio da unicidade, que somente se preserva com o competente registro perante o Ministério do Trabalho, evitando-se, assim, a duplicidade de representação de uma categoria profissional em uma mesma base territorial.

- A ausência de registro perante o Ministério do Trabalho constitui causa para o reconhecimento da ilegitimidade do sindicato para postular pedido na qualidade de substituto processual de categoria profissional, notadamente o recebimento das contribuições sindicais.

- Honorários advocatícios alterados a fim de adequá-los ao § 4º do art. 20 do CPC, levando-se em conta, ainda, a natureza da causa e o grau de zelo profissional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.280829-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Sinsem - Sindicato dos Servidores do Município de Governador Valadares - Apelado: Município de Alpercata - Relator: DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvim Soares, 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, 11 de maio de 2010. - *André Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Servidores Municipais do Município de Governador Valadares - Sinsem/GV, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que julgou improcedente o pedido formulado em ação de cobrança ajuizada em desfavor do Município de Alpercata, pretendendo o repasse das parcelas referentes à contribuição sindical e à mensalidade sindical dos servidores filiados ao apelante.

Alega o recorrente que se encontra registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, o que comprova a sua regularidade, não havendo, pois, que se falar em ilegitimidade ativa.

Sustenta que a lei não exige expressamente que as extensões de base devam ser registradas no Ministério do Trabalho.

Indica, como outra prova de sua legitimidade para representar os servidores do Município de Alpercata, que fora convocado pelo Ministério Público do Trabalho para representar tais servidores em procedimento investigatório.

Argumenta que, ainda que se comprove a suposta irregularidade no funcionamento do sindicato, isso não constituiria óbice à representação dos servidores de Alpercata, nem ilegitimidade para figurar no polo ativo, uma vez que o registro no Ministério do Trabalho possui apenas fim informativo, bem como porque a liberdade sindical, imposta pela Constituição Federal de 1988, aboliu qualquer forma de controle estatal sobre as entidades sindicais.

Defende, por fim, que a atitude do Município constitui crime, já que está se apropriando indevidamente de valores descontados de seus servidores.

Requer, portanto, a cassação da sentença, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo réu, a fim de se declarar a sua legitimidade para figurar no polo ativo do presente feito.

De forma subsidiária, pugna para que os honorários advocatícios sejam fixados mediante apreciação equitativa, em conformidade com o § 4º do art. 20 do CPC.

Contrarrazões foram apresentadas pelo Município de Alpercata às f. 215/219, pleiteando o desprovemento do recurso e a manutenção do *decisum* recorrido.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes seus requisitos de admissibilidade.

O Sindicato dos Servidores Municipais do Município de Governador Valadares - Sinsem/GV ajuizou a presente ação de cobrança em face do Município de Alpercata, pretendendo o repasse das parcelas referentes à contribuição sindical e à mensalidade sindical dos servidores que lhes são filiados.

O digno Juiz singular entendeu que o apelante não possui legitimidade para figurar no polo ativo do presente feito, pois não há provas de que seja uma organização sindical legalmente constituída no Município apelado, ou seja, com registro junto ao Ministério do Trabalho.

A meu ver, incensurável a sentença.

Primeiramente, vejamos a disciplina constitucional a respeito:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Extrai-se dos dispositivos acima que coexiste com o princípio da liberdade sindical o princípio da unicidade, vedando-se a criação de mais de um sindicato atuante na mesma base territorial, que não será inferior à área de um Município.

Em atendimento ao princípio da unicidade sindical, consagrou o texto da Constituição a necessidade de o sindicato promover o registro no órgão competente, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, enquanto não regulamentado pelo legislador infraconstitucional, é o Ministério do Trabalho.

A propósito, o colendo STF editou a seguinte súmula:

Súmula 677 - Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

É certo que tal registro propicia justamente o controle da unicidade sindical.

Esse é o posicionamento do eg. STF, confira-se:

Ementa: Constitucional. Recurso extraordinário. Julgamento pelo relator. CPC, art. 557, § 1º-A. Legitimidade constitucional. Constitucional. Sindicato. Registro no Ministério do Trabalho: liberdade e unicidade sindical. CF, art. 8º, I e II. [...]

II - Liberdade e unicidade sindical: competência para o registro de entidades sindicais (CF, art. 8º, I e II): recepção, pela CF/88, da competência do Ministério do Trabalho para o registro. Esse registro é que propicia verificar se a unicidade sindical, limitação constitucional ao princípio da liberdade sindical, estaria sendo observada ou não, já que o Ministério do Trabalho é detentor das informações respectivas.

III - Precedentes do STF: MI 144-SP, Pertence, Plenário, DJ de 28.5.93; RMS 21.758-DF, Pertence, 1ª Turma, DJ de 04.11.94; ADIn 1121 (MC)-RS, Celso de Mello, DJ de 06.10.95; RE 134.300-DF, Pertence, 1ª Turma, 16.8.94.

IV - RE provido. Agravo improvido (RE-AgR 222285/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 26.02.02).

Outra não é a jurisprudência do STJ:

Processual civil. Ação ordinária. Ilegitimidade ativa de sindicato. Aquisição de personalidade jurídica. Registro no Ministério do Trabalho e Emprego. Exigibilidade. Verificação da unicidade sindical.

1. A Constituição Federal de 1988, ao vedar a exigência de autorização estatal para fundação de sindicato, pôs a salvo a obrigatoriedade de registro em órgão competente, assim dispondo em seu art. 8º, I: 'A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical'.

2. O Ministério do Trabalho e Emprego é o órgão competente para o registro das entidades sindicais, consoante o disposto expressamente no art. 558 da CLT, *verbis*:

'Art. 558. São obrigadas ao registro todas as associações profissionais constituídas por atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, de acordo com o art. 511 e na conformidade com o Quadro de Atividades e Profissões a que alude o Capítulo II deste Título. As associações profissionais registradas nos termos deste artigo poderão representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses individuais dos associados relativos à sua atividade ou profissão, sendo-lhes também extensivas as prerrogativas contidas na alínea d e no parágrafo único do art. 513.

§ 1º O registro a que se refere o presente artigo competirá às Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho ou às repartições autorizadas em virtude da lei.'

3. O referido registro é ato vinculado que complementa e aperfeiçoa a existência legal de entidade sindical, razão pela qual 'o Sindicato, sem o registro no MTE, não é sujeito de direito, não lhe assistindo, então, o direito de ação em juízo, dado que não detém a indispensável representatividade da

categoria, o que lhe retira a legitimidade ativa' (REsp nº 524.997/PB, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07.03.2005 - Precedentes: AgRg no REsp nº 503.759/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003; e REsp nº 503.963/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 30.06.2003).

4. A imprescindibilidade desse registro se revela na medida em que o mesmo constitui meio eficaz para a verificação da observância da unicidade sindical, limitação constitucional ao princípio da liberdade sindical, uma vez que é o Ministério do Trabalho o detentor das respectivas informações. (Precedentes da Corte Especial e do STF: AgRg nos EREsp nº 509.727/DF, Corte Especial, Rel. Ministro José Delgado, DJU de 13.08.2007; EREsp nº 510.323/BA, Corte Especial, Rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 20.03.2006; MI nº 144/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.05.1993; AgR no RE nº 222.285/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 22.03.2002; MS nº 23.182/PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 03.03.2000; e MC na ADIn nº 1.121/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 06.10.1995).

5. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 711624/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.04.08).

Consoante se observa das decisões retrocitadas, a exigência de registro do sindicato junto ao Ministério do Trabalho não afronta o princípio da autonomia sindical, sendo imprescindível para a garantia do princípio da unicidade.

No caso específico dos autos, o apelante não comprovou o regular registro da extensão da sua base territorial para o Município de Alpercata, o que era necessário, pois, se o sindicato tem a liberdade de ampliar a sua base territorial, não pode se afastar do princípio da unicidade, que somente se preserva com o competente registro perante o Ministério do Trabalho, evitando-se, assim, a duplicidade de representação de uma categoria profissional em uma mesma base territorial.

Ressalte-se que os documentos de f. 171/172 atestam o registro do ato constitutivo do Sindicato no Ministério do Trabalho, todavia, com abrangência apenas ao Município de Governador Valadares.

Lado outro, o fato de o recorrente ter sido convocado pelo Ministério Público do Trabalho para representar os servidores do Município apelado não supre a irregularidade existente, qual seja a falta do registro da extensão de sua base territorial no órgão competente.

Este eg. Tribunal, em várias oportunidades, já teve também a oportunidade de decidir que:

Ementa: Processo civil. Consignação em pagamento. Contribuição sindical. Titularidade e direito ao recebimento das contribuições sindicais.

- A exigência do registro de constituição do sindicato junto ao Ministério do Trabalho não significa que o Estado possa interferir na sua liberdade - que não é, frise-se, uma liberdade absoluta -, já que não há liberdades absolutas. O limite dessa interferência é a própria Constituição.

- A personalidade de direito sindical somente surge após o registro de seus atos no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas, devidamente arquivado no Ministério do Trabalho,

órgão do Poder Executivo competente e apto para realizar a fiscalização quanto à duplicidade de sindicatos na mesma base territorial.

- A extensão territorial da base territorial do sindicato depende, obrigatoriamente, do registro não impugnado no Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para legitimar a representação sindical de uma categoria (TJMG, Processo nº 2.0000.00.299398-2/000, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 09.02.2000).

Sindicato. Expansão da base territorial. Necessidade de registro. Ministério do Trabalho. Princípio da unicidade. Art. 8º da Constituição Federal. - A constituição válida de sindicato e/ou a extensão de sua base territorial dependem de 'registro no órgão competente' (art. 8º, inciso I, da CF), não bastando a transcrição dos estatutos no Registro de Pessoas Jurídicas, pois a salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho (TJMG, Processo nº 2.0000.00.432555-5/000, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 20.05.2004).

Dessa forma, como o registro no Ministério do Trabalho é requisito que aperfeiçoa a existência legal do sindicato, a sua ausência constitui causa para o reconhecimento de sua ilegitimidade para postular pedido na qualidade de substituto processual da categoria profissional, notadamente o recebimento das contribuições sindicais.

Nesse sentido:

Processual civil. Administrativo. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356/STF. Sindicato. Legitimidade. Substituição processual. Registro no Ministério do Trabalho e Emprego. Condição legal de existência. Ausência de registro. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dissídio jurisprudencial. Inexistência. Súmula 83/STJ. Recurso especial conhecido e improvido.

1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca dos arts. 16, I e § 1º, e 18 do Código Civil, e 6º, *caput*, e seu § 1º, da LICC, restando ausente seu necessário prequestionamento, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o sindicato, sem o registro no Ministério do Trabalho e Emprego, não é sujeito de direito, não lhe assistindo, então, o direito de ação em juízo, dado que não detém a indispensável representatividade da categoria, o que lhe retira a legitimidade ativa.

3. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula 83/STJ).

4. Recurso especial conhecido e improvido (STJ, REsp 509727/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 10.10.2006).

Torna-se claro, portanto, a ilegitimidade ativa do sindicato no presente feito, devendo ser mantida a sentença monocrática nesse ponto.

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios fixados pelo ilustre Juiz de 1º grau em 20% sobre o valor da causa, entendo que merece acolhida o pedido do recorrente, a fim de ser aplicado o § 4º do art. 20 do CPC, o que melhor atenderá às peculiaridades da causa.

Com efeito, levando-se em conta a natureza do feito e o grau de zelo profissional, vejo por bem arbitrar os honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso apenas para fixar os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Custas recursais, pelo apelante (art. 21, parágrafo único, do CPC).

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Agravo de instrumento em recurso de mandado de segurança - Liminar - Requisitos cumulativos e simultâneos - Ausência - Indeferimento - Exame de aptidão física e mental - Art. 147, § 2º, da Lei nº 9.503/97 - Prazo de duração do processo de habilitação - Art. 2º, § 3º, da Resolução nº 168 do Contran - Decisão reformada

Ementa: Mandado de segurança. Liminar. Requisitos. Ausência. Indeferimento. Questionamento do prazo estabelecido pelas Resoluções nºs 168 e 169 do Contran, referente ao processo para obtenção da carteira nacional de habilitação. Validade das normas regulamentares estabelecidas pelas resoluções. Decisão reformada.

- A liminar em mandado de segurança tem por objetivo afastar a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

- Os requisitos para a concessão da medida liminar - plausibilidade do direito invocado e o perigo de dano (*fumus boni iuris e periculum in mora*) - são cumulativos, simultâneos, devendo, pois, estar ambos caracterizados nos autos. Não restando comprovados, de plano, a liminar deve ser indeferida.

- Segundo o disposto no § 2º do art. 147 do Código de Trânsito Brasileiro, o exame de aptidão física e mental do candidato à obtenção da carteira nacional de habilitação “será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado”.

- Lado outro, no que se refere ao prazo para duração do processo de habilitação, o Conselho Nacional de Trânsito, no uso das prerrogativas que lhe foram conferidas pela disposição encartada no art. 5º do Código de Trânsito Brasileiro, editou as Resoluções nºs 168 e 169, fixando, válida e regularmente, o tempo máximo de duração do respectivo processo de habilitação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0433.10.317456-4/001 - Comarca de Montes Claros - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravada: Leila Peixoto Santos - Autoridades coatoras: Delegado de Trânsito de Montes Claros e outro - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Geraldo Augusto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2010. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Trata-se de agravo interposto contra a decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado pela ora agravada, a MM. Juíza de Direito *a quo* deferiu o pedido liminar para determinar que o Estado de Minas Gerais permita à impetrante continuar o processo de habilitação (f. 36/39-TJ).

Aduz o agravante, em síntese, que as Resoluções nºs 168/04 e 169/05 não modificaram o prazo fixado no art. 147 do CTB, pois este dispõe sobre o prazo de validade da carteira de habilitação, enquanto aquelas regulamentam o prazo para o processo de aprendizagem e habilitação. Afirma que não houve ofensa a eventual direito adquirido da apelada (f. 02/13-TJ).

Foi concedido efeito suspensivo à decisão agravada (f. 47-TJ).

Decorrido o prazo legal, não foi oferecida resposta ao recurso, conforme certidão de f. 51-TJ.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (f. 56/61-TJ).

Examina-se o recurso.

Ao exame dos autos, verifica-se que se trata de pedido de deferimento de liminar em mandado de segurança, tendo por objetivo afastar lesão ou ameaça de lesão a alegado direito líquido e certo da impetrante, que, segundo esta, residiria no direito de ter a validade do processo de habilitação pelo período de cinco anos, sendo autorizada a dar continuidade ao processo de habilitação, sem que para tanto seja obrigada a realizar novamente a prova teórica de legislação.

A liminar em mandado de segurança tem por objetivo afastar a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Os requisitos para a concessão da medida liminar - plausibilidade do direito invocado e o perigo de dano (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) - são cumulativos, simultâneos, devendo, pois, estar ambos caracterizados nos autos.

A decisão deferiu a liminar requerida, para que seja observado o prazo de validade de cinco anos para o procedimento de habilitação da impetrante (f.39-TJ).

No presente caso, alega a impetrante que, tendo iniciado o processo de habilitação em 15.10.2008, tem direito à extensão da vigência do mesmo até 15.10.2013.

Ora, na hipótese em análise, dois devem ser os prazos levados em conta para o deslinde da controvérsia. Um, relativo à validade/renovação do exame médico e mental, e outro, que se refere à duração do processo de habilitação.

Segundo o disposto no § 2º do art. 147 do Código de Trânsito Brasileiro, o exame de aptidão física e mental do candidato à obtenção da carteira nacional de habilitação “será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado”.

Ante a clareza da norma, desnecessárias maiores digressões acerca do prazo de validade fixado para o exame de aptidão física e mental do candidato à obtenção da carteira nacional de habilitação, tendo sido estabelecido, em regra, o lapso temporal de cinco anos.

No que se refere, especificamente, ao prazo para duração do processo de habilitação, o Conselho Nacional de Trânsito, no uso das prerrogativas que lhe foram conferidas pela disposição encartada no art. 5º do Código de Trânsito Brasileiro, editou as Resoluções nºs 168 e 169, fixando, válida e regularmente, o tempo máximo de duração do respectivo processo de habilitação.

Segundo o disposto no § 3º do art. 2º da Resolução Contran nº 168/2004,

o processo do candidato à habilitação ficará ativado no órgão ou entidade executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, pelo prazo de 12 (doze) meses, contados da data do requerimento do candidato.

A norma do § 2º do art. 147 do Código de Trânsito Brasileiro, a seu turno, trata de hipótese distinta da que é tratada pela disposição prevista nas Resoluções nºs 168 e 169 do Contran (naquele, o prazo de validade do exame, e nestas, o prazo máximo de duração do processo de habilitação).

Nesse diapasão, verifica-se que o processo de habilitação da impetrante venceu em 15.10.2009.

Assim, ausentes, no caso concreto, os requisitos para a concessão da liminar, quais sejam a plausibilidade do direito invocado e o perigo de dano (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), a decisão deve ser reformada.

Percebe-se, assim, que, neste momento, tratando-se apenas de liminar e restrito aos limites certos e estreitos do agravo, os elementos constantes nos autos não são capazes de formar um juízo plausível do direito alegado, bastantes para a concessão da liminar, conforme dispõe o art. 7º, III, da Lei nº 12.016, de 2009.

Com tais razões, dá-se provimento ao agravo, reformando a decisão hostilizada.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Peço vênia ao em. Relator Desembargador Geraldo Augusto para distanciar-me de seu posicionamento.

No âmbito do mandado de segurança ajuizado pela agravada, insurge-se o Estado de Minas Gerais contra a decisão concessiva da liminar para que a autoridade coatora se abstenha de cancelar o processo de habilitação já iniciado em face do suposto vencimento do prazo do exame de aptidão física e mental.

Enfatiza o recorrente que a Resolução nº 168 do Contran é válida e limita-se a disciplinar as regras estabelecidas no Código de Trânsito Brasileiro quanto ao processo de habilitação.

Argumenta-se que os prazos de conclusão do procedimento de habilitação e aquele de validade do exame médico de higidez física e psicológica são distintos.

Assevera-se, ainda, que os prazos fixados pelas Resoluções nºs 168/2004 e 169/2005 para a realização do exame teórico não ofendem a lei, sendo certo que o Código de Trânsito Brasileiro delegou ao Contran a competência para disciplinar o processo de obtenção da carteira de habilitação.

Com efeito, o Código de Trânsito Brasileiro confere ao Contran a prerrogativa de disciplinar, por regulamento, o processo de habilitação, as normas relativas à aprendizagem na direção de veículos (art. 141), sendo certo que nunca existiu ato administrativo algum que dispusesse sobre o prazo de duração do procedimento para a obtenção de carteira de motorista.

Por certo, o art. 147, § 2º, do CTB somente menciona que o exame de aptidão física e mental será pre-

liminar e renovável a cada cinco anos ou a cada três anos para condutores com mais de 65 anos de idade; não se podendo extrair deste preceito que o processo de habilitação tenha que ficar em aberto por cinco anos ininterruptos até que o candidato obtenha êxito no exame de legislação e de direção.

Dentro dessa perspectiva, é possível dizer que, realizado o exame de aptidão física e mental, sua validade perdurará por cinco anos, independentemente de estar ou não extinto o processo de habilitação.

Assim, vencido o prazo de um ano e não conseguindo o candidato obter a habilitação, não é cabível ordenar que refaça o exame de aptidão física e mental, cuja validade é de 5 anos; somente serão refeitos os outros exames necessários para complementar estes últimos e propiciar-lhe a carteira de habilitação.

Aliás, a Resolução nº 168, de 14 de dezembro de 2004, menciona que o processo deverá ficar ativado por um ano (art. 2º, § 3º) e o exame físico e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos (art. 4º); não se alterou, portanto, regra alguma da lei ordinária que, como se sabe, nunca estimou regra alguma sobre a duração do processo de habilitação.

Logo, a conclusão que se encontra é aquela segundo a qual é possível conviver harmonicamente com a validade do exame de aptidão física e mental - que somente deverá ser renovado a cada cinco anos ou em prazo menor quando exigido pela lei - e a duração do processo de habilitação, o qual, após um ano, deverá ser arquivado, com renovação dos outros exames.

Fundado nessas considerações, nego provimento ao recurso.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

...

Infração de trânsito - Ação declaratória - Nulidade das autuações - Ausência de notificação - Conversão do julgamento em diligência - Determinação, de ofício, de produção de provas - Juntada de ARs - Ofício aos Correios - Ausência de manifestação judicial - Prolação de sentença - Cerceamento de defesa reconhecido - Cassação da decisão

Ementa: Administrativo. Ação declaratória. Infrações de trânsito. Conversão do julgamento em diligência e determinação, de ofício, para produção de provas. Ausência de manifestação quanto a requerimento formulado pela ré. Cerceamento de defesa reconhecido.

- Em ação declaratória que objetiva a desconstituição de infrações de trânsito, anula-se a sentença quando a autoridade judiciária determina, de ofício, a produção de prova documental, mas não examina requerimento da ré para que se oficie aos Correios, a fim de demonstrar que o condutor ou proprietário do veículo foi regularmente notificado da infração de trânsito.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.323647-7/001 -
Comarca de Contagem - Apelante: Transcon - Autarquia
Municipal de Trânsito e Transportes de Contagem -
Apelada: Dalva Maria Almeida Lucas da Silva - Relator:
DES. ALBERTO VILAS BOAS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, 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 junho de 2010. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

A recorrida ajuizou ação declaratória contra a apelante objetivando declarar a nulidade de autuações de infração de trânsito, haja vista que não foi previamente notificada para apresentar defesa no âmbito administrativo.

Sustenta a apelante a nulidade da sentença que julgou procedente o pedido em razão do cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que a autoridade judiciária determinou a juntada dos ARs expedidos com a finalidade de notificar a autora acerca das autuações impugnadas e, sem analisar o requerimento por ela formulado - no sentido de que fosse oficiado aos Correios - pôs fim ao processo.

Com efeito, em sede de contestação, a apelante informou que os ARs destinados à notificação da autora estavam sendo acostados aos autos naquele ato (f. 60), o que não se deu.

A autoridade judiciária, num primeiro momento e sem fazer qualquer análise das peças processuais, determinou fossem anexados os processos administrativos que culminaram na aplicação das penalidades administrativas, a fim de analisar o pedido de antecipação de tutela (f. 75).

A determinação foi atendida, vindo aos autos os documentos de f. 78/91 - imagens fotográficas do veículo no momento da infração e histórico do processado, com registro de alguns números de ARs e situação destes.

Determinada a especificação de provas, quedaram-se inertes ambos os litigantes (f. 92/93).

Nada obstante, foi o julgamento convertido em diligência para juntada dos mencionados ARs (f. 94), tendo a ré apelante solicitado o prazo de 30 dias para cumprimento, ao argumento de que

[...] os documentos requeridos referentes a tais atos são anteriores à criação desta Autarquia, encontrando-se nos arquivos desta Autarquia, tarefa esta que demanda um maior tempo para levantamento dos mesmos (f. 101/106), sendo deferido seu pedido (f. 107, sic).

Ato contínuo, a Autarquia municipal peticionou e informou a dificuldade de encontrar os documentos e pleiteou fosse oficiada a Empresa de Correios e Telégrafos (f. 108/109), advindo, a seguir, a sentença.

Por ocasião do apelo, foram juntados os ARs registrados nos processos administrativos, que comprovariam a notificação da autora.

Ora, a partir do momento em que a autoridade judiciária converte o julgamento em diligência e determina, de ofício, a produção de provas, é certo que se deve resguardar aos litigantes a oportunidade ampla para complementar a que falta em face do acréscimo ocorrido.

Nesse aspecto, há de se reconhecer que a justificativa apresentada pelo ora apelante foi razoável, na medida em que sua criação somente se deu em novembro de 2006 (f. 26) e as autuações são de período anterior - 2003/2005.

Conquanto não seja justificativa absoluta para a leniência do Poder Público, a própria experiência ordinária transmite a convicção de que todos os ajustes necessários ao bom funcionamento de um órgão de trânsito recém-criado demandam razoável período de tempo, notadamente quando se trata de arquivamento de atos que ocorreram em período anterior à própria existência da Autarquia.

Outrossim, e principalmente, pesa em favor da apelante a circunstância de que os documentos dos processos administrativos - imagem fotográfica do veículo no ato da infração e histórico do processado - foram juntados a tempo e modo, e ali é possível identificar a emissão de ARs para notificação e sua situação (entregue ou devolvido por ausente o destinatário).

Por conseguinte, a providência pleiteada junto à Empresa de Correios e Telégrafos seria salutar para esclarecer adequadamente os fatos e, inclusive, resguardar o direito da autora.

Dessa forma, tendo em vista que houve determinação de produção de prova de ofício e que, acerca do requerimento de f. 108/109, nem sequer se manifestou a autoridade judiciária - deferindo ou não a providência pleiteada -, reconheço o cerceamento de defesa pugnado e nulifico a sentença.

Fundado nessas, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar que seja oficiado aos Correios como solicitado pela ora apelante, seguindo-se a intimação da autora e nova sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO ANDRADE e GERALDO AUGUSTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Prestação de serviços - Operadora de telefonia celular - Valores contratados - Alteração unilateral - Prévia anuência da usuária - Inexistência - Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor - Inadmissibilidade - Restituição dos valores cobrados a mais

Ementa: Apelação. Operadora de telefonia. Contrato de prestação de serviços. Alteração unilateral dos valores contratados. Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor. Inadmissibilidade.

- A operadora de telefonia que firma contrato de prestação de serviços, inclusive estabelecendo período de permanência mínima do consumidor, não pode, posteriormente e de forma unilateral, proceder à alteração dos valores pactuados, sob pena de afrontar norma prevista no Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.426574-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: BCP S.A. - Apelada: Dental Capital S.A. - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2010. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Dental Capital Ltda. contra BCP S.A. (mencionada, na exordial, como BCP S.A. - Claro Celulares), visando: 1º) ao imediato restabelecimento

das condições originais do contrato firmado pelas partes, com a manutenção dos valores promocionais oferecidos por ocasião da assinatura do contrato; 2º) à condenação da ré "ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado" sem a incidência dos descontos promocionais.

Alternativamente, caso assim não se entenda, postula a autora "o cancelamento do contrato firmado com a ré sem a incidência de qualquer penalidade".

Depois de regular processamento, foi prolatada sentença que, ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, determinou que a ré BCP S.A. restabelecesse "as condições originais do contrato firmado entre partes, com a manutenção dos valores promocionais oferecidos durante prazo contratualmente estipulado", e restituísse "à autora o valor pago além do devido nas condições originais do contrato".

Por consequência, "diante da ínfima sucumbência da autora", foi a ré condenada, ainda, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em "R\$ 600,00 (seiscentos reais)".

Inconformada, a BCP S.A. interpôs recurso de apelação, afirmando que "os valores praticados na data da contratação eram valores promocionais, pois estavam abaixo do máximo homologado pela Anatel".

Desse modo, sustenta estar autorizada a "modificar esses valores desde que esteja dentro do limite máximo homologado".

Aduz que "o que houve foi apenas alteração de preços das tarifas amparadas pela Anatel", podendo, conseqüentemente, "alterar os valores desde que estejam dentro do limite máximo homologado".

Pondera ainda "que o reajuste de preços, quando é feito, tem amparo na Anatel, não havendo ilicitude nisso".

Afiança não ser possível "cobrar de um cliente tarifas diferenciadas em relação aos demais usuários, já que todos foram igualmente cobrados".

Declara que:

a manutenção dos valores promocionais para a apelada, configurar-se-ia como enriquecimento ilícito, já que auferiria considerável vantagem econômica em detrimento de outrem.

Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso, com a improcedência dos pedidos exordiais.

Em contrarrazões, Dental Capital Ltda. bate-se pela manutenção da sentença.

Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em 20 de abril de 2006 e mediante instrumento anexado às f. 15/16, as partes firmaram contrato de prestação de serviços de telefonia móvel.

No referido contrato e entre outras coisas, estipulou-se a "isenção de assinaturas de todos os 30 aces-

sos/linhas no período de 24 meses de contrato” e o “desconto de 20% no valor do minuto contratado (5.000 minutos franquia) + 20% desconto no módulo tarifa zero + liberação de 2 pacotes de minutos (5.000 cada) nos 2 primeiros meses de contas (ilegível) autorizado por Márcio A. Silva”.

A contratação dos serviços de telefonia foi efetivada, portanto, com base nas condições vantajosas ofertadas pela apelante, obrigando-se a apelada, por isso, a “permanecer no mesmo Contrato por um determinado período mínimo sob pena de, ao rescindir o Contrato antes de decorrido o referido período, incorrer no pagamento de uma multa” (f. 16-v.).

Em correspondência datada de 29 de novembro de 2006, a apelada foi informada de que a apelante, a partir do dia 30 dos mesmos mês e ano, procederá

à alteração do valor promocional praticado em seu Plano de Serviços em razão da publicação de um novo regulamento editado pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, qual seja o Regulamento de Remuneração de Redes do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução nº 438 (cf. f. 17).

Essa alteração contratual fere, entretanto, norma expressa do Código de Defesa do Consumidor aplicável à espécie.

De fato, preceitua o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor que:

toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Comentando sobre a “irrevogabilidade da oferta”, Cláudia Lima Marques ensina que “ser irrevogável significa, no sistema do CDC, que o ato criado não desaparecerá do mundo jurídico por vontade unilateral do fornecedor: uma vez criado e válido, terá efeitos, pelo menos o da vinculação” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 465).

Acrescenta que:

assim como aquele que prometeu e não cumpriu, aquele que ofertou ao público consumidor e voltou atrás sem usar a forma prevista em lei não faz desaparecer a sua declaração de vontade; ao contrário, sofrerá os efeitos do estado de sujeição, o qual criou através de sua declaração de vontade inicial (*op. e loc. cit.*).

Por isso, conclui a doutrinadora que aquele que prometeu

sofrerá os efeitos do contrato, se a aceitação já ocorreu, ou os de seu ato ‘ilícito’ de ter prejudicado alguém, quebrado a

confiança da outra pessoa que acreditou na sua oferta inicial (*op. e loc. cit.*).

No caso, houve por parte da apelada a aceitação da oferta de prestação de telefonia móvel feita pela recorrente, com definição, inclusive, das condições e preços, o que vincula a operadora de telefonia ao integral cumprimento do contrato.

Não poderia, pois, a apelante, de forma unilateral e sem a anuência prévia da usuária, proceder à alteração do valor promocional contratado, ainda que essa alteração decorra de resolução da Anatel.

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência encampa esta conclusão:

A relação da prestadora de serviços de telefonia móvel que oferta serviço a pessoa jurídica é submetida às normas do Código de Defesa do Consumidor, visto que o art. 29 o equipara àquele que adquiriu os seus serviços e sofreu as consequências da prestação imperfeita. A alteração unilateral de contrato sem anuência prévia ou sequer notificação demonstra ofensa à boa-fé objetiva e desequilíbrio contratual, que deve ser repudiada com conseqüente manutenção dos valores ajustados no pacto, merecendo reforma a sentença que determina a alteração do preço, ainda que este decorra de resolução da Anatel, visto que o risco deve ser suportado pela fornecedora (ac. un. da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº 1.0024.07.547048-4/002, da Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Afrânio Vilela, p. no DJMG de 13.02.2009).

À luz do disposto no art. nº 30 do CDC, toda informação ou publicidade veiculada por qualquer forma com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa, obriga o fornecedor proponente, e integra o contrato que vier a ser celebrado (ac. un. da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº 1.0024.07.582334-4/001, da Comarca de Belo Horizonte, Rel. o Des. Lucas Pereira, pub. no DJMG em 21.10.2008).

Não merece, pois, qualquer reparo a sentença, ao determinar a manutenção do contrato, nas condições originalmente pactuadas.

Por via de consequência, deve a empresa de telefonia restituir à usuária os valores cobrados a mais em decorrência da indevida alteração nas condições pactuadas.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIBÚRCIO MARQUES e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação declaratória - Inexistência de débito e indenização por danos morais - Compra efetuada pela internet - Produto defeituoso - Negócio desfeito - Devolução da mercadoria - Cobrança - Cartão de crédito - Pedido de estorno - Não ocorrência - Erro do vendedor - Ressarcimento em dobro - Pagamento de danos morais - Cabimento

Ementa: Apelação cível. Compra desfeita. Cancelamento da cobrança à operadora do cartão de crédito. Inocorrência. Erro do vendedor. Danos morais cabíveis.

- Ao influxo do CDC, havendo desfazimento de compra e venda sem que o vendedor tenha notificado a operadora do cartão de crédito para o cancelamento da cobrança, impondo à consumidora obrigação de pagar as faturas indevidas mês a mês, impõe-se a obrigação de ressarcir-la em dobro, e a pagar-lhe danos morais, que, no caso, são patentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.449440-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: B2W Cia. Global Varejo (Shoptime) - Apelada: Eva Musa de Lima Villas - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ULTRAPASSAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2010. - Luciano Pinto - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Eva Musa de Lima Villas ajuizou ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais contra B2W Cia. Global Varejo (Shoptime).

Narrou ter efetuado compras na loja ré pela internet, mas, como fora entregue produto com defeito, ela requereu o desfazimento do negócio com a devolução das mercadorias.

Contudo, disse que a ré continuou cobrando a compra pela operadora de cartões de crédito, acrescentando que, conforme lhe teria informado esta última, a ré não efetivara o cancelamento dos débitos.

Assim, disse que nas faturas de seu cartão de crédito continuaram a constar as parcelas da compra que já havia sido desfeita.

Com isso, ao influxo do CDC, disse ter a ré agido com culpa e que, por isso, devia ser condenada a devolver os valores cobrados em dobro, além de pagar indenização por danos morais.

Juntou documentos.

A ré, citada, contestou às f. 63/70, confirmando a narrativa da autora e afirmando que, em relação ao cancelamento da compra, teria encaminhado à operadora do cartão de crédito o pedido de estorno da operação.

Com isso, assinalou que, se erro houve, esse teria sido de terceiro, no caso da administradora do cartão de crédito que não acatou seu pedido de estorno da cobrança.

Discorreu longamente sobre a culpa do terceiro e verberou os pedidos, assinalando a inexistência de má-fé de sua parte assim como os alegados danos morais sofridos pela autora.

Pediu a improcedência da ação.

Às f. 90/92, em resposta a ofício que lhe fora encaminhado pelo Juízo, Unicard Banco Múltiplo S.A. apresentou resposta nos autos.

À f. 109, a ré peticionou nos autos, informando o cumprimento da liminar deferida à autora.

Adiante, foi proferida sentença às f. 119/122 que julgou procedentes os pedidos e, declarando rescindida a compra e venda entre as partes, condenou a ré a devolver, em dobro, à autora o valor que cobrou indevidamente dela pelas faturas do cartão de crédito, e também a pagar-lhe indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00.

Daí o recurso da ré, de f. 123/133, em que, primeiramente, assinala sua ilegitimidade passiva porque, no seu entender, a administradora do cartão de crédito da autora é que não teria acatado seu pedido de cancelamento da cobrança, de modo que ela é que teria incorrido em erro, no caso.

Adiante, disse que a autora tentou efetuar compra no seu site, por meio do cartão de crédito, mas ela não foi autorizada e, portanto, não houve solicitação do pagamento à administradora do cartão de crédito (f.128).

Assim, afirmou que a negligência, no caso, teria sido da administradora do cartão de crédito, que teria cobrado por uma compra não efetivada.

Adiante, verberou os alegados danos pleiteados e pediu a reforma total da sentença.

Em suma, é a apelação.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 134/137 pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso. Preliminar de ilegitimidade passiva.

A apelante levanta preliminar de ilegitimidade passiva, asseverando que a responsabilidade pela cobrança indevida da apelada era culpa da operadora de seu cartão de crédito.

A meu aviso, impõe-se ultrapassar a preliminar, sem seu julgamento, porque, a meu aviso, a questão de a quem cabe a responsabilização pela cobrança indevida das parcelas confunde-se com o mérito da ação.

Assim, ultrapasso a preliminar.

Mérito.

A apelante pede a improcedência da ação porque, ao que disse em sua apelação (f. 128), “[...] a apelada tentou efetuar a compra no site da apelante por meio de seu cartão de crédito”. E continua “[...] a compra não foi autorizada, [...]”.

Contudo, em sua contestação, a apelante não disse que a compra não teria sido autorizada nem que ela não fora concretizada, mas esclareceu, especificamente à f. 64 que, para a finalização de uma compra, é necessária a confirmação dos dados do comprador pela operadora de cartões de crédito para evitar enganos, acrescentando que

[...] Assim também ocorre com os pedidos de cancelamento de compra. A ré, logo que os recebe, encaminha-os à administradora de cartão de crédito responsável, solicitando cancelamento e estorno da cobrança.

Vê-se, primeiro, a mudança de tese da apelante e, em seguida, a mais absoluta ausência de prova, por qualquer meio, de ter ela, como dito acima, encaminhado à administradora de cartão de crédito da apelada a solicitação do cancelamento ou estorno da cobrança.

Em todo o processo, a apelante insiste em que o erro teria sido da administradora do cartão de crédito porque ela não teria atendido à solicitação de cancelamento das cobranças feitas pela autora, contudo a petição de f. 109 dos autos, a meu aviso, é uma como que confissão da apelante, porque, assinalando o cumprimento da liminar, disse ter efetivado “o cancelamento da compra e venda bem como encaminhou solicitação à empresa operadora de cartão de crédito para que se abstenha de realizar qualquer cobrança referente ao débito cancelado”.

Ora, se ela afirma ter cancelado a compra e venda e ter solicitado o sobrestamento da cobrança em cumprimento da liminar, é óbvio que ela não tomou tal medida antes, quando a apelada pediu o desfazimento da compra, porque, caso contrário, ela não diria que cancelou o negócio em cumprimento da liminar.

Além disso, se tivesse informado à operadora do cartão de crédito da apelada sobre o cancelamento do negócio, ela teria trazido aos autos o documento que juntou à f. 110, que é a prova desse procedimento.

Assim, a irresignação da apelante em relação à sua culpa pela cobrança indevida é totalmente descabida, cumprindo salientar que a devolução dos valores cobrados é obrigação sua, notadamente porque sua inércia em solucionar o problema, sem qualquer razão legal, deve ser tomada como má-fé de sua parte, o que

impõe a manutenção da devolução das cobranças em dobro.

Relativamente aos danos morais, é patente a configuração deles no caso, visto que a situação da apelante, de se ver sistematicamente cobrada sem dever, sem conseguir fazer suas razões com o cobrador ilegal, mesmo tendo este confirmado o desfazimento do negócio, mostra-se bastante aflitiva e angustiante para gerar a indenização pleiteada.

Assim, presentes os requisitos da responsabilidade civil, impõe-se ao apelante o dever de indenizar, porque, agindo com culpa, incurtiu à autora danos materiais e morais.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO E EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

Súmula - ULTRAPASSARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Plano de saúde - Mudança de faixa etária - Lei 10.741/2003 - Reajustes efetuados anteriormente à sua vigência - Código de Defesa do Consumidor - Repetição de indébito

Ementa: Plano de saúde. Reajustes por mudança de faixa etária efetuados anteriormente à vigência à Lei 10.741/2003. CDC. Repetição de indébito. Simples.

- Mostra-se nula, porquanto abusiva, a cláusula que prevê reajuste excessivo e oneroso ao consumidor diante da mudança na faixa etária, contrariando a legislação consumerista. Se o consumidor, usuário do Plano de Saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus ao abrigo da referida regra protetiva, e não há que se falar em retroatividade da lei.

- O Estatuto do Idoso veda a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada.

- Se a cobrança passou a ser indevida após a declaração judicial de nulidade da cláusula contratual, não há repetição de indébito, em dobro.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.464488-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: Maurício Carvalho Leite e outro - Apelado: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. - Relator: DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Pereira da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - *Alberto Aluizio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Adoto o relatório da sentença de f. 102/105, acrescentando que, nos autos da ação de cobrança, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido autoral, condenando os autores ao pagamento das custas processuais mais honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, suspendendo a sua exigibilidade a teor do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformados, alegam que o douto Sentenciante partiu de premissa equivocada quando entendeu pela legalidade do reajuste de 189,94% estabelecido pela ré para a faixa etária de 60 a 69 anos, quando, na verdade, o reajuste foi cobrado do primeiro apelante ao completar 60 anos.

Defendem a aplicabilidade do CDC, aduzindo ainda que, por se tratar de prestação de trato sucessivo, não há que se falar em decadência.

Afirmam que o índice aplicado pela empresa ré na mensalidade do autor supera qualquer índice inflacionário do período, onerando demasiadamente a prestação do consumidor, colocando-o em desvantagem excessiva, afetando o equilíbrio contratual.

Asseguram que a cláusula que permite tal aumento é nula de pleno direito ante o art. 51, IV, X, XV, § 1º e incisos, do CDC.

Alegam que a própria ANS regula que às cláusulas que não forem redigidas de forma clara, nos contratos anteriores a 1998, deve ser aplicado o índice anual por ela divulgado, que corresponde, no caso, a 11,75%.

Sustentam o amparo do Código do Idoso, que assegura às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, proteção contra qualquer discriminação nos planos de saúde, com cobranças diferenciadas em razão da idade.

Transcrevem decisões que se coadunam com o entendimento defendido na peça recursal.

Contrarrrazões apresentadas, às f. 119/126.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado de preparo.

Feito o breve relatório. Decido.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação *sub judice* é incontestável, enquadrando-se os apelantes perfeitamente no conceito de consumidores e a apelada na qualidade de fornecedora dos serviços prestados.

Sendo de adesão o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, sujeita-se aos princípios, fundamentos e dispositivos da Lei nº 8.078/90, devendo suas cláusulas ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, usualmente pessoa leiga, desconhecidora das especialidades da área médica.

Esse é o entendimento da jurisprudência:

O contrato adesivo que coloca no mercado planos de saúde, avença regulada através de um contrato de prestação de serviços médicos, na sua execução, está sujeito à aplicação do estatuto consumerista, posto evidenciada a condição de fornecedora de serviços da cooperativa contratada, tendo figurado como destinatária a consumidora final, elementos que caracterizam uma relação de consumo, nos moldes dos arts. 2º e 3º do CDC. A saúde, bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, foi elevada na atual Constituição Federal à condição de direito fundamental, não podendo ser, portanto, caracterizada como simples mercadoria e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas. Sendo detectada a natureza abusiva de cláusula contratual, possibilita ao Judiciário declarar a sua ineficácia, [...] (TAMG - Apelação Cível nº 324.266-6 - Rel. Juiz Edilson Fernandes - DJ de 14.02.01).

Sendo assim, tal contrato deve ser interpretado em favor do consumidor.

Sobre os planos de saúde pertinente a invocação do magistério de Cláudia Lima Marques, em *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Ed. Livraria do Advogado, a respeito do tema:

Os contratos de plano de assistência à saúde são contratos de cooperação [...] onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade [...], mas enquanto cooperação com os mais velhos [...] enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde. [...] Os contratos de planos de saúde são contratos cativos de longa duração, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste [...].

E continua:

[...] o legislador consciente que este tipo contratual é novo, dura no tempo, que os consumidores todos são cativos e que

alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que os outros, impõe a solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores, rivalizando com uma ação afirmativa a evitar e compensar uma discriminação existente no mercado em relação a estes consumidores (p. 206).

[...] A consequência desta vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa duração e pela necessária divisão de prestações de saúde na cadeia de fornecimento organizada neste tipo contratual, é o fato de a legislação determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo, de aumentos arbitrários face à faixa etária (p. 209).

Tendo em mente os preceitos acima anotados, analiso a cláusula 26ª do contrato em tela (f. 23), onde se encontra disposta a previsão de reajustamento das mensalidades em decorrência da mudança de faixa etária.

Verifica-se que a cláusula, aplicada ao presente caso, prevê um reajuste de 189,94% para os usuários que estiverem entre 60 e 69 anos.

Na hipótese em apreço, o reajuste previsto, em função da idade do segurado, eleva a contribuição para montante excessivamente oneroso, configurando uma limitação inequívoca à permanência dos recorrentes em seu plano de saúde.

Nessas condições, tendo em conta os enormes prejuízos que adviriam se acaso houvessem de mudar para outro plano de saúde, pela inviabilização do preço do seu contrato, em razão da mudança da faixa etária, justifica-se, também, a declaração de nulidade do reajuste.

Como se depreende, há uma razão para não prevalecer a malsinada cláusula, a que se apegava a apelada: ela impõe obrigação incompatível com a boa-fé objetiva (deveres anexos de informação, cooperação e confiança) ou com a equidade, trazendo desvantagem exagerada ao consumidor, estando em desacordo com o sistema de proteção a este e restringindo direitos fundamentais inerentes à natureza e conteúdo do contrato (art. 51, incisos IV e XV, § 1º, inciso II, do CDC).

A questão de fundo não é meramente de respeito à cláusula contratual, mas sim de dizer se determinada cláusula não viola os direitos básicos do consumidor; se, havendo dúvida sobre a validade ou vigência da cláusula, a interpretação teria que ser a mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). É injusto e ineficaz exigir a sua contribuição com base na sua idade, razão para a reforma da r. sentença e declaração de nulidade da aludida cláusula.

Por evidente, sua aplicação provoca aumento excessivo da prestação, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo (art. 4º, inciso III, do CDC), tendo o potencial concreto de afastar o consumidor do sistema. Há, assim, frustração da legítima expectativa de se manter protegido pela relação contratual que estabeleceu durante o decorrer do tempo.

Outro não é o entendimento de Tribunais de Justiça deste País:

Ementa: Plano de saúde. Golden Cross. Cláusula contratual que contempla a majoração em razão do implemento da idade. Aplicação do princípio constitucional de defesa do idoso, do CDC e da jurisprudência. - O reajustamento da contraprestação em razão da faixa etária pelo implemento da idade de 60 anos pelo dobro de seu valor base, circunstância que, de forma concreta, deixa estampada a abusividade da aludida cláusula contratual que praticamente inviabiliza a permanência do consumidor que vinha contribuindo por considerável período de tempo, como se fosse possível, com o avançar da idade e quanto mais se revela necessária a utilização do serviço, valer-se de estratégia que revela inconfessada intenção discriminatória em relação ao idoso, cuja roupagem, apenas esta, se revela lícita, porque seu fim, às escâncaras, faz tabula rasa, a um só tempo e sem qualquer cerimônia, dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e de Amparo aos Idosos (arts. 1º, inciso III, e 230, da Constituição Federal), assim como do disposto no art. 51, inciso IV, do CDC. Tal cláusula é abusiva pela onerosidade excessiva por inviabilizar o plano sob o ponto de vista econômico ao consumidor, afastando-o da cobertura quando mais se encontra suscetível, por via de regra, às doenças. Aplicável à espécie a adoção de solução de cunho protetivo ao idoso e também consumidor, notadamente porque esta encontra suporte da Constitucional Federal, em especial nos arts. 230 (Princípio de Amparo aos Idosos), art. 5º, inciso XXXII, e 170, V (os dois últimos dizendo respeito à proteção ao consumidor), fazendo-se, então, incidir, o Código de Defesa do Consumidor. Assim, é indevido o uso de um critério exclusivamente financeiro, sem considerar, além do equilíbrio econômico, a proteção constitucional ao idoso e o princípio constitucional da dignidade. Recurso improvido. (Recurso nº 71000729384, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - JEC, Relatora: Maria José Schmitt Santana, j. em 23.08.2005.)

Nesse sentido, decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Ementa: Apelação cível - Reajuste das mensalidades dos planos de saúde em razão da mudança de faixa etária - Interesse individual homogêneo - Relevância social - Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso - Vedada a discriminação - Sentença reformada. - O usuário que atinge 60 anos, cujo plano de saúde antecede a Lei 9.656/98, está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária, pela própria proteção oferecida pela Constituição Federal, que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230 e pelo Código Civil de 1916, que busca o equilíbrio nas relações contratuais. (Apelação Cível nº 1.0024.07.661363-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Geraldo Fernandes da Mata e sua mulher - Apelada: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Relatora: Des.ª Selma Marques - p. em 15.04.09.)

Ademais, em termos atuariais, nada evidencia a adequação desse patamar elevado, salientando-se que a mensalidade dos autores vem sofrendo os reajustes

normais. A cláusula contratual que reajusta a mensalidade por faixa etária não indica os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão vultoso, denotando que a variação de valores de forma tão abrupta e de tamanha monta praticamente inviabilizaria a continuidade do contrato.

Por outro lado, a mensalidade com o reajuste de 189,94% passou a ser exigida a partir de maio/2005 (f. 17), data em que o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, já estava em vigência, rezando o art. 15, § 3º:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

[...]

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

A incidência da regra acima citada não representa, no caso, ofensa a ato jurídico perfeito por via de retroatividade de lei.

Está sendo definido, tão somente, que, em função do seu caráter de ordem pública, tem a legislação aplicação imediata. Por isso, influi em relações que, a despeito de nascidas em período anterior a sua vigência, devem sofrer os efeitos da nova lei, principalmente porque a cláusula relacionada ao aumento da mensalidade em função da implementação dos 60 anos passou a gerar efeitos concretos quando o direito brasileiro não mais contemplava a validade dessa espécie de ajuste.

Não se estão alcançando, dessa forma, os efeitos das cláusulas contratuais que tiveram sua eficácia implementada antes da vigência de novas leis, em específico da Lei 10.741/03.

A lei nova, no caso, por força da natureza continuada da própria relação, está incidindo em tópico do contrato que não era dotado de eficácia em razão da não implementação da condição vinculada à idade.

Nesse sentido:

Ementa: Ação de consignação em pagamento. Plano de saúde. Reajuste pela faixa etária. Aplicação do Estatuto do Idoso. Se o consumidor, usuário do plano de saúde, mesmo tendo firmado o contrato em data anterior, completar os 60 anos de idade já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus à referida regra protetiva. A cláusula contratual de reajuste por mudança de faixa etária é condicionada a evento futuro e incerto. Deve-se aplicar a lei vigente quando do término da suspensividade. (Apelação Cível nº 1.0687.07.057057-1/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Pedro Ferreira de Resende em causa própria - Apelada: Unimed Vale do Aço Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Relator: Des. Mota e Silva - p. em 1º.07.08.)

Por tais razões, não é justificada a elevação da mensalidade advinda de cálculos atuariais, que vem, na

verdade, calcada em cláusula abusiva ante os princípios do CDC e revela caráter tipicamente discriminatório em função do implemento da condição da idade avançada.

Evidente que o percentual de reajuste anual, normal a todos os contratos em questão, é possível, mas não o percentual discriminatório aplicado no plano dos recorridos.

Por fim, entendo que se mostra incabível a restituição dos valores pagos, em dobro, tendo em vista, inicialmente, a não oposição contra o valor cobrado durante longo período (desde o ano de 2005). Ademais, o reajuste era previsto contratualmente, sendo que a cobrança somente passou a ser indevida após a declaração judicial de nulidade da indigitada cláusula contratual, não havendo falar em repetição de indébito, em dobro.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para declarar nula a cláusula que prevê a cobrança de reajuste da mensalidade em razão de mudança de faixa etária, devendo o plano ser reajustado de acordo com os reajustes anuais permitidos pela legislação pertinente.

O montante pago a maior, em decorrência desta decisão, deve ser devolvido de forma simples, devidamente corrigido pelos índices da tabela da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, desde a data de cada pagamento, e acrescido de juros de mora, da citação.

Custas, 80% pela apelada e 20% pelos apelantes, bem como honorários de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), nos mesmos percentuais das custas, ficando suspensa a exigibilidade no tocante à parte da apelante por estar a mesma sob o pálio da justiça gratuita.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Empréstimo bancário - Conta conjunta - Cotitular/contratante - Morte - Ônus do pagamento - Espólio - Rescisão contratual - Parcelas debitadas após a morte do cotitular - Restituição

Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Empréstimos. Conta conjunta. Morte de cotitular. Restituição de parcelas debitadas após a morte do contratante. Possibilidade.

- Considerando que apenas um dos cotitulares de conta-corrente celebrou empréstimos junto à instituição financeira, o ônus do pagamento deve recair sobre ele. Uma vez que o contratante faleceu, a responsabilidade pelo pagamento do empréstimo passa a ser do espólio, e não

do outro cotitular da conta conjunta. As parcelas descontadas da conta-corrente, após a morte do contratante, devem ser restituídas, cabendo à instituição financeira direcionar eventual cobrança contra o espólio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.466600-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Brasil S.A. - Apelada: Célia Paiva de Melo de Vasconcelos - Relator: DES. TIBÚRCIO MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2010. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A. contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que, nos autos da ação de rescisão contratual movida por Célia Paiva de Melo de Vasconcelos, julgou procedente o pedido formulado na inicial, desconstituindo os empréstimos consignados feitos pelo falecido esposo da autora na conta-corrente em conjunto, determinando, ainda, a devolução da importância de R\$ 6.988,50, corrigidos com juros de mora de 1% ao mês mais correção monetária a partir da data do débito em conta.

Condenou o réu a pagar as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformado, insurge-se o banco às f. 50/56, alegando que a autora e o falecido marido possuíam conta conjunta nº 7592, na agência 0024-8.

Afirma que foram contratados três empréstimos nos valores de R\$ 18.528,52, R\$ 1.113,00 e R\$ 1.890,00, sendo dois na data de 15.05.2007 e um terceiro em 26.06.2007, para serem pagos em 66, 60 e 23 prestações, respectivamente.

Sustenta que o marido da autora faleceu em 26.10.2007 e os descontos continuaram sendo feitos regularmente na conta conjunta do casal, por entender que o falecimento do marido não põe fim ao contrato, que continua a vigorar normalmente.

Como a conta continuou ativa, aduz que era correta a incidência dos encargos contratados, bem como das parcelas dos empréstimos realizados.

Alega que não houve a contratação de nenhum seguro por parte do falecido.

Assevera que no presente caso não cabe a inversão do ônus da prova e que a autora não comprovou as suas alegações, conforme art. 333, I, do CPC.

Requer, ao final, a reforma da sentença e a improcedência dos pedidos iniciais.

Contrarrazões apresentadas às f. 58/64, pugnano pela manutenção do julgado.

Em síntese, este é o relatório.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade.

A autora ajuizou a presente ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores, alegando que o seu falecido marido contraiu vários empréstimos junto ao Banco do Brasil.

Afirma que possuíam conta conjunta na instituição financeira e que os empréstimos foram feitos na modalidade crédito consignado ao aposentado, com desconto em folha de pagamento.

Aduz que no cálculo das prestações havia um seguro incluído para quitar o débito em caso de óbito do contratante.

Assevera que o banco não forneceu cópia dos contratos ao falecido, o que também lhe foi negado.

Ao contestar o feito, o banco aduziu que não foi contratado nenhum seguro pelo tomador do empréstimo, esclarecendo que as condições dos empréstimos realizados se encontravam nos documentos de f. 10/15 e que todas as condições foram escolhidas pelo *de cujus* através do terminal de autoatendimento.

Ao decidir o feito, o MM. Juiz entendeu que deveria ser reconhecida a avença contratual, contudo, no caso de falecimento, não poderia prevalecer o contrato, e o débito deveria ser exigido do espólio.

Frente ao precário conjunto probatório oferecido no decorrer da lide, inverteu-se o ônus da prova.

Afirmou que, existindo seguro para a extinção do débito, deve o mesmo ser utilizado.

Determinou a desconstituição dos empréstimos consignados feitos pelo falecido esposo da autora e que fosse devolvida a importância de R\$ 6.988,50, devidamente corrigida, referente às parcelas descontadas.

Pois bem. Em que pese o posicionamento do nobre Julgador, tenho que a decisão merece reparos.

Observa-se que as partes não divergem quanto à realização dos empréstimos efetuados pelo falecido marido da autora.

A discussão restringe-se à continuidade dos descontos das parcelas na conta conjunta da autora após a morte do marido, bem como quanto à existência de um seguro, que, segundo ela, foi contrato e estaria incluído no valor das parcelas. Afirma que referido seguro quitaria o débito no caso de morte do contratante.

Primeiramente, quanto à inversão do ônus da prova, muito embora o MM. Juiz tenha entendido que

era possível a inversão como forma de facilitar a defesa do consumidor, o fato é que cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio, sendo que a Lei 8.078/90 não desobriga o consumidor do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, conforme previsto no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Conforme lição do il. processualista Humberto Theodoro Júnior:

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Actore non probante absolvitur reus* (Curso de direito processual civil. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 374).

No caso dos autos, a existência de seguro que quitaria o débito do falecido foi negada pelo banco, sendo que a autora não produziu provas contrárias ao alegado.

Durante a instrução do processo, as partes foram intimadas para especificação de provas (f. 33), sendo que a autora requereu a produção de provas documental, depoimento pessoal da ré e exibição dos contratos celebrados com o falecido marido (f. 33).

Posteriormente, em audiência de conciliação, instrução e julgamento, as partes informaram que não pretendiam produzir mais provas, sendo encerrada a instrução processual (f. 36).

Portanto, mesmo que invertido o ônus da prova, tendo a instituição financeira negado a existência da contratação de seguro para quitar as parcelas do financiamento, cabia à autora comprovar o alegado, isso porque os documentos de f. 10, 12 e 14 demonstram que não houve a cobrança de valores referentes a seguro, uma vez que o campo destinado a ele se encontra zerado (0,00).

Nos referidos documentos, foram previstos os valores dos empréstimos, os encargos contratados (juros), o número de parcelas, o valor das parcelas, a data de vencimento de cada uma delas, nada dispondo sobre o suposto seguro.

Assim, cumpre observar que não seria possível determinar que o requerido fizesse prova da celebração do contrato de seguro, pois se trata de prova de fato negativo.

O fato é que, não tendo a autora comprovado a existência do contrato de seguro, não é possível utilizá-lo para considerar quitado o débito do falecido, como entendido pelo Magistrado singular.

Quanto à desconstituição dos empréstimos feitos pelo falecido marido da autora na conta-corrente em conjunto, insta esclarecer que, se o débito foi contraído, os valores podem ser cobrados do espólio.

Logo, não se pode falar em desconstituição dos empréstimos, mas apenas em proibição de cobrança de qualquer valor da conta da autora após a morte do marido.

Em relação à devolução de parcelas descontadas da conta conjunta da autora, observa-se que o Magistrado determinou a devolução da quantia pleiteada na peça de ingresso, ou seja, R\$ 6.988,50.

Referido valor não está correto.

Pela certidão de óbito juntada à f. 09, tem-se que o contratante faleceu aos 92 anos de idade, no dia 26.10.2007.

Os documentos juntados às f. 10/18, demonstram que os contratos foram celebrados poucos meses antes da morte do marido da autora, ou seja, nas datas de 15.05.2007 e 26.06.2007.

Assim, enquanto o contratante era vivo, as parcelas poderiam ser descontadas normalmente da sua conta bancária.

Os extratos juntados aos autos comprovam que em relação ao primeiro empréstimo foram descontadas 10 parcelas de R\$ 557,11, sendo a primeira no dia 03.07.2007 e a última em 02.04.2008, totalizando R\$ 5.571,10.

Quanto ao segundo contrato, também foram descontadas 9 (nove) parcelas de R\$ 42,33 e 1 (uma) de R\$ 42,47, sendo a primeira no dia 02.07.2007 e a última em 1º.04.2008, totalizando R\$ 423,44.

Já em relação ao terceiro empréstimo, foram descontadas 7 parcelas de R\$ 110,46, uma de R\$ 112,93 e uma R\$ 113,05, sendo a primeira no dia 1º.08.2007 e a última em 1º.04.2008, totalizando R\$ 999,20.

Somando-se as prestações acima, tem-se que o valor total dos três empréstimos que foi descontado da conta conjunta foi de R\$ 6.993,74.

A autora pediu a restituição de R\$ 6.988,50, ou seja, pouco mais do que o valor descontado.

Ora, a autora não faz jus à devolução de todas as parcelas descontadas, mas apenas daquelas cobradas após o óbito do marido, ocorrido em 26.10.2007, já que após a morte do correntista a dívida passa a ser de responsabilidade do espólio, e não da cotitular sobrevivente.

Dessa forma, como as partes não divergem da celebração dos empréstimos nem dos valores, o MM. Juiz não poderia determinar a desconstituição dos contratos, mas apenas a restituição das parcelas descontadas da conta da autora após o óbito do marido.

De fato, o banco não poderia continuar descontando as parcelas apenas porque a conta era conjunta, uma vez que os empréstimos foram contraídos somente pelo marido da autora.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para modificar a r. sentença, afastando a desconstituição dos contratos de

empréstimos celebrados pelo marido da autora, determinando, entretanto, a restituição das parcelas descontadas após a morte do marido, corrigidas nos termos da sentença.

Em razão da sucumbência, cada parte arcará com 50% das custas processuais, inclusive recursais, bem como dos honorários advocatícios arbitrados em sentença, suspendendo, todavia a exigibilidade em relação à autora, de acordo com o art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. TIAGO PINTO - A questão extraída dos autos com relação aos descontos feitos em conta-corrente é que o banco/apelante continuou promovendo os débitos na conta mesmo após o falecimento do contratante. São relacionados três contratos (BB Renovação Consignado, BB Crédito Salário e BB Crédito Salário), todos eles firmados com José Garcia Vasconcelos, que era esposo da autora. Nesse caso, soam, de fato, indevidos os débitos na conta-corrente, até mesmo porque com o falecimento o devedor não mais figurava como correntista do banco. Então, a rigor, permanece somente a autora/apelada como detentora da conta-corrente. Diante disso, não poderia o banco manter intactos os descontos em conta de quem não realizou os contratos de empréstimo.

DES. ANTÔNIO BISPO - Acompanho o eminente Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Indenização - Contratos de consumo - Defeito relativo à prestação dos serviços - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Cartão de crédito - Bloqueio - Atualização de cadastro pela titular - Não observância - Descumprimento de cláusula contratual - Dano moral - Ofensa a direitos da personalidade - Não ocorrência - Meros dissabores - Recurso não provido

Ementa: Ação de indenização. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Bloqueio de cartão. Não atualização de cadastro pelo titular. Falha na prestação de serviço não configurada. Dano moral. Improcedência.

- Versando o caso em tela sobre a responsabilidade do requerido por fato do serviço e sendo inegável que a relação jurídica entre as partes é de consumo (arts. 2º e 3º, Lei nº 8.078/90), de acordo com o que dispõe o *caput* do art. 14 do CDC, a responsabilidade do

fornecedor é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa.

- Não há falha na prestação de serviço de administração de cartão de crédito, na hipótese em que o consumidor deixa de atualizar seu cadastro no fornecedor, em descumprimento a cláusula contratual, acarretando o bloqueio do cartão de que é titular.

- Para a caracterização do dano moral, é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo. Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (art. 11, CC/2002). A título de exemplificação, são direitos da personalidade aqueles referentes à imagem, ao nome, à honra, à integridade física e psicológica.

- É indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar a esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo extrapatrimonial. De modo algum pode o julgador ter como referência, para averiguação da ocorrência de dano moral, a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.514576-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Mariarli Neto Vieira e outro - Apelada: Carrefour Com. Ind. Ltda. - 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, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, 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 2010. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Mariarli Neto Vieira, por si e representando sua filha J.V.C., menor impúbere, em desfavor de Carrefour Comércio e Indústria Ltda., alegando que, em 12.03.2007, por volta das 20 horas, foram a uma das lojas da requerida, pretendendo adquirir produtos alimentícios.

Disseram que, ao se dirigirem ao caixa para pagamento do preço das mercadorias, o cartão da primeira autora, emitido pela ré, foi recusado, por estar bloqueado.

Salientaram que uma funcionária da requerida confirmou que inexistiam débitos anteriores em aberto e que o bloqueio do cartão se deu em virtude do cadastro da primeira autora estar desatualizado.

Afirmaram que a primeira requerente entregou à funcionária da requerida um comprovante de endereços e solicitou o desbloqueio imediato do cartão para que pudesse pagar a compra, tendo sido informada, entretanto, de que somente no dia seguinte o cartão poderia voltar a ser utilizado.

Aduziram que, em virtude da falha no sistema da requerida, foram obrigadas a se retirar da fila do caixa, o que lhes causou enorme constrangimento.

Consignaram que, em novembro de 2006, a primeira requerente havia providenciado a atualização de seus dados na requerida e que, a partir de então, recebeu em seu novo endereço as faturas do cartão em questão.

Sustentaram que a falha da requerida, ao bloquear indevidamente o cartão, violou seus sentimentos mais íntimos e frustrou a expectativa legítima de realizar a compra de bens alimentícios, o que lhes causou danos morais, que devem ser compensados pecuniariamente.

Ressaltaram que a responsabilidade da ré em indenizá-las independe da existência da culpa, sendo aplicável à demanda o disposto no art. 14 do CDC.

Postularam a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, em valor equivalente a 40 salários-mínimos, cabendo a cada uma metade de tal montante. Pugnaram pela concessão dos benefícios da justiça gratuita. Juntaram os documentos de f. 07-16.

A gratuidade judiciária foi deferida (f. 17-v.).

Em sua defesa (f. 27-33), a requerida alegou que os fatos narrados na inicial não causaram danos morais às requerentes. Salientou que o bloqueio do cartão da primeira autora decorreu do fato de ela não ter atualizado seu endereço, em descumprimento do contrato firmado entre as partes. Disse que, nos meses de fevereiro e março de 2007, as faturas do cartão da primeira requerente retornaram ao emitente, em virtude de ela não mais residir no endereço informado. Argumentou que, em casos como o dos autos, o cartão é bloqueado até que seja feita a atualização do cadastro. Consignou que, em abril de 2007, a situação cadastral da primeira autora foi regularizada e o cartão foi reativado. Aduziu que agiu em exercício regular de direito. Salientou, ainda, que não há qualquer prova dos danos morais alegados pelas requerentes. Afirmou que o fato de a segunda autora contar com apenas quatro anos de idade é suficiente para concluir pela impossibilidade de ter sofrido danos morais, visto que sequer compreendeu os fatos ocorridos à sua volta. Aduziu que, em caso de conde-

nação, a indenização por dano moral deverá ser arbitrada com razoabilidade. Requeru a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

As requerentes apresentaram impugnação à contestação.

Prolatada sentença, o pedido foi julgado improcedente.

Irresignadas, as autoras interpuseram apelação, conforme razões de f. 65-72. Pediram fosse reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido indenizatório.

O recurso foi recebido no duplo efeito (f. 73).

Vieram aos autos documentos apresentados pela ré, referentes ao cadastro da primeira autora (f. 76-80).

A ré ofereceu contrarrazões (f. 83-89).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer ofertado às f. 101-104, opinou pelo decreto de nulidade da sentença, tendo em vista a ausência de intimação do órgão do *Parquet* que atua em primeira instância.

Esta Turma Julgadora acolheu a preliminar de nulidade da sentença por falta de intervenção do Ministério Público em primeira instância, suscitada pela PGJ, cassando a sentença e decretando a nulidade dos atos processuais realizados a partir de f. 61, inclusive, determinando fosse oportunizada ao Ministério Público a apresentação de alegações finais (cf. acórdão coligido às f. 110-116).

Retornando os autos ao juízo de origem, foi dada vista ao MP, que opinou pela procedência do pedido (f. 121-126).

Às f. 128-131, o Magistrado *a quo* proferiu nova sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

Irresignadas, as requerentes interpuseram apelação (f. 132-139), alegando que a primeira delas promoveu a atualização de seu endereço na ré, em novembro de 2006. Afirmaram que, ainda que tal fato não tivesse ocorrido, o cadastro desatualizado não poderia servir de justificativa para o bloqueio do cartão de crédito por ausência de previsão contratual nesse sentido. Sustentaram que, caso o endereço da primeira requerente estivesse desatualizado, a requerida deveria ter, ao menos, comunicado a ela tal fato, para que a situação fosse regularizada. Sustentaram que o direito à informação acerca dos serviços prestados pela ré foi violado, ao não ter sido comunicado à primeira autora que a atualização cadastral realizada em novembro de 2006 não havia sido concretizada. Afirmaram ser evidente a negligência da requerida. Asseveraram que é descabida a alegação da ré de que as faturas enviadas ao endereço informado no cadastro retornaram, haja vista que foram devidamente pagas pela primeira autora. Verberaram que a conduta da requerida lhes causou danos morais, visto que ficaram expostas a situação ridícula, que abalou a autoestima de ambas. Disseram ser despidienciada a prova dos danos morais, bastando que

se demonstre a conduta negligente da ré, para a procedência do pedido indenizatório. Pugnaram pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença vergastada para julgar procedente o pedido formulado na inicial.

O apelo foi recebido em ambos os efeitos (f. 140).

Às f. 143-148, a requerida ofereceu contrarrazões, tecendo considerações em prol da manutenção do *decisum* de primeiro grau.

O órgão do Ministério Público, oficiante em primeira instância, opinou pela reforma da sentença, com a conseqüente procedência do pedido (f. 150-152).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer coligido à f. 160, opinou pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo, regularmente processado e isento de preparo, em virtude de as apelantes litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

A reparabilidade ou ressarcibilidade do dano moral é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da Constituição da República de 5.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada sob o nº 37 pelo STJ.

Como observa Aguiar Dias, citado pelo Des. Oscar Gomes Nunes do TARS,

a reparação do dano moral é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio de sua autoridade pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (cf. DIAS, Aguiar. *A reparação civil*, tomo II, p. 737).

Importante ter-se sempre em vista a impossibilidade de atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa proteger (cf. voto do Min. Athos Carneiro, no REsp nº 1.604-SP, RSTJ 33/521).

Caio Mário, apagando da ressarcibilidade do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, entende que há de preponderar

um jogo duplo de noções: a- de um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b- de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...]” (aut. cit. *Instituições de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 235).

E acrescenta:

na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspondente da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização [...] (Caio Mário, ob. cit., p. 316).

Os pressupostos da obrigação de indenizar, seja relativamente ao dano contratual, seja relativamente ao dano extracontratual, são, no dizer de Antônio Lindbergh C. Montenegro:

a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c- um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (Aut. menc., *Ressarcimento de dano*, Âmbito Cultural Edições, 1992, nº 2, p. 13).

Como o caso em tela versa sobre a responsabilidade da requerida por fato do serviço e sendo inegável que a relação jurídica entre as partes é de consumo (arts. 2º e 3º, Lei nº 8.078/90), de acordo com o que dispõe o *caput* do art. 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa.

Por outro lado, para o êxito da pretensão das autoras, é indispensável a existência do dano moral e do nexo de causalidade deste com a atividade desempenhada pela ré.

Cumprido salientar que a responsabilidade civil objetiva do fornecedor por fato do serviço, prevista no Código de Defesa do Consumidor, será afastada desde que se comprove a inexistência do defeito na prestação assumida por ele ou a configuração das excludentes de responsabilidade civil da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º, Lei nº 8.078/90).

Segundo a ré, não houve falha no bloqueio do cartão de crédito de titularidade da primeira autora, visto que esta descumpriu dever contratual que lhe cabia, de manter atualizado seus dados cadastrais.

A tese defensiva é no sentido de que a primeira autora se teria mudado de endereço após janeiro de 2007 e deixado de atualizar seus dados cadastrais. Segundo alegado na contestação, as autoras residiam na Rua Frederico Bracher Júnior, nº 210, ap. 201, Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital, tendo, posteriormente, se mudado para o ap. 601 do nº 200 daquela mesma rua.

Em virtude da mudança de endereço, a requerida sustenta que as duas faturas, referentes aos meses de fevereiro e março de 2007, enviadas para o endereço da Rua Frederico Bracher Júnior, nº 210, ap. 201, Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital, foram devolvidas ao remetente.

Malgrado as requerentes deem a entender que receberam as faturas dos meses de fevereiro e março de 2007, verifica-se que a petição inicial está instruída apenas com as faturas vencidas em dezembro de 2006 (f. 08) e janeiro de 2007 (f. 09), que foram enviadas para a Rua Frederico Bracher Júnior, n. 210, ap. 201, Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital (f. 8-9), e com a fatura vencida em abril de 2007, na qual já consta o novo endereço das autoras (f. 10).

Mister se faz destacar que, mesmo após a contestação, as requerentes não apresentaram as faturas vencidas em fevereiro e março de 2007, de forma a comprovar que, na data dos fatos narrados na inicial (12.03.2007), seus dados já estavam devidamente atualizados (inclusive com o novo endereço) perante a requerida.

Outrossim, não se pode olvidar que consta da petição inicial a assertiva de que, antes do evento que teria causado os alegados danos morais, cuja compensação pecuniária se busca, a primeira requerente teria procurado a ré, em novembro de 2006, para atualizar seu cadastro. Tal fato, sem sombra de dúvida, ocorreu antes da mudança de endereço para a Rua Frederico Bracher Júnior, nº 200, apto. 601, Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital.

A propósito:

Entretanto, em novembro de 2006, a autora solicitou ao Carrefour do Shopping Del Rey para atualizar seu endereço, tendo inclusive recebido, posteriormente, em seu endereço atual, faturas mensais e o próprio cartão utilizado pela 1ª autora na data do evento (f. 3-4).

A nosso aviso, pois, o que resulta dos autos é que a primeira autora realmente deixou de comunicar à ré a alteração de seu endereço, ao se mudar para a Rua Frederico Bracher Júnior, nº 200, apto. 601, Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital, o que ocorreu, aparentemente, em fevereiro de 2007, caracterizando infração contratual.

A propósito, confira-se o teor da cláusula 5.7, do contrato de emissão e utilização do cartão de crédito Carrefour/Champion:

5.7. - Obriga-se o portador, por si e pelos eventual(is) portador(es) de cartão(ões) adicional(is), a manter as suas informações cadastrais atualizadas (f. 34).

Ocorrido o descumprimento contratual por parte da primeira requerente, não havia qualquer óbice à requerida a promover o bloqueio do cartão, até que fosse procedida a devida atualização cadastral.

Isso porque a cláusula 14.3 do contrato de emissão e utilização do cartão de crédito Carrefour/Champion permite, inclusive, a rescisão em hipóteses como a dos autos, sem qualquer comunicação prévia ao usuário do cartão:

14.3. - A violação de qualquer disposição deste contrato [...] darão causa a rescisão imediata deste contrato, sem qualquer formalidade adicional, e a suspensão ou o cancelamento dos cartões e da conta do portador, a critério único e exclusivo da emitente, de acordo com sua política, sem prejuízo de cobrança dos valores devidos pelo portador, conforme descrito no item 13.2 supra (f. 34).

Cumprido salientar que, a respeito da alegação das autoras, de que a primeira requerente deveria ser comu-

nicada previamente do bloqueio iminente do cartão de que é titular, foge do razoável, visto que, se o seu novo endereço não era do conhecimento da ré, esta não tinha meios de proceder a tal cientificação.

Sob outro prisma, não há como considerar falha a prestação do serviço da requerida em decorrência do fato de permitir a reativação do cartão apenas no dia seguinte ao que foi apresentado o comprovante de endereço pela primeira requerente.

É que, não obstante a omissão do contrato entabulado entre as partes acerca de tal situação, mostra-se razoável que se aguarde um período de algumas horas para reativação do cartão de crédito, de modo a possibilitar que a ré, inclusive, confira a idoneidade do documento que lhe foi apresentado.

A esse respeito, deve-se destacar que, malgrado não haja qualquer indício de que a primeira autora se trate de pessoa de má índole, não se pode olvidar que são recorrentes as fraudes praticadas contra as administradoras de cartões de crédito.

Assim, a nosso aviso, também não se vislumbra falha na prestação de serviço por parte da ré, ao não reativar imediatamente o cartão de crédito da primeira autora por ocasião dos fatos narrados na inicial, informando a esta que o desbloqueio somente ocorreria no dia seguinte.

Não obstante serem os argumentos acima expostos suficientes para a confirmação da sentença vergastada, mister se faz consignar que, mesmo se houvesse falha no serviço prestado pela requerida, de modo algum se poderia extrair da narrativa da petição inicial a conclusão de que as autoras teriam sofrido danos morais.

Para a caracterização do dano moral, é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo. Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (art. 11, CC/2002). A título de exemplificação, são direitos da personalidade aqueles referentes à imagem, ao nome, à honra subjetiva e objetiva, à integridade física e psicológica.

Ademais, é indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar a esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo extrapatrimonial. De modo algum pode o julgador ter como referência, para averiguação da ocorrência de dano moral, a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível.

Nesse sentido:

Responsabilidade civil - Danos morais - Inexistência - Sensibilidade exacerbada - Incompatível com a do homem mediano. - Deve ser negada a pretensão indenizatória de danos morais quando verificado que o aborrecimento sentido

pela parte é mero fruto de uma sensibilidade exacerbada (incompatível com os sentimentos do homem mediano) e não da concreta ocorrência do dano. (AC nº 458.018-7. Rel.: Juiz Walter Pinto da Rocha. Nona Câmara Cível. TAMG. Julgado em 29.10.2004).

Ação de indenização - Danos morais - Inexistência - Ação julgada improcedente - Apelo desprovido. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são: o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. O ordenamento jurídico apenas garante a indenização do verdadeiro dano moral, isto é, protege as pessoas em face dos atos capazes de gerar sofrimento interno a qualquer ser humano médio, não conferindo proteção, porém, às susceptibilidades pessoais, ao excesso de sensibilidade. Apelo desprovido, a fim de confirmar a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório (TJMG, AC nº 511.592-0, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, Décima Sétima Câmara Cível, j. em 16.6.2005).

Os transtornos enfrentados pelas requerentes, na realidade, constituem meros dissabores, comuns na vida cotidiana e perfeitamente toleráveis pelo homem médio. Portanto, não há se falar em ocorrência de dano moral, o que fortalece a argumentação de que não merece censura o entendimento do Julgador primevo.

Em casos semelhantes ao dos autos, já decidiu esta Corte:

Ação de indenização por danos morais e materiais - Cartão de crédito - Compra - Impedimento - Cancelamento entre convênio firmado entre a administradora de cartões de crédito e o estabelecimento comercial - Danos morais - Não configuração - Meros aborrecimentos. - Meros aborrecimentos não podem ser alçados ao patamar do dano moral, mas somente aquelas agressões que agravam a naturalidade dos fatos da vida, causando aflições e angústias profundas e contudentes no espírito da vítima (TJMG, AC nº 1.0145.06.310324-9/001, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, Décima Quinta Câmara Cível, j. em 13.3.2008).

Ação de indenização por dano moral - Cartão de débito - Falha no momento da compra - Meros aborrecimentos e dissabores - Fatos não caracterizadores de ofensa à honra subjetiva - Sentença de improcedência mantida. - 1. A obrigação de indenizar se assenta na demonstração da conduta culposa do agente, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo, pressupostos que, se não demonstrados, afastam tal dever. - 2. Meros dissabores e aborrecimentos não têm o condão de configurar ofensa à honra e, por conseguinte, gerar direito à indenização por dano moral. É necessário que a conduta do réu atinja, de forma relevante, a esfera moral do autor, provocando-lhe dor, sofrimento ou humilhação, o que não ocorreu no caso em julgamento (TJMG, AC nº 1.0024.04.372617-3/001, Rel. Des. Maurício Barros, Décima Primeira Câmara Cível, j. em 05.04.2006).

Com tais razões de decidir, nego provimento à apelação, mantendo incólume a sentença vergastada.

Custas recursais, pelas apelantes, cuja exigibilidade suspendo nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Despesas de condomínio - Ex-cônjuges - Separação - Bens transferidos aos filhos - Formal de partilha - Ausência de registro em cartório de imóveis - Irrelevância - Débitos posteriores - Cobrança - Não cabimento - Uso e fruição findos - Ilegitimidade passiva - Não ocorrência - Ausência de preparo - Assistência judiciária - Deferimento - Recurso provido em parte

Ementa: Ação de cobrança. Despesas condominiais. Transferência dos imóveis na separação. Formal de partilha não registrado. Ilegitimidade passiva dos ex-cônjuges. Inocorrência. Obrigação pelo pagamento de débitos posteriores à separação. Inexistência. Pedido de cobrança improcedente em parte.

- Conforme teoria da asserção, a legitimidade *ad causam* diz respeito à verificação da pertinência abstrata com o direito material controvertido. Assim, se em uma análise preliminar do feito se verifica que o pedido deduzido pelo autor deve ser dirigido ao réu em razão dos fatos e fundamentos deduzidos na inicial, há a pertinência subjetiva com a lide. Nada impede que, eventualmente, se verifique que o direito alegado na inicial não existia, o que implicará a extinção do processo com resolução do mérito, mais precisamente com a improcedência do pedido do autor.

- As despesas condominiais devem ser pagas por aquele que faz uso ou se beneficia dos serviços prestados com o escopo de proporcionar o bem-estar de todos que usufruem do condomínio. Nesse contexto, após a separação dos ex-proprietários, com a transferência de propriedade dos bens determinada na separação judicial, não poderão os ex-cônjuges ser responsabilizados pelos débitos posteriores, visto não mais possuir uso e fruição sobre os bens.

- A formalidade do registro da partilha no Cartório de Imóveis tem relevância para resguardar direito dos bene-

ficiários da transferência do domínio na hipótese de o transmitente alienar o bem a outra pessoa. Dessa maneira, a ausência do registro da partilha não tem o condão de atribuir a responsabilidade pelo pagamento dos ex-cônjuges e ex-proprietários, uma vez que indubitável que o imóvel não mais lhes pertence.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.542819-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: José Tavares Ferreira, em causa própria e outra - Apelado: Condomínio do Edifício Maia - Relator: DES. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de junho de 2010. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Condomínio do Edifício Maia em face de José Tavares Ferreira e Vanderlene de Fátima Martins, julgou procedente o pedido inicial, para condenar os réus ao pagamento das taxas condominiais descritas na inicial quanto às salas 207, 210 e 211. Com relação à sala 214, todavia, condenou apenas o réu José Tavares Ferreira.

Na sentença (f. 110/116), o Juiz de primeiro grau entendeu que a separação judicial dos réus, a qual culminou na partilha dos bens do casal, incluindo as salas 207 e 211, não é capaz de elidir a obrigação de pagar as taxas condominiais, uma vez que, inexistindo registro dessa transferência, não tem ela efeito perante terceiros.

Quanto à sala 214, ao constatar que fora adquirida depois da separação do casal apenas pelo réu José Tavares Ferreira, o Juiz sentenciante houve por bem apenas condená-lo ao pagamento das taxas condominiais referentes a esse imóvel.

Ao final, condenou os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixou em 15% do valor da condenação.

Inconformados com a sentença, os réus interpuseram apelação (f. 118/122), aduzindo, em suma, que:

a) fazem jus ao benefício da assistência judiciária, uma vez que não têm como arcar com os ônus processuais;

b) a propriedade dos imóveis dos quais se cobram as taxas condominiais já foi transferida aos filhos dos réus quando eles se separaram, em 1992;

c) ainda que não tenha sido a partilha registrada, houve transferência de propriedade, motivo pelo qual os réus não têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Requer, ao final, seja concedido o benefício da assistência judiciária e dado provimento à apelação para reformar a sentença recorrida.

O autor, a seu tempo, apresentou contrarrazões (f. 1.166/1.171), nas quais alega que:

a) ausente o preparo recursal, deve ser reconhecida a deserção;

b) conforme certidão acostada à inicial, são os réus proprietários das salas das quais se cobra a taxa condominial, motivo pelo qual não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.

Arremata, requerendo a manutenção da decisão de primeiro grau.

1 - Do juízo de admissibilidade recursal.

No caso dos autos, o Juiz de primeiro grau, não obstante ter este Tribunal concedido os benefícios da assistência judiciária à ré Vanderlene de Fátima Martins, condenou os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformados, os réus (apelantes) interpuseram apelação, requerendo a reforma da sentença quanto ao mérito e o deferimento do benefício da assistência judiciária, motivo pelo qual não realizaram o preparo recursal.

Intimados para comprovar que fazem jus a tal benesse, apenas o réu José Tavares Ferreira se manifestou, acostando aos autos cópia da declaração de imposto de renda do exercício financeiro de 2009 e comprovante de renda (f. 140/148-TJ).

Pois bem. Analisando detidamente esse documento, conclui-se que o apelante não apresenta rendimentos tributáveis, isto é, é isento do pagamento de tal tributo.

Segundo entendimento que adoto, as pessoas que, em decorrência de seus rendimentos - provenientes de salários ou de outras fontes -, estão sujeitas ao pagamento de imposto de renda, situam-se na denominada classe média. Tal segmento social, afora o imposto de renda, sujeita-se ao pagamento de todas as espécies de impostos, taxas e contribuições. Ora, quem está inserido no limite de isenção de tal tributo - como é o caso do apelante - decerto que não poderá ser compelido a arcar com as custas processuais sem comprometer o sustento próprio e de sua família.

Quanto à ré Vanderlene de Fátima Martins, ainda que tenha permanecido inerte, também faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, conforme alhures reconheceu este Tribunal. Afinal, conforme se vê dos comprovantes e declaração de imposto de renda de

f. 84/90, assim como o outro réu, não apresenta rendimentos tributáveis.

Dessa maneira, defiro o pedido de assistência judiciária formulado pelos apelantes, motivo pelo qual, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

2 - Da alegação de ilegitimidade passiva.

O Juiz sentenciante rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, ao fundamento de que, como o nome dos apelantes consta do registro dos imóveis, são eles os responsáveis pelo pagamento das taxas condominiais cobradas.

Conforme teoria da asserção, a legitimidade *ad causam* diz respeito à verificação da pertinência abstrata com o direito material controvertido. Assim, se em uma análise preliminar do feito se verifica que o pedido deduzido pelo autor deve ser dirigido ao réu em razão dos fatos e fundamentos deduzidos na inicial, há a pertinência subjetiva com a lide. Nada impede que, eventualmente, se verifique que o direito alegado na inicial não existia, o que implicará a extinção do processo com resolução do mérito, mais precisamente com a improcedência do pedido do autor.

No caso dos autos, pleiteia o autor (apelado) o recebimento de encargos condominiais cujo pagamento entende ser de responsabilidade dos apelantes.

Verifica-se, pois, que o autor pretende, em nome próprio, direito próprio em face daquela cuja conduta se reputa lesiva ao direito invocado. Dessarte, incontroversa resta a pertinência subjetiva da apelante com a lide deduzida no processo. Se há ou não dever de pagar o débito pleiteado, tal questão repercutirá no julgamento de mérito, e como tal será tratada.

Por tais razões, é de se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva.

3 - Da responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau entendeu que, conquanto tenham sido as salas 207 e 211 transferidas aos filhos dos recorrentes por ocasião da separação do casal, como o formal de partilha não fora levado a registro, permanecendo o nome dos apelantes como proprietários no registro, devem eles responder pelos débitos cobrados pelo apelado. Ademais, salientou que a sala 214 foi adquirida depois da separação, razão pela qual somente o apelante José Tavares Ferreira é responsável pelo pagamento.

Depreende-se dos autos que pretende o apelado o recebimento das despesas condominiais das salas 207, 210, 211 e 214 vencidas entre junho de 2006 e maio de 2007.

Analisando a documentação acostada aos autos, verifica-se que os valores pleiteados se referem a período posterior à separação dos apelantes, momento esse que, segundo os réus, a propriedade de todas as salas foi transferida aos seus filhos.

Antes de adentrar a discussão do mérito propriamente dito, cumpre destacar que, conforme reconhecido na sentença, e não impugnado nas razões recursais, os apelantes não contestam mais a existência da dívida, apenas negam a responsabilidade quanto a ela.

A questão a ser dirimida neste grau recursal cinge-se, então, a analisar se os apelantes devem ou não responder pelas despesas condominiais.

Compulsando os autos, verifica-se que os apelantes foram casados no regime de comunhão universal de bens, tendo se separado em 1º.04.1992, conforme se depreende da cópia da sentença prolatada nos autos da separação judicial do antigo casal (f. 37).

Conforme acordo firmado entre os apelantes à época da separação e homologado na mencionada decisão de f. 37, a salas 207 e 211 iriam ser transferidas a seus filhos. Todavia, o que se percebe é que, não obstante essa disposição, o registro desses imóveis permaneceu inalterado, conforme certidões de f. 10 e 12.

Não se olvida que o proprietário do imóvel é obrigado a partilhar as despesas de condomínio, nos termos do art. 12 da Lei 4.591/64, que assim dispõe:

Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio.

Todavia, dada a natureza da taxa condominial, entende-se que tal dispositivo legal se aplica apenas àqueles que gozam de todas as faculdades inerentes ao domínio.

Isso porque as despesas condominiais devem ser pagas por aquele que faz uso ou se beneficia dos serviços prestados com o escopo de proporcionar o bem de todos do condomínio. Nesse contexto, com a separação dos apelantes devidamente homologada, por meio da qual restou estabelecida a transferência da propriedade das salas 207 e 211, ainda que não tenha sido procedido o registro do formal de partilha, os apelantes não poderão ser responsabilizados pelo débito pleiteado nos autos, com relação a esses imóveis, visto não mais possuir uso e fruição sobre os bens. Nesse sentido:

Apelação cível - Ação de cobrança - Despesas de condomínio - Responsabilidade pelo pagamento - Transferência do imóvel em partilha de bens homologada no bojo do processo de divórcio - Falta de registro no cartório de imóveis - Irrelevância - Voto vencido. - Homologada a partilha dos bens no bojo do processo de divórcio, por via da qual a posse e a propriedade do imóvel passaram a ser exclusivas do cônjuge-virago e tendo o condomínio ciência de tal fato, não há como imputar ao cônjuge-varão responsabilidade pelos débitos condominiais posteriores à homologação da partilha, ainda que não tenha sido registrada na matrícula do imóvel. Recurso não provido (TJMG, 10ª Câmara Cível, Rel. Marcos Lincoln, 1.0024.06.207300-2/001, DJe de 27.01.2009).

Civil - Ação de cobrança - Taxas condominiais - Separação judicial - Formal de partilha homologado - Falta de registro - Irrelevância - Ilegitimidade passiva - Ônus sucumbenciais - Princípio da causalidade - Sentença mantida. - Uma vez homologado o acordo de separação judicial, por via do qual o imóvel passou a ser de propriedade exclusiva do ex-marido da ré e tendo esta comunicado o fato ao condomínio, ilegítima é a sua presença no polo passivo da ação de cobrança das taxas condominiais. [...] (TAMG - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 2.0000.00.366200-8 - Rel. Juiz Maurício Barros - j. em 20.11.2002 - p. em 30.11.2002).

Na verdade, a formalidade do registro da partilha no Cartório de Imóveis tem relevância para resguardar direito dos beneficiários da transferência do domínio na hipótese de o transmitente alienar o bem a outra pessoa. No caso dos autos, portanto, a ausência do registro da partilha não tem o condão de atribuir a responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais aos apelantes, uma vez que indubitável que o imóvel não mais lhes pertence.

Assim, como ocorre nas hipóteses de promessa de compra e venda não registrada - a respeito das quais já existe consolidada jurisprudência no sentido de que o promitente comprador é quem deve ser responsabilizado pelas taxas condominiais depois de firmado o contrato -, no caso dos autos, quem deveria responder pelas despesas cobradas, desde a data da sentença que homologou a separação e partilha dos bens, com relação às salas 207 e 211, seriam os filhos dos apelantes.

Dessa maneira, com relação às salas 207 e 211, deve-se dar provimento à apelação, para afastar da condenação dos apelantes o pagamento do débito descrito na inicial a elas referentes.

Quanto à sala 214, conforme bem asseverou o Juiz sentenciante, somente o apelante José Tavares Ferreira é responsável pelas taxas condominiais cobradas. Isso porque, consoante se depreende da certidão de f. 11, esse imóvel foi adquirido exclusivamente por José e em data posterior à separação do casal (escritura pública de compra e venda firmada em 15.10.1992 e registrada em 03.03.1993). Assim, deve-se manter a sentença recorrida nesse ponto.

Com relação à sala 210, contudo, a responsabilidade pelas taxas condominiais é de ambos os apelantes. Ora, ainda que tenha a transferência de propriedade da sala 210 sido exaurida (com seu registro) em 04.09.1992, data posterior à separação do casal (1º.04.1992), presume-se que ambos os apelantes são os proprietários. Afinal, a escritura de compra e venda foi firmada em 16.08.1991, ou seja, durante a vigência do casamento. Nesse sentido:

Partilha de bens - Comunhão universal de bens - Imóvel adquirido pelo cônjuge-virago na constância do casamento

- Ausência de registro no cartório de imóveis - Irrelevância - Partilha mantida - Ordem de avaliação e praxeamento do bem imóvel - Exclusão. - 1. O imóvel adquirido pelo cônjuge-virago na constância da união conjugal passa a integrar o patrimônio do casal e está sujeito a partilha em caso de separação judicial ou divórcio, sendo irrelevante que a escritura não tenha sido registrada. - 2. Afasta-se da sentença a ordem de avaliação e praxeamento do bem imóvel partilhável, por não constar do pedido (TAMG. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0024.05.894153-5/001, Rel.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ de 18.06.2003).

Dessarte, considerando-se que a sala foi adquirida durante a vigência do casamento dos apelantes em regime de comunhão total de bens e não tenha sido objeto de partilha de bens no momento da separação do casal, ambos são proprietários e devem, portanto, responder pelas taxas condominiais.

À guisa de conclusão, demonstrado que os apelantes não são mais responsáveis pelo pagamento das taxas condominiais das salas 207 e 211, mesmo que não se tenha procedido ao registro do formal de partilha, deve-se dar parcial provimento à apelação para decotar da sentença a condenação dos recorrentes ao pagamento das verbas condominiais atinentes a tais imóveis, mantendo, por outro lado, o que fixado pelo Magistrado sentenciante quanto às salas 210 e 214.

4 - Conclusão.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, dou parcial provimento à apelação para reformar a sentença e, por via de consequência, julgar improcedente o pedido inicial quanto às taxas condominiais referentes às salas 207 e 211, mantendo, por outro lado, o que restou decidido no juízo de origem com relação às salas 210 e 214.

Condeno o apelado ao pagamento de 50% das custas recusais, arcando os apelantes com os 50 % remanescentes, ressalvando-se a inexigibilidade de tais parcelas, porquanto beneficiários da assistência judiciária.

Arcará o apelado com 20% dos ônus de sucumbência (custas processuais de primeira instância e honorários advocatícios), conforme fixado na sentença, devendo os apelantes ser responsabilizados pelos 80% remanescentes, ressalvando-se a inexigibilidade de tais parcelas, porquanto beneficiários da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e ARNALDO MACIEL.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

**Busca e apreensão em alienação fiduciária -
Veículo - Expedição de ofício ao Detran -
Lançamento de impedimento judicial -
Desnecessidade - Credor fiduciário - Propriedade
resolúvel - Apreensão por autoridade policial ou
agentes de trânsito - Não cabimento - Mandado
judicial - Cumprimento - Oficial de justiça**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Expedição de ofício para departamento de trânsito. Lançamento de impedimento judicial. Sistema Renajud. Bloqueio e apreensão do veículo. Impossibilidade.

- A expedição de ofícios ao Detran para o lançamento de impedimento de veículo alienado fiduciariamente é desnecessária, pois a propriedade resolúvel do bem pertence ao credor fiduciário, que precisa anuir para que ocorra a transferência do bem dado em garantia.

- A restrição de circulação de veículo somente é cabível em decorrência do cumprimento de mandado judicial exarado nos autos da ação de busca e apreensão, a ser cumprido por oficiais de justiça, e não por funcionários do Detran.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº
1.0145.09.557254-4/001 - Comarca de Juiz de Fora -
Agravante: Banco Santander Brasil S.A. - Agravados:
Markão Comércio Ltda., Marco Antônio Monteiro
Figueira, Júlia Fátima de Mattos Figueira - Relator: DES.
IRMAR FERREIRA CAMPOS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, 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 2010. - Irmair Ferreira Campos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Santander Brasil S.A. contra a r. decisão de f. 71-v.-TJ, que, nos autos da ação de busca e apreensão, ajuizada contra a Markão Comércio Ltda., Marco Antônio Monteiro Figueira e Júlia Fátima de Mattos Figueira, indeferiu o pedido de lançamento de impedimento judicial do veículo cadastrado em nome dos agravados.

Em suas razões recursais, o banco agravante relata haver firmado com os agravados contrato de empréstimo, com alienação fiduciária, no valor de R\$ 91.162,56 (noventa e um mil cento e sessenta e dois reais e cinquenta e seis centavos), a ser pago em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, com início no dia 25.07.2008.

Afirma que os agravados não cumpriram com o ônus que lhes cabia, visto que deixaram de adimplir o contrato a partir da data do dia 25.01.2009, o que motivou o ajuizamento da presente demanda.

Alega que, apesar de deferido o pedido liminar de busca e apreensão, a localização do veículo alienado fiduciariamente restou infrutífera, o que motivou o pedido de lançamento de impedimento judicial do veículo cadastrado em nome dos agravados.

Assevera que, a despeito da possibilidade de o veículo ser transferido em outro Estado da Federação, mesmo estando averbada a restrição financeira à margem do seu certificado de propriedade, o Magistrado a quo, sem qualquer fundamentação, indeferiu o pedido de impedimento judicial do veículo.

Sustenta que tal medida visa impedir a transferência e o licenciamento do veículo, visto que ele poderá ser retido pelo Detran, agilizando o deslinde do litígio.

Discorre acerca da possibilidade legal e jurídica do lançamento de tal impedimento, coligindo aos autos jurisprudência que entende aplicável à espécie.

Requer a concessão do efeito suspensivo ativo.

Pugna pela reforma da r. decisão agravada.

Mediante análise dos autos e verificando que não se encontravam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo a ensejar a suspensão da decisão objurgada, tampouco a presença da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, necessários ao deferimento do efeito suspensivo ativo, recebi o presente recurso tão somente no efeito devolutivo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, co-nheço do recurso.

Mérito.

O objeto do presente recurso cinge-se à análise do acerto ou não da r. decisão singular que indeferiu o pedido de lançamento de impedimento judicial do veículo cadastrado em nome dos agravados.

Insta salientar que tal impedimento visa informar à autoridade de trânsito que o veículo demandado se encontra *sub iudice*, não podendo, portanto, ser licenciado ou transferido sem autorização do Juízo.

Em que pesem os argumentos formulados, entendo que a irrisignação do agravante não merece prosperar.

Isso porque coaduno com o entendimento jurisprudencial de não ser cabível a expedição de ofício ao

Detran para lançar impedimento judicial no registro do veículo, ou para apreensão do bem pelo Detran ou autoridade competente, caso seja por elas localizado quando abordado em eventual *blitz* policial, tampouco lançar impedimento judicial pelo sistema Renajud com o mesmo escopo.

É que o gravame decorrente da alienação fiduciária constante no registro do veículo já constitui óbice à alienação dele sem o consentimento do banco credor, ao qual pertence a propriedade resolúvel do bem, fato este que permite a ilação de ser desnecessária a inclusão de impedimento judicial.

Ademais, inexistente, no ordenamento jurídico, autorização à apreensão de veículo pelas autoridades/agentes de trânsito ou pela autoridade policial, tendo em vista que resta obstada a restrição de circulação do veículo em face do mero ajuizamento de ação de busca e apreensão, e tampouco há como atribuir ao órgão de trânsito e autoridade policial o encargo de apreender o bem quando localizado em face do descumprimento de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária.

Desse modo, sequer há se falar em expedição de ofícios às polícias, para que apreendam o bem em eventual *blitz*, visto que a apreensão de veículo em ação de busca e apreensão decorre do cumprimento de mandado judicial a ser realizado por oficiais de justiça, e não por policiais.

Nesse sentido já me manifestei:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Expedição de ofício para departamento de trânsito. Bloqueio e apreensão do veículo. Impossibilidade.

- A expedição de ofícios ao Detran para o lançamento de impedimento de veículo alienado fiduciariamente é desnecessária, pois a propriedade resolúvel do bem pertence ao credor fiduciário, que precisa anuir para que ocorra a transferência do bem dado em garantia.

- A restrição de circulação de veículo somente é cabível em decorrência do cumprimento de mandado judicial exarado nos autos da ação de busca e apreensão, a ser cumprido por oficiais de justiça, e não por funcionários do Detran (TJMG. Processo: 1.0701.09.273685-2/001; Relator: Irmair Ferreira Campos; j. em 10.09.2009; p. em 29.09.2009).

Corroboram esse entendimento os seguintes julgados:

Agravo de instrumento - Ação de busca e apreensão com garantia de alienação fiduciária - Pedido de expedição de ofício ao Detran - Anotação de impedimento à transferência - Desnecessidade. - É desnecessária e tautológica a expedição de ofício ao Detran para impedir a transferência do veículo alienado fiduciariamente, pois a propriedade resolúvel do bem pertence à instituição financeira, não podendo haver sem sua anuência a transferência a terceiros do bem dado em garantia (TJMG. AI nº 1.0024.07.685144-3/001, Rel. Des. Luciano Pinto, j. em 17.04.2008).

Ação de reintegração de posse - Expedição de ofício ao Detran - Impedimento judicial - Restrição à circulação do bem - Ausência de previsão legal - Necessidade de instauração de procedimento cautelar próprio [...] - O requerimento de expedição de ofício para lançar impedimento de circulação do veículo não pode ser acolhido. A uma, porque o impedimento judicial apenas poderia ser deduzido, de forma própria, em sede de ação cautelar, observado o devido processo legal, do qual decorrem os princípios do contraditório e da ampla defesa; a duas, porque a reintegração de posse do veículo somente poderá ser realizada por oficiais de justiça, em cumprimento de liminar ou sentença proferida na ação de reintegração de posse, e não por funcionários do Detran. É bem de ver-se que o deferimento do pedido postulado pelo recorrente, de inscrição de impedimentos judiciais no prontuário do veículo, nos autos da ação de reintegração de posse, irá configurar verdadeira afronta ao devido processo legal, visto que tal medida exige o ajuizamento de processo cautelar próprio, oportunizando-se à parte adversa contestar a referida pretensão. Cumpre consignar, por oportuno, que a existência de gravame no bem dado em garantia, por si só, impede a transferência do veículo sem a anuência do credor. Com efeito, mostra-se despropositada a inscrição de impedimento judicial quanto a sua transferência [...] (TJMG. AI nº 1.0707.08.154941-2/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 24.07.2008).

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Decisão fundamentada. Liminar não cumprida. Determinação judicial de averbação de impedimento de veículo no Detran e apreensão por autoridade policial. Impossibilidade. [...] - O pedido de apreensão por autoridade policial é despropositado na medida em que o próprio art. 4º do Decreto-lei 911/69 estabelece os ditames que devem ser respeitados no procedimento de busca e apreensão na situação em que o bem não é localizado (TJMG. Apelação Cível nº 1.0702.06.310242-1/003, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 10.04.2008).

Dessarte, outra alternativa não resta senão manter a r. decisão singular, que indeferiu o pedido formulado pelo autor agravante, visto que prescindível a inscrição de impedimento judicial de transferência no CRLV, uma vez que a anotação aposta no documento, noticiando que o bem fora dado em alienação fiduciária, obsta a alienação dele, sem a anuência do credor.

Conclusão.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a r. decisão singular.

Custas do recurso, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO E MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

**Reintegração de posse e ação revisional -
Conexão - Juízes com a mesma competência
territorial - Prevenção - Primeiro despacho com
citação ordenada - Art. 106 do CPC**

Ementa: Reintegração de posse. Ação revisional. Conexão. Prevenção. Primeiro despacho que ordenou a citação. Inteligência do art. 106 do CPC.

- De acordo com o art. 106 do CPC, correndo em separado ações conexas perante juízos com a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. A expressão “despachar em primeiro lugar” deve ser entendida como “o pronunciamento judicial positivo que determina a citação” (STJ - RT 653/216), ainda que, anteriormente, outro despacho ou decisão tenha sido proferida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.09.566091-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Banco Itauleasing S.A. - Agravado: Despoluir Sistema de Tratamento de Resíduos Sólidos Ltda. - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 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, 18 de maio de 2010. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Itauleasing S.A. contra decisão do MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da ação de reintegração de posse c/c indenização por perdas e danos que move contra a agravada, Despoluir Sistema de Tratamento de Resíduos Sólidos Ltda. ME, declinou a competência do feito para a 8ª Vara Cível daquela mesma comarca, Juízo por onde tramita uma ação revisional proposta pela agravada, a fim de evitar decisões conflitantes.

Em suas razões recursais de f. 02/04-TJ, sustenta o agravante a necessidade de reforma da r. decisão, alegando que, ao contrário do entendimento abraçado pelo digno Magistrado primevo, a prevenção é do Juízo da 6ª Vara Cível daquela comarca, visto que a citação válida apenas ocorreu nos autos da ação de reintegração de

posse da qual se originou o presente recurso, relatando que, na ação revisional ajuizada pela agravada, nem ao menos houve determinação de citação do mesmo.

Por tais razões requer, ao final, o provimento do presente recurso com a reforma da decisão agravada.

Recurso devidamente preparado à f. 53-TJ.

Deferido o pedido de efeito suspensivo às f. 65/66-TJ.

A agravada apresentou contraminuta às f. 72/76-TJ, postulando pela total manutenção da decisão agravada.

Informações prestadas pelo MM. Juiz às f. 83/84-TJ, noticiando que o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC e que foi mantida a decisão agravada.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Diante da peculiaridade do caso em apreço, para melhor delinear a questão, cumpre primeiramente narrar a sequência dos fatos. Pois bem, depreende-se dos autos que a microempresa, Despoluir Sistema de Tratamento de Resíduos Sólidos Ltda. ME, ora agravada, ajuizou perante o Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora uma ação de revisão contratual em desfavor do Banco Itauleasing S.A., haja vista as supostas abusividades contidas no contrato de arrendamento mercantil celebrado entre as partes, ao passo que o Banco Itauleasing S.A. ajuizou ação de reintegração de posse c/c indenização por perdas e danos com pedido liminar contra Despoluir Sistema de Tratamento de Resíduos Sólidos Ltda ME, que, por sua vez, foi distribuída para a 6ª Vara Cível daquela mesma comarca.

Diante de tais circunstâncias, a ré requereu às f. 15/16 a conexão da ação de reintegração de posse c/c indenização por perdas e danos com o processo de nº 0145.09.562, distribuído no dia 28.10.2009 perante a 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, tendo o MM. Juiz da 6ª Vara Cível da mesma comarca proferido decisão à f. 21-TJ, reconhecendo a conexão das duas ações propostas pelas partes e, por conseguinte, a prevenção do Juízo da 8ª Vara Cível, também da Comarca de Juiz de Fora, para decidir simultaneamente ambos os feitos.

Feitas tais considerações, observa-se que, não havendo dúvida em torno da caracterização da conexão da ação de reintegração de posse c/c indenização por perdas e danos com a ação revisional, imperioso reconhecer que o cerne da controvérsia se cinge tão somente a indicar o juízo prevento para solucionar as lides ora em comento.

Com efeito, tenho que a questão é de fácil solução, uma vez que há norma expressa no Código de Processo Civil dispondo sobre o assunto, qual seja o art. 106 daquele diploma legal, que dispõe sobre a prevenção de juízos da mesma competência territorial:

Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

Portanto, esse dispositivo refere-se a ações conexas perante juízos com a mesma competência territorial, caso em que se considera prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

De tal sorte, depreende-se dos autos que, no caso em comento, as ações conexas tramitam perante juízos com a mesma competência territorial, qual seja a Comarca de Juiz de Fora, sendo que o MM. Juiz da 6ª Vara Cível deferiu a liminar de reintegração de posse e ordenou a citação da ré no dia 02.12.2009, conforme f. 13/14-TJ, ao passo que o MM. Juiz da 8ª Vara Cível indeferiu o benefício da justiça gratuita no dia 05.11.2009 (f. 40/41-TJ-verso), mas não tendo, até o momento, determinado a citação da parte ré, até porque contra a negativa da assistência judiciária foi interposto recurso de agravo de instrumento, ao qual foi concedido efeito suspensivo.

No entanto, a expressão “despachar em primeiro lugar” deve ser entendida como “o pronunciamento judicial positivo que determina a citação” (STJ - RT 653/216), ainda que, anteriormente, outro despacho ou decisão tenha sido proferida, sendo inclusive este o entendimento desta Câmara:

Ementa: Conflito negativo de competência - Juízos da mesma competência territorial - Prevenção - Primeira ordem de citação. - Havendo conexão entre ações distribuídas a diferentes juízos da mesma competência territorial, torna-se prevento o que primeiro determinou a citação, por consistir em manifestação de que a demanda está em condições de ser por ele julgada. (Conflito Negativo de Competência nº 1.0000.08.474744-3/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Juiz de Direito da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Suscitado: Juiz de Direito da 18ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Rel. Des. Fábio Maia Viani.)

Desse modo, conclui-se que, se o primeiro despacho determinando a citação da parte ré foi proferido pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, está ele prevento para processar e julgar as ações mencionadas no presente agravo.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a prevenção do Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora para julgar ambos os feitos em face da inegável conexão.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e FÁBIO MAIA VIANI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Registro civil - Prenome - Retificação - Produção de prova testemunhal - Necessidade - Não observância - Cerceamento de defesa - Nulidade da sentença

Ementa: Processo civil. Retificação de prenome. Produção de prova testemunhal. Pertinência. Cerceamento de defesa. Nulidade da sentença.

- Oportunamente requerida a produção de provas, em especial a testemunhal, e não sendo esta inútil ou meramente protelatória, deve ser facultada à parte interessada a sua produção, sob pena de cerceamento do direito à ampla defesa, o que acarreta a nulidade da sentença proferida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.595088-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rossinei Rodrigues de Matos - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR PARA CASAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 32/34, que julgou improcedente pedido de retificação de prenome no registro civil proposto por Rossinei Rodrigues de Matos.

Fundamentando sua decisão, conclui o ilustre Juiz sentenciante não ser possível, *in casu*, a pretendida retificação no registro civil por não ter o autor produzido provas convincentes dos constrangimentos suportados em decorrência do seu prenome Rossinei e, ainda, por não ter comprovado ser conhecido publicamente pelo apelido de Lucas.

Em suas razões recursais de f. 35/39, sustenta o apelante que, em que pesem ser de ordem subjetiva os dissabores advindos de prenome indesejável, no caso dos autos, o prenome Rossinei por si só demonstra objetivamente os constrangimentos sofridos pelo apelante, por possuir conotação feminina, expondo-o a situações vexatórias.

Arremata requerendo o provimento do apelo, reformando a sentença vergastada, para julgar procedente o pedido inicial.

Recebido o recurso no duplo efeito, o Órgão Ministerial de primeira instância manifestou-se à f. 40-verso, entendendo pela desnecessidade de apresentação de parecer recursal na espécie.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça de f. 48/50, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, opinando, no mérito pelo provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso, porque próprio, tempestivamente apresentado, regularmente processado, isento de preparo em razão da gratuidade de justiça deferida.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Sustenta o douto Procurador de Justiça cerceamento do direito de defesa do autor, ora apelante, ao argumento de ter sido a sentença de improcedência prolatada sem oportunizar ao autor a produção das provas postuladas na inicial e pertinentes ao caso em exame.

Ab initio, cumpre ressaltar que o apelante, em sua exordial (f. 02/04), pretende a retificação no registro civil para alterar o prenome Rossinei para Lucas, ao argumento de sofrer constrangimentos em razão da sua conotação feminina. A fim de demonstrar a veracidade de suas alegações, pugnou pela produção de provas documentais, testemunhais e depoimento pessoal (f. 04).

Após o cumprimento das diligências ordenadas pelo juízo, quais sejam: juntada de certidões da Justiça Federal Civil e Criminal; do Distribuidor Cível e Criminal; do Distribuidor de Protestos; do Juizado Especial Civil e Criminal, o d. Juiz sentenciante julgou improcedente o pedido inicial.

Dessa forma, com a devida vênia, entendendo o d. Juiz sentenciante que a prova documental até então produzida não era bastante para comprovar o direito alegado, melhor seria oportunizar ao autor a produção das provas postuladas na inicial, para que não se tenha uma prestação jurisdicional falha ou defeituosa.

Dessarte, mostrando-se, no caso em espeque, necessária a produção de provas, notadamente a testemunhal, expressamente requerida na inicial, a fim de comprovar o fato constitutivo do direito do autor, qual seja que o prenome "Rossinei" lhe causa constrangimento, sendo conhecido na sociedade pelo prenome "Lucas", o julgamento da ação, sem que houvesse sido oportunizada à parte a ratificação do pedido de dilação probatória, importa em ofensa ao princípio da ampla defesa, resultando em cerceamento de defesa, razão pela qual a cassação da sentença é medida que se impõe.

Nesse sentido:

Retificação de registro civil. Alteração do prenome de filho menor. Sentença que julgou antecipadamente a ação e indeferiu o pedido, apesar de os autores haverem pleiteado a produção de provas para demonstrar a veracidade de seus argumentos. Ocorrência de cerceamento de defesa, por haver sido demonstrada a necessidade de dilação probatória. Ato que contamina o processo, por ofender o princípio da ampla defesa. Sentença cassada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0040.05.031080-0/001 - 2º Câmara Cível - Rel. Des. Jarbas Ladeira - julgado em 18.04.2006).

Registro civil. Prenome. Atributo da personalidade. Retificação. Art. 58 da Lei nº 6.015/78. Produção de prova testemunhal. Necessidade. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. - Prevendo a Lei nº 6.015/73, em seu art. 109, a possibilidade de produção de prova testemunhal e pautando-se o pedido de retificação de prenome no art. 58 do mesmo diploma legal, caracterizado o cerceamento do direito de defesa, se o julgador nem sequer se manifesta sobre o pleito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.08.081280-3/001 - 3º Câmara Cível - Rel. Des. Manuel Saramago - julgado em 14.05.2009).

Registro civil. Pedido de retificação. Julgamento antecipado pela improcedência. Cerceamento de defesa. Produção ampla de provas. - O art. 109 da Lei nº 6.015/75 dispõe que é cabível a retificação no registro civil mediante pedido dirigido ao juiz, quando fundamentado em documentos ou com indicação de testemunhas, que confirmem, seguramente, a veracidade dos fatos relatados. O exame antecipado do pedido, para julgá-lo improcedente apenas com base nos documentos apresentados, não se compatibiliza com as garantias constitucionais do acesso ao Poder Judiciário e da produção ampla das provas legalmente admitidas, porque há de se assegurar ao requerente a possibilidade de demonstrar, em instrução dilatatória, os fatos necessários ao deferimento da retificação postulada. Recurso provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0672.08.299433-2/001 - 4º Câmara Cível - Rel. Des. Almeida Melo - julgado em 04.03.2010).

Com tais considerações, acolho a preliminar de cerceamento de defesa levantada pelo d. Procurador de Justiça, para cassar a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à instância originária para que o ilustre Juiz faculte ao apelante a produção das provas requeridas, em especial a testemunhal, com o regular prosseguimento da lide, decidindo como de direito.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e SILAS VIEIRA.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

Cobrança - Seguro de vida em grupo - Sinistro - Ocorrência - Indenização - Percentual - Valor expresso na apólice - Prêmio - Pagamento - Seguradora - Continuidade de cobrança - Má-fé - Prova - Repetição do indébito - Restituição em dobro - Danos morais - Não ocorrência

Ementa: Pretensão de cobrança. Seguro de vida em grupo. Ocorrência do sinistro. Indenização. Percentual relativo ao valor expresso na apólice. Pagamento do valor relativo ao prêmio. Continuidade de cobrança

pela seguradora. Código de Defesa do Consumidor. Abusividade. Repetição do indébito. Má-fé. Comprovação. Danos morais. Inocorrência.

- O contrato eleito entre as partes confere contorno à apólice, ficando a seguradora obrigada a arcar com o percentual pelo qual se responsabilizou, calculado de acordo com o valor da indenização prevista na apólice.

- Deve ser deferida a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, quando demonstrada a má-fé por parte da seguradora, que, mesmo após o pagamento do prêmio e a comunicação do sinistro pelo seguro, dá continuidade à cobrança indevida das parcelas relativas ao prêmio do seguro.

- Para que seja passível de reparação, advinda da responsabilidade civil por ato danoso, mister se faz a demonstração dos seus elementos fundamentais: a culpa do agente causador do ato e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente.

- A simples recusa da seguradora ao pagamento da diferença relativa à indenização securitária pleiteada não conduz, por si só, à existência de dano moral, nem mesmo é hábil a comprovar a existência de conduta ilícita.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.599666-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Jofre Cardoso, 2º) Tokio Marine Seguradora S.A. - Apelados: Jofre Cardoso, Tokio Marine Seguradora S.A. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2010. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Relator) - Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de f. 112/117, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 27ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação com pretensão de cobrança c/c indenização por dano moral, proposta por Jofre Cardoso em face de Tokio Marine Seguradora S.A., que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a ré à devolução, em dobro, dos valores indevidamente descontados do autor após o aviso do sinistro (10 de outubro de 2003), devidamente corrigidos pela tabela

da Corregedoria de Justiça, desde o desembolso, incidindo ainda juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Em face da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes ao pagamento dos ônus de sucumbência, admitida a compensação dos honorários de advogado.

Através do presente feito, pretendeu o autor o recebimento da diferença relativa à indenização securitária prevista no contrato de seguro de vida em grupo firmado com a requerida, com a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente. Pleiteou ainda o ressarcimento pelos danos morais, que alega ter sofrido em razão da conduta da requerida.

Acolhidos em parte os pedidos iniciais pelo Magistrado *a quo*, interpuseram recurso ambas as partes, pretendendo o reexame da questão por este Tribunal.

No recurso de apelação interposto às f. 118/126, insurge-se o autor contra a sentença proferida em primeiro grau, alegando que a ré deve ser responsabilizada pelo pagamento da diferença da indenização securitária pleiteada, ao argumento de que, ao assumir a carteira de segurados de outra seguradora, a sucessora passa a responder por todos os direitos e obrigações relativas àquele grupo, não podendo se eximir de tal pagamento. Defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos. Aduz que, como a apólice do seguro previa como capital segurado o montante de R\$ 38.361,65, mostra-se cabível o recebimento da diferença postulada na inicial, uma vez que o mesmo recebeu apenas a quantia de R\$ 29.578,68. Por fim, sustenta que o dano moral restou configurado diante do não pagamento do valor total do seguro pela ré. Ao final, pede a reforma parcial da sentença, nos termos supra.

Sem preparo, em razão da justiça gratuita concedida. O recurso foi recebido à f. 141.

Contrarrazões às f. 142/148.

A seguir, interpôs recurso a requerida, vindo suas razões às f. 127/139. Sustenta a recorrente que, posteriormente à ocorrência do sinistro e mesmo após a sua comunicação, a seguradora continuou a acobertar todos os riscos discriminados na apólice, razão pela qual a continuidade da cobrança das parcelas do prêmio é plenamente possível e legítima. Justifica não ser devida a repetição dos valores em dobro, uma vez que não houve má-fé. Ao final, pede a reforma da sentença, pelas razões supra.

Preparo à f. 140. O recurso foi recebido à f. 141.

Sem que fossem apresentadas contrarrazões.

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça às f. 156/158.

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

De início, importa falar que analisarei conjuntamente os recursos aviados, a fim de facilitar o julgamento.

Sem preliminares levantadas, passo ao exame do mérito.

Mérito.

É fato incontroverso, *in casu*, que o autor mantinha com a ré contrato de seguro de vida em grupo, firmado através de seu antigo empregador.

De igual modo, resta indene de dúvidas que o autor foi acometido por invalidez decorrente de doença, fato que dá ensejo à cobertura securitária prevista no contrato firmado entre as partes.

Lado outro, restou também comprovado nos autos que, em razão do sinistro ocorrido, o autor recebeu da ré a importância de R\$ 29.578,68, devidamente atualizada até a data do pagamento, relativa à indenização securitária prevista no contrato aludido.

Não obstante, pleiteia o autor o recebimento da diferença, que entende lhe ser devida, ao argumento de que o pagamento realizado pela requerida foi inferior ao previsto no contrato, qual seja R\$ 38.361,95.

Tenho que assiste razão, em parte, ao autor nesse aspecto.

É que, conforme se infere da apólice carreada aos autos (f. 17), há previsão expressa de que o capital segurado em caso de sinistro decorrente de invalidez por doença é de R\$ 38.361,95.

A despeito das alegações da requerida no sentido de que o valor da indenização devida ao autor era de R\$ 29.578,68, o documento trazido pelo autor à f. 23, e não contestado pela ré, demonstra a distribuição das importâncias seguradas, no qual se constata que incumbia à requerida o pagamento de 90,98% do capital segurado, ficando os 9,02% restantes a cargo de outra seguradora.

Assim, mister reconhecer que o pagamento realizado pela ré foi inferior ao percentual pelo qual a mesma se obrigou em relação ao capital segurado, devendo sofrer reforma a sentença, a fim de que a mesma efetue o pagamento da diferença devida ao autor, considerando para tanto o valor equivalente a 90,98% do capital expresso na apólice, qual seja 38.361,95.

De igual modo, conforme se extrai dos autos, o autor logrou êxito em demonstrar que, mesmo após o pagamento do valor do prêmio e a comunicação do sinistro à seguradora, esta continuou a efetuar a cobrança das parcelas do seguro, pelo período de 22 (vinte e dois meses).

Em que pesem as alegações da requerida, tenho que restou demonstrada a sua má-fé, ao dar continuidade à cobrança de valores na folha de pagamento do autor, quando já efetuado o pagamento do valor do prêmio pelo segurado, pelo que deve ser deferida ao autor a restituição dos valores cobrados indevidamente, tal como disposto na sentença, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, *in verbis*:

Art. 42. [...]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Lado outro, no que tange aos danos morais, tenho que falece razão ao primeiro apelante.

O dever de indenizar decorre do preceito insculpido no art. 5º da Carta Magna bem como dos arts. 186 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

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; [...].

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. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Portanto, para que a responsabilidade fique caracterizada, bem como o dever de indenizar, devem ser observados como pressupostos básicos elementos fundamentais, quais sejam a culpa, nos casos que assim o exige a lei, 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.

Corolário lógico e necessário da prática do ato ilícito é, portanto, o dever de reparar o dano causado, nos dizeres de Zamprogna Matiello (*Código Civil comentado*).

Não se afastando as hipóteses em que a própria lei civil estabelece a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa e, ainda, das decorrentes do exercício de atividade que, por sua natureza, gerem risco para os direitos de outrem.

Todavia, no caso em julgamento, tenho que não restaram demonstrados os danos alegados, nem mesmo a existência de conduta ilícita por parte da requerida.

Isso porque entendo que o simples fato de a seguradora se recusar ao pagamento da diferença pleiteada pelo autor na inicial não conduz, por si só, à existência de dano moral, nem mesmo é hábil a comprovar a existência de conduta ilícita.

Nessa esteira de raciocínio, não tendo sido demonstrados nos autos os requisitos da obrigação de indenizar, não há que se falar em indenização por danos morais.

Por tudo exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso de apelação, para reformar a decisão

recorrida, para condenar a ré ao pagamento da diferença relativa à indenização securitária pleiteada, ou seja, a diferença entre o valor equivalente a 90,98% do capital segurado (R\$ 38.361,95) e o valor pago ao autor, corrigido pelos índices da Corregedoria de Justiça e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, tudo desde a data do pagamento parcial (17.08.2005), mantidos, quanto ao mais, os demais termos da decisão atacada; e nego provimento ao segundo recurso de apelação.

Custas recursais do primeiro recurso, na proporção de 50% para cada parte e do segundo recurso, pela requerida, suspensa a cobrança em relação ao autor, em face da justiça gratuita concedida.

DES. MARCELO RODRIGUES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Presidente - Apelação Cível nº 10024075996660001, Belo Horizonte: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO".

...

Assistência judiciária - Revogação na sentença - Preparo - Apelação cível - Recebimento - Necessidade

Ementa: Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Revogação na sentença. Preparo. Apelação cível. Recebimento. Necessidade.

- É pacífico o entendimento no sentido de que, se houve revogação do pedido de justiça gratuita com a sentença, não pode ser impedido o processamento do recurso de apelação aviado.

- A ausência de preparo, nesse caso, não implica, de plano, deserção, visto que, revogado o benefício da assistência na sentença de primeiro grau, o apelo atacou tal decisão, devendo ser conhecido o recurso, sob pena de negativa de acesso ao Judiciário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.732705-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Walberth Vieira Pinto Coelho, representado por Jacqueline Vieira Pinto Coelho - Agravado: HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alvimar de Ávila, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2010. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Walberth Vieira Pinto Coelho, contra decisão de f. 66/TJ, prolatada pelo il. Juiz da 32ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, a qual deixou de receber a apelação cível interposta nos autos da ação de revisão contratual, que move em desfavor de HSBC Bank Brasil S.A.

Recurso próprio e tempestivo. Ausente o preparo, devido ao pedido em grau recursal para a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Irresignado, alega o agravante que é pobre no sentido legal e que não possui recursos financeiros para arcar com as custas processuais sem detrimento do sustento próprio.

A parte agravada não foi intimada, porque a relação processual não se completou.

É o relatório.

Pois bem. Passo a examiná-lo.

Apresentando a parte agravante recurso de apelação, insurgindo-se também contra a parte da decisão que revogou a assistência judiciária, desnecessária a exigência de preparo para que o recurso de apelação tenha seguimento, sob pena de cercear o direito da parte em ver a sua pretensão analisada em grau recursal, mediante a garantia de amplo acesso à justiça.

Sobre o tema manifesta-se Theotônio Negrão:

O recurso contra decisão denegatória do benefício da assistência judiciária não se sujeita a preparo nem pagamento do porte de remessa e retorno dos autos (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1.151).

No mesmo sentido, é a lição de Nelson Nery Júnior in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor* (7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, comentário ao art. 17 da Lei 1.060/50, p. 1.465):

Recurso e preparo. Tratando-se de recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária, *ipso facto* o preparo não se apresenta como requisito de admissibilidade desse recurso, porquanto a questão central do recurso é a necessidade do requerente em obter assistência

judiciária. Seria inadmissível exigir-se do recurso que efetuassem o preparo, quando justamente está discutindo que não pode pagar as despesas do processo, nas quais se inclui o preparo do recurso [...].

Nesse sentido, vaticina a jurisprudência:

Pedido de justiça gratuita. Revogação em sede de sentença. Recurso avariado sem preparo. Deserção. Não ocorrência. - Tendo sido revogado pelo juízo o pedido de justiça gratuita anteriormente concedido à parte, esta pode avariar recurso de apelação, sem realizar o preparo, nos termos do art. 17 da Lei nº 1.060/50 (TAMG - Quarta Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 0428692-4 - Relator: Juiz Alvimar de Ávila - Data do julgamento: 03.12.2003).

Gratuidade judiciária. Revogação na sentença. Apelação. Preparo. Dispensa. - Se a parte litiga beneficiada pela justiça gratuita, ainda que revogado o benefício na sentença, o recurso de apelação está dispensado de preparo, porque suspensos os efeitos da decisão (TAMG - Sétima Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 0428834-2 - Relator: Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes - Data do julgamento: 05.02.2004).

Confira-se ainda:

Agravo de instrumento. Sentença de extinção do processo. Indeferimento da assistência judiciária gratuita. Apelação. Preparo. Deserção. Inocorrência. - A falta de preparo na apelação não induz a deserção quando a matéria apresentada nas razões do recurso versa sobre o exame da justiça gratuita negada na sentença. Nesta hipótese, incabível o preparo, não podendo se falar em deserção. Agravo provido (AI 70011557139 - TJRS - Rel. Juiz Alexandre Mussoi Moreira - j. em 29.04.2005).

Agravo de instrumento. Gratuidade de justiça indeferida. Apelação não recebida por ausência de preparo. - Se a parte recorre da sentença que, entre outras coisas, indefere o seu pedido de assistência judiciária gratuita, não há como ser considerada deserta a sua apelação por falta de preparo. Assim não sendo entendido, a parte recorrente corre o risco de não poder permanecer em juízo, na defesa do seu alegado direito, por razão apenas econômica, com inegável afronta ao princípio contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ademais é possível o deferimento, no âmbito do presente recurso, da gratuidade perseguida. Agravo provido (AI nº 70012129839 - TJRS, Rel. Des. Leo Lima, j. em 11.08.2005).

Nesse sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Republicação de decisão. Inclusão do nome de novo advogado. Violação à legislação federal não configurada. Dissídio não demonstrado. Assistência judiciária gratuita. Deserção. Precedentes do STJ.

[...]

II - A apelação da sentença que indeferiu o benefício da assistência judiciária gratuita não pode ser obstada pelo decreto de deserção, sem que a questão seja examinada pelo tribunal. Se denegado o requerimento, deve ser oportu-

nizado o pagamento do preparo. Agravo improvido (STJ - AgRg no Ag 354812/MG - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2000/0137826-0 - Rel. Min. Castro Filho - 3º Turma - j. em 03.12.2001).

Justiça gratuita. Requerimento denegado na sentença. Apelação. Falta de preparo. Possibilidade. - Interposta apelação da sentença que denegou o benefício da gratuidade, a falta de preparo não autoriza seja decretada a deserção do recurso do requerente do benefício sem que previamente seja examinada pela Câmara a questão da gratuidade; se denegada, será oportunizado ao requerente o pagamento do numerário correspondente ao preparo, que só ali se tornou exigível. Recurso conhecido em parte e provido (REsp 247428/MG - Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar - 4º Turma - j. em 02.05.2000).

Dessarte, é pacífico o entendimento no sentido de que, se houve revogação do pedido de justiça gratuita com a sentença, não pode ser impedido o processamento do recurso de apelação avariado. A ausência de preparo, nesse caso, não implica, de plano, deserção, visto que, revogado o benefício da assistência na sentença de primeiro grau, o apelo atacou tal decisão, devendo ser conhecido o recurso, sob pena de negativa de acesso ao Judiciário.

Entendimento diverso implicaria a impossibilidade de se recorrer das decisões como a impugnada no recurso de apelação, visto que o não recolhimento do preparo obstará o envio do recurso à segunda instância, quando a parte alega não ter condições de efetuar-lo.

Posto isso, conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Ante a declaração de f.44-TJ, concedo os benefícios da justiça gratuita pleiteados pela agravante.

Dessarte, em razão do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão monocrática, determinando o regular processamento do apelo e concedendo a benesse pleiteada.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Leasing - Veículo apreendido - Pagamento de taxas e despesas - Art. 271, parágrafo único, do CTB - Ônus do arrendador/proprietário - Art. 257, § 2º, CTB - Posterior ressarcimento ao arrendatário/devedor - Sub-rogação no direito da autoridade de trânsito - Recurso não provido

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Leasing. Veículo apreendido

pela autoridade policial. Despesas decorrentes da apreensão. Quitação. Ônus da arrendadora. Sub-rogação no crédito. Recurso conhecido e não provido.

- A arrendadora é responsável pela quitação de débitos relativos à apreensão do veículo pela autoridade policial.

- Tais débitos poderão ser cobrados do arrendatário por força de sub-rogação.

Recurso conhecido e não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.05.748432-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco Itauleasing S.A. - Agravado: Rovenil Alves Vieira - 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, sob a Presidência do Desembargador Lucas Pereira, 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, 13 de maio de 2010. - Márcia De Paoli Balbino - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Trata-se de recurso de agravo de instrumento, interposto em razão da decisão de primeiro grau que, nos autos da ação de reintegração de posse que a agravante ajuizou contra o agravado, indeferiu o pedido de cumprimento da liminar de reintegração de posse sem o pagamento de despesas resultantes da apreensão do veículo por autoridade policial.

A agravante alega que não deu causa à apreensão do bem. Afirma que o condutor do veículo foi quem deu causa à sua apreensão por infringir as regras de trânsito. Sustenta que pretende a efetivação da apreensão para evitar a deterioração e desvalorização do veículo no pátio do Detran e para fazer cessar a incidência da diária em decorrência de sua permanência nesse pátio. Assevera que o devedor, ora agravado, seria beneficiado com a determinação para que a agravante arcasse com as despesas da apreensão do veículo por ele ocasionada. Requereu fosse dado provimento ao recurso para reformar a decisão agravada.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 178-TJ) por não estar presente o risco de dano imediato de difícil reparação.

O MM. Juiz prestou informações (f. 182-TJ), de que a agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC e de que mantinha a decisão agravada.

Dispensou a intimação do agravado, ainda não citado quando da interposição do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso porque tempestivo, próprio e por ter contado com preparo regular (f. 124).

Preliminar.

Não há preliminares a serem apreciadas no presente recurso.

Mérito.

A agravante recorre da decisão que indeferiu a sua reintegração na posse do veículo objeto da ação sem o pagamento das despesas relativas à apreensão deste pela autoridade policial.

Tenho que não assiste razão à agravante.

A liminar de reintegração de posse foi deferida e, se para a remoção do veículo do pátio da delegacia de Dores do Indaiá-MG, são exigidas taxas e despesas, à agravante incumbe o pagamento das despesas geradas com aquele depósito e posterior ressarcimento junto ao arrendatário inadimplente.

O veículo está em nome da agravante, sendo ela responsável pelo pagamento das quantias exigidas para liberação do veículo a ela.

A agravante pode, apenas, se ressarcir e exigir o débito de tais despesas do arrendatário após a venda do veículo e aplicação do produto da venda no saldo devedor.

É lição da doutrina que a resolução do contrato de *leasing* se dá das formas adiante expostas.

[...] IV. Consequências processuais do inadimplemento do arrendatário

[...]

A maneira mais prática de avaliar esse prejuízo, ao que entendo, é a resultante dos seguintes passos:

a) venda do bem pelo melhor preço alcançado: o bem será vendido no estado em que foi recuperado e, portanto, no preço obtido já terão sido considerados eventuais danos que tenham sofrido;

b) cálculo das prestações vencidas até a data da recuperação da posse, com encargos moratórios;

c) cálculo das prestações vincendas nessa data, deduzido o custo de capitação do dinheiro no mercado (posto que, se essas prestações forem recebidas antecipadamente, esse custo não existirá); d) cálculo do valor residual na data da recuperação da posse; somatória das parcelas b,c e d, deduzindo-se do resultado o produto da venda do bem (a) (LEÃO, José Francisco de Miranda. Exigibilidade do saldo devedor posterior à venda de bem objeto de contrato de *leasing* inadimplido. In *VGR - Valor Residual Garantido*, Abel, 1999, p. 73/75).

Conforme determina o § 2º do art. 257 do Código de Trânsito Brasileiro, a aplicação de penalidade é imposta ao proprietário do veículo:

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

[...]

§ 2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

Se há débito ocasionado pela apreensão policial do veículo, a liberação pela delegacia pressupõe o pagamento das despesas, conforme determina o parágrafo único do art. 271 do CTB:

Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via.

Parágrafo único. A restituição dos veículos removidos só ocorrerá mediante o pagamento das multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

Se para a liberação é exigível o pagamento das despesas e se o veículo está em nome da agravante, ela está obrigada ao pagamento para que a liminar de reintegração de posse se implemente.

Nesse sentido:

Mandado de segurança - Infração de trânsito - Apreensão de veículo - Condicionamento da liberação ao pagamento de multa e demais despesas - Legalidade - Art. 262, § 2º, do CTB - Sentença reformada. - Havendo prova, nos autos, de que o infrator teve conhecimento da multa aplicada no momento da infração, uma vez que atuado em flagrante delito, é legítima e válida a exigência da multa correspondente a demais despesas como condição para a devolução do veículo, pois que transportava passageiros de forma irregular e clandestina (AP 1.0079.07.375177-2/001, 5ª CaCiv/TJMG, Rel. Des. Nepomuceno Silva, p. em 03.02.2009).

Processual civil - Agravo de instrumento - Ação cautelar inominada - Aparência do bom direito - Ausência - Liminar - Não cabimento - Veículo circulando sem emplacamento - Apreensão por autoridade competente - Liberação mediante pagamento de taxas e diárias - Licitude - Decisão mantida - Recurso não provido. [...] - É direito do depositário do veículo apreendido exigir as despesas do depósito para a liberação do bem (AG 1.0024.08.096648-4/001, 17ª CaCiv/TJMG, Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino, p. em 23.09.2008).

No caso, a despesa não é devida pela agravante, mas sim ao então possuidor, o agravado, conforme cláusula 16 do contrato firmado entre as partes (f. 17-TJ):

Cláusula 16. Despesas adicionais caberá ao arrendatário:

[...]

c) pagar todos os tributos, encargos, multas e demais despesas que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente, sobre o veículo e sobre o arrendamento, bem como eventuais incrementos das alíquotas anualmente vigentes.

Todavia, ela é a proprietária e deve pagar para a remoção do veículo dos pátios do Detran.

Ao pagar o débito, a agravante se sub-roga no direito da autoridade de trânsito ou do credor, podendo ressarcir-se ou cobrar do agravado tal quantia.

Nesse sentido:

Processual civil e civil - Apelação - Ação de cobrança - Preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, ausência de interesse de agir, inépcia da inicial e prejudicial de prescrição - Rejeição - Empréstimo contraído por associado junto à instituição financeira - Pagamento pela associação coobrigada e garantidora - Sub-rogação na qualidade de credora - Procedência - Recurso não provido. [...] - Restando demonstrado que o empréstimo contraído junto à instituição financeira foi pago pela associação, fica configurada a sub-rogação legal desta última na qualidade de credora, resultando na procedência do pedido de cobrança formulado na inicial (AC 1.0024.08.161068-5/001, 17ª CaCiv/TJMG, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, p. em 02.02.2010).

Ementa: Ação ordinária de cobrança - Empréstimo contraído por associado junto a instituição financeira - Pagamento pela associação - Sub-rogação na qualidade de credora - Procedência. - Restando demonstrado que o empréstimo contraído pelo associado na instituição financeira foi pago pela associação, fica configurada a sub-rogação legal desta última na qualidade de credora, levando à procedência do pedido de cobrança formulado na inicial (AC 1.0024.08.979087-7/001, 12ª CaCiv/TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, p. em 23.11.2009).

Assim sendo, a liberação do veículo sem o pagamento das despesas não é possível.

Dispositivo.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e IRMAR FERREIRA CAMPOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Reexame necessário - Mandado de segurança preventivo - Anvisa - Normas regulamentadoras - Proibição de captação e intermediação de receitas de medicamentos magistrais e oficinais - Lei 9.782/99 - Art. 7º, III - Poder de polícia sanitária - Sentença reformada e denegada a segurança

Ementa: Reexame necessário. Mandado de segurança preventivo. Normas regulamentares da Anvisa. Poder de polícia sanitária.

- Não há direito líquido e certo do impetrante que objetiva se eximir de uma regulamentação legal ocorrida no âmbito de sua atividade laborativa, mormente por se tratar de higiene e saúde públicas, que constitui atividade de interesse público e passível de restrição por parte da Administração Pública, tanto pelo poder regulamentar como pelo poder de polícia.

Recurso de apelação não conhecido.

Em reexame necessário, reformada a sentença para denegar a segurança.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.794995-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Sociedade Pires Lacerda Ltda. - Autoridade coatora: Superintendência de Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO. REFORMAR A SENTENÇA PARA DENEGAR A SEGURANÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2010. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 397/400, que concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora se abstenha de atuar a impetrante por intermediar ou captar receitas

médicas com prescrições magistrais e oficinais, com base na Resolução nº 67/2007 da Anvisa.

Em suas razões recursais, o apelante sustentou que Anvisa apenas exerceu o seu poder regulamentar, estabelecido na Lei nº 9.782/99, sem qualquer extrapolção.

Afirmou que o item 5.4 da Resolução nº 67/2007 tem como escopo alcançar a qualidade e eficácia dos medicamentos manipulados, garantindo proteção da saúde individual e coletiva.

Sem contrarrazões.

Às f. 423/429, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em reexame necessário, pela denegação da ordem, prejudicado o recurso de apelação.

É o relatório.

Questão preliminar.

1. Não conhecimento do recurso de apelação.

Suscito de ofício a preliminar de não conhecimento do recurso de apelação, por verificar ausente um pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, qual seja a tempestividade.

À f. 402-verso, verifica-se que o Procurador do Estado de Minas Gerais foi intimado pessoalmente da sentença que concedeu a segurança em 17.06.09, ao passo que o recurso de apelação foi interposto em 18.08.09 (f. 410).

Assim sendo, não conheço do recurso de apelação, visto que intempestivo.

Conheço apenas do reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Reexame necessário.

Questão preliminar.

1. Ilegitimidade passiva.

Em suas informações, a autoridade apontada como coatora sustentou a sua ilegitimidade passiva para ser demandada no presente mandado de segurança.

Acontece que, enquanto representante do órgão responsável pela aplicação das normas, é indiscutível a possibilidade de o Secretário do Departamento de Vigilância Sanitária do Estado de Minas Gerais figurar como autoridade coatora.

Isso posto, rejeito a preliminar.

Questão de mérito.

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado em razão da proibição, pelas Resoluções nºs 173/2003 e 67/2007, expedidas pela Anvisa, da captação e intermediação de receitas de medicamentos magistrais e oficinais.

Como se vê, a impetrante pretendeu que lhe fossem assegurados o exercício da intermediação e a captação de receitas médicas para manipulação de remédios, afastando-se as disposições regulamentares que passaram a proibir tal atividade.

Dito isso, cumpre analisar a existência do direito líquido e certo do impetrante de manejar o presente mandado de segurança, uma das condições da ação,

previstas na própria Constituição Federal (art. 5º, inciso LXIX) e na Lei nº 12.016/09.

É de se reconhecer que a Constituição Federal atribui ao Sistema Único de Saúde a competência para controle, fiscalização e execução de ações de vigilância sanitária, nos termos do art. 200:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; [...].

E a Lei nº 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que tem por finalidade institucional

promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º).

E, dentre as competências arroladas no art. 7º, deve a agência

[...]

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária.

A toda evidência, foi lançando mão dessa competência que a Anvisa expediu as resoluções impugnadas pela impetrante, que visou, à luz do princípio da razoabilidade, a conferir segurança e eficácia no fornecimento de medicamentos aos usuários, afinando-o com o interesse público, que prevalece sobre o interesse privado dos particulares em exercer, indiscriminadamente, essa atividade.

Ademais, trata-se de atuação exclusiva do Poder Executivo. E a competência regulamentar atribuída ao Poder Executivo, chamada "poder regulamentar" - considerado também um dever - se justifica em razão de a lei, ao dispor abstratamente sobre direitos ou obrigações, não conseguir esgotar todas as especificações necessárias à satisfação da finalidade nela almejada.

Por estar imbuído do dever de satisfazer os interesses da coletividade, ao aplicar um comando normativo, aliado à falta de critérios para a fiel execução das leis, é que o Poder Executivo poderá manejar este poder, essencialmente instrumental, desincumbindo do dever posto a seu cargo.

Nesse sentido, é o escólio da doutrina:

Normas gerais de defesa e proteção da saúde são aquelas regras e prescrições federais impostas tanto à União como ao Distrito Federal, aos Estados-membros e Municípios, objetivando orientar a polícia sanitária nacional, num sentido unitário e coeso, que possibilite a ação conjugada e uniforme de todas as entidades estatais em prol da salubridade pública. A generalidade da norma não é a do conteúdo da regra, mas a da sua extensão espacial. Nada impede, portanto, que a União, ao editar normas sanitárias gerais, especifique providências e medidas higiênicas e profiláticas, especialize métodos preventivos e curativos, imponha o uso de determinados medicamentos ou substâncias medicinais, estabeleça determinado processo de saneamento ou exija requisitos mínimos de salubridade para as edificações e demais atividades que se relacionem com a higiene e segurança das populações (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 125-126).

Não há, portanto, direito líquido e certo de a impetrante se manter alheia às exigências impostas pela Administração Pública, elencadas em sua petição inicial, ainda que isso signifique a restrição da sua livre iniciativa, já que prepondera, na higiene e saúde públicas, a segurança dos usuários de medicamentos, o que legitima o exercício do poder de polícia sanitária.

Ante o exposto, em reexame necessário, reformo a sentença para denegar a segurança e revogar a liminar concedida.

Custas, pelo impetrado.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO - Acompanho a nobre Relatora no seu judicioso voto.

A insurgência do impetrante reside, entre outras e especificamente, nas proibições contidas na Resolução nº 67/2007, itens 5.3, 5.4 e 5.6, e na RDC 173/2003, uma vez que sustenta sua tese no sentido de obstar a Vigilância Sanitária de autuar as empresas ou impedi-las de realizar captação e intermediação de receitas de manipulação.

Há de se destacar que os requisitos do art. 23 da Lei 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, não restaram comprovados pelos documentos de f. 404/409.

Mesmo se considerar que o pedido consiste no reconhecimento de que o poder regulamentar da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa - foi extrapolado, outra não pode ser a conclusão, que não a de reformar a decisão para denegar a ordem.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com a Relatora.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO DE APELAÇÃO. REFORMARAM A SENTENÇA PARA DENEGAR A SEGURANÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

**Ação declaratória - Maternidade socioafetiva -
Art. 1.593 do Código Civil - Parentesco civil -
Parentes não biológicos - Aspecto sentimental -
Vínculo afetivo - Prova - Reconhecimento -
Recurso não provido**

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória. Maternidade socioafetiva. Prevalência sobre a biológica. Reconhecimento. Recurso não provido.

- O art. 1.593 do Código Civil de 2002 dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, há reconhecimento legal de outras espécies de parentesco civil, além da adoção, tais como a paternidade socioafetiva.

- A parentalidade socioafetiva envolve o aspecto sentimental criado entre parentes não biológicos pelo ato de convivência, de vontade e de amor e prepondera em relação à biológica.

- Comprovado o vínculo afetivo durante mais de trinta anos entre a tia já falecida e os sobrinhos órfãos, a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida.

Apelação conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.803827-0/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: P.C.S. -
Apelados: C.C.L.S. e outros - Litisconsorte: C.L.S. -
Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 4 de maio de 2010. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, a Dr.ª Paula Kunstetter Leite.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral e acrescento que, em julgamento anterior, nesta mesma tarde, dizia sobre o mistério de uma nova vida humana em gestação.

Mas, se é importante a maternidade biológica, de igual nobreza é esse vínculo, às vezes sem raízes biológicas, e que a doutrina e a jurisprudência vêm denominando de parentalidade socioafetiva.

É bastante frequente o questionamento da paternidade socioafetiva.

Aqui, temos algo não muito usual em que se invoca a maternidade socioafetiva.

No caso em julgamento, a tia materna, hoje falecida, amparou os sobrinhos órfãos e dedicou carinho, amor. E, agora, eles querem esse reconhecimento.

Pretende o apelante que o interesse dos apelados seja apenas de cunho patrimonial.

Mas não vejo, pela prova analisada, razão nessa assertiva. E, durante a sustentação oral, veio-me à memória um caso em que atuei, ainda como advogado, há mais de 30 anos.

Portanto, em tempos anteriores ao Código de Menores de 1979, quando havia a chamada legitimação adotiva, fui procurado por um senhor que já passava dos seus 40 anos que dizia que nem sequer sabia quem eram seus pais biológicos, que fora criado por um casal sem filhos e que a mãe de criação, como se diz no interior, havia falecido.

Porém, ele gostaria de ter, no seu registro de nascimento, como pais os nomes daquelas duas únicas pessoas, na sua existência, a se considerar.

Antes de propor a ação, procurei verificar qual era a situação do pai, ainda vivo, pai de criação, e constatei que era pobre que nem Jó.

Estava, ali, a gratidão de um senhor, com mais de 40 anos, por aquele casal que, desde a infância, o havia criado e lhe dedicado carinho e amor, como o caso dos autos.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Os apelados C.C.L.S. e M.A.S aforaram a presente ação declaratória de reconhecimento de maternidade socioafetiva contra o apelante e a litisconsorte. Asseveraram que são filhos biológicos de H.L.S, falecida em 22.09.1970, e de pai desconhecido. Acrescentaram que, antes mesmo do óbito da genitora biológica, eles já viviam com M.L.S, tia materna deles, a qual os criou como se filhos fossem, tendo, inclusive, obtido a guarda judicial deles, sem, no entanto, ter procedido à regular adoção. Afirmaram que M.L.S. deu a eles auxílio emocional e material por mais de trinta anos, até a data de sua morte. Informaram que M.L.S. deixou um único bem imóvel, o qual a apelada C.C.L.S. ajudou a comprar. Acrescentaram que os herdeiros de M.L.S. são a litisconsorte, filha adotiva dela, e o apelante, que foi companheiro da referida M.L.S. A litisconsorte, apesar de devidamente citada, não contestou a ação. O recorrente entende que o interesse dos recorridos é meramente patrimonial, e a ajuda a eles foi prestada na qualidade de

tia materna, e nunca de mãe, tanto que M.L.S. adotou a litisconsorte, mas não o fez em relação aos apelados. Pela r. sentença de f. 176/183, a pretensão foi acolhida.

Cumpra perquirir se os apelados podem ser considerados filhos socioafetivos de M.L.S.

O exame da prova revela o que passa a ser descrito.

Os apelados, com a petição inicial, juntaram os documentos de f. 10/88. Destaco os documentos do antigo Inamps (f. 14 e 23), constando que eles são beneficiários da seguradora M.L.S., os convites de casamentos dos recorridos (f. 15 e 22), em que o nome de M.L.S. aparece no local da genitora, a certidão de f. 16, expedida pela Secretaria da Vara de Menores, tornando certo que H.L.S. concordou com a delegação do pátrio poder da recorrida para M.L.S., a certidão de guarda de f. 21, relativa à guarda do apelado para M.L.S. Merecem atenção, ainda, as certidões de óbito de M.L.S. e de H.L.S. (f. 25 e 30), ocorridos em 27.03.2006 e 22.09.1970, respectivamente, os recibos de pagamento do funeral de M.L.S. (f. 26/27), feitos em nome da recorrida, a declaração de herdeiros (f. 29), os comprovantes de endereço do recorrido (f. 34/36) e de M.L.S. (f. 37/38), sendo eles coincidentes e o contrato de compra venda e financiamento do imóvel de M.L.S. (f. 51/69).

O recorrente duplicou documentos que já estavam nos autos.

Foram realizados estudo psicológico (f. 158/159) e estudo social (f. 160/161), em que se constatou que M.L.S. praticou atos de maternidade em relação aos apelados.

Foi produzida prova oral.

A testemunha S.M.S.S. (f. 154) informou que é tia dos recorridos. Acrescentou que M.L.S. criou os apelados desde pequenos. Acrescentou que, mesmo quando os recorridos viviam em companhia da mãe biológica, eles passavam a maior parte do tempo com M.L.S. Asseverou que esta considerava os apelados como filhos e estes a consideravam como mãe. afirmou que, posteriormente, M.L.S. passou a criar a litisconsorte e esta última trata os recorridos como irmãos. informou que o apelante, na época em que vivia com M.L.S., tinha um bom relacionamento com os apelados. Acrescentou que M.L.S. deixou como herança um lote com uma casa e dois barracões. Asseverou que M.L.S. apresentava os recorridos como filhos e estes a chamavam de mãe. informou que, ao falecer a mãe biológica dos apelados, somente M.L.S. se dispôs a cuidar deles.

A testemunha C.G.S. (f. 155) afirmou que foi vizinha de M.L.S. por mais de vinte e cinco anos. Asseverou que M.L.S. criou os recorridos desde que a litisconsorte tinha oito anos e o apelado M.A.S., três. Acrescentou que M.L.S. vivia com o recorrente e, como se sentia muito só, resolveu criar os seu sobrinhos. informou que M.L.S. tratava os apelados como se fosse mãe deles e

eles a tratavam como se fossem filhos dela. Esclareceu que, posteriormente, M.L.S. resolveu criar a litisconsorte, que, na época, tinha oito anos de idade. Asseverou que a litisconsorte reconhece os recorridos como irmãos e vice-versa. Acrescentou que o recorrente não gostava dos apelados e não os considera como filhos, o que era motivo de briga com M.L.S. afirmou que os recorridos chamavam M.L.S. de mãe e esta os chamava de filhos. Esclareceu que, depois que M.L.S. passou a criar os apelados, a mãe biológica desses já estava doente e demorou uns dez anos para falecer. informou que, ao falecer a mãe biológica dos recorridos, somente M.L.S. se dispôs a cuidar deles.

A testemunha D.M.S.J. (f. 156) asseverou que, em 1971, os apelados já moravam com M.L.S., juntamente com o recorrente, na casa de propriedade da sogra da depoente, que alugou o imóvel para ela por vinte e cinco anos e, após, eles mudaram para o Bairro Mantiqueira. Acrescentou que, posteriormente, M.L.S. passou a criar a litisconsorte. Asseverou que M.L.S. tratava e considerava os recorridos como seus filhos, e estes a consideravam como mãe. Esclareceu que o apelado M.A.S. tinha três anos de idade, quando foi morar com M.L.S. e tanto ele quanto a recorrida tratavam M.L.S. como sua mãe. informou que conheceu a mãe biológica dos apelados e, após 1971, não a viu mais, porque ela já tinha falecido. afirmou que a litisconsorte trata os recorridos como irmãos. Asseverou que M.L.S. deixou de herança o imóvel em que residia.

A testemunha C.G.L. (f. 157) informou que é vizinha dos apelados e os conhece há vinte anos e, quando conheceu M.L.S., residiam com ela todas as partes. afirmou que, embora a litisconsorte fosse casada, esta residia no mesmo terreno. Acrescentou que, ao passar a ter contato com M.L.S., a apelada C.C.L.S. já era casada e o recorrido M.A.S. era solteiro e tinha dezoito anos. Esclareceu que M.L.S. contou à depoente que criou os apelados, desde que eles eram criancinhas. informou que o relacionamento de M.L.S. com os recorridos era de mãe e filhos. Asseverou que, nessa época, esta já vivia com o recorrente. afirmou que a litisconsorte mantinha relacionamento com os recorridos como se fossem irmãos. Acrescentou que M.L.S. deixou em herança a casa onde residia. Esclareceu que frequentava a casa de M.L.S. uma vez por semana. Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que o art. 1.593 do Código Civil dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, há possibilidade na lei de outras formas de parentesco civil, além da adoção, tal como paternidade socioafetiva.

A parentalidade socioafetiva consiste no vínculo afetivo e sentimental criado entre pessoas sem vinculação biológica, pelo ato de convivência, de vontade e de amor.

Na atualidade, a parentalidade socioafetiva vem preponderando sobre a biológica na lição de Dîmas Messias de Carvalho (*Direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 286):

Parentalidade socioafetiva envolve os aspectos e os vínculos afetivos e sociais entre os parentes não biológicos. A citada doutrinadora destaca na parentalidade socioafetiva sua constituição mediante o reconhecimento da filiação pela posse do estado de filho, configurada na presença dos elementos caracterizadores do nome, com a utilização pela pessoa do nome do pai ao qual se identifica; do trato, que consiste no tratamento e criação como filho pelo pai socioafetivo; e na fama, que representa a exteriorização, o conhecimento externo de terceiros que consideram a relação paterno-filial entre o pai o filho afetivo.

A parentalidade socioafetiva não se limita, entretanto, à posse do estado de filho, sendo esta apenas umas das suas espécies, configurando-se também na adoção, na reprodução medicamente assistida heteróloga e até mesmo na adoção à brasileira, quando uma pessoa, impulsionada pelo afeto, registra e cria filho biológico de outrem como seu, incluindo, todos, no parentesco de outra origem que não a biológica (art. 1.593, CC).

Consiste em criar-se o vínculo de parentesco não pelo sangue ou procriação, mas pelo afeto, pelos cuidados, pelo sentimento paterno-filial, pelo ato de vontade e escolha pelo amor. Vincula-se à filiação e consequentemente ao parentesco pela convivência e não biologicamente, constituindo e materializando-se no afeto.

O ideal é que o parentesco registral coincida com o biológico e socioafetivo, como os filhos biológicos registrados, criados e amados pelos pais, ou os filhos registrados pelos pais adotivos em procedimento regular de adoção. Não existindo coincidência entre o registro e a situação fática, como o filho biológico registrado em nome de outrem sem afetividade ou o filho biológico sem vínculos com os pais naturais e criado como filho por outros, a intervenção judicial é necessária para regularizar a situação jurídica, prevalecendo a afetividade sobre o parentesco biológico, e ambos sobre o parentesco registral, que deve ser corrigido para não produzir efeitos jurídicos equivocados, solucionando a situação de fato, conforme será oportunamente abordado na filiação.

Neste feito existe muito mais que uma questão jurídica. Trata-se da nobreza de sentimentos que eleva o amor muito além do interesse material. Mãe é quem distribui afeto, quem realmente se faz presente, quem se regozija e sofre com acertos e desacertos dos filhos.

Verifico que a mãe biológica dos apelados os entregou aos cuidados de sua irmã M.L.S. (f. 16 e 21) quando estes ainda contavam com três e oito anos de idade; e, após, veio a falecer. Assim, eles continuaram vivendo sob os cuidados da tia até a data em que ela, também, faleceu, vale dizer, por mais de trinta anos. Observo, ainda, que ela ofereceu a eles apoio emocional, material, educacional e financeiro durante todo esse tempo, tratando-os como se filhos fossem, e estes a consideravam mãe deles, conforme comprovado pela prova oral. É de se ressaltar, também, que eles eram dependentes de M.L.S. junto ao INSS (f. 14 e 23) e, ao

se casarem, colocaram o nome dela no local destinado à genitora. Todos esses fatos demonstram a maternidade socioafetiva.

O estudo psicológico de f. 158/159 e o estudo social de f. 160/161 tornam certo que M.L.S. foi a mãe afetiva dos apelados:

De acordo com os relatos, pode-se inferir que a Sr.ª M. foi um importante referencial de afeto e segurança para a Sr.ª C. e Sr. M. A Sr.ª M. assumiu funções importantes ao desenvolvimento dos requerentes, cuidando dos mesmos em todos os aspectos. Observamos, ainda, que a Sr.ª C., Sr. M. e Sr.ª C. mantêm laços afetivos importantes.

Do ponto de vista social, avaliamos que a Sr.ª M. exerceu a maternidade sobre os sobrinhos, Sr.ª C. e Sr. M., ocupando, efetivamente, o papel de mãe na vida destes.

Anoto que a litisconsorte considera os recorridos como irmãos. Anoto, ainda, que ela foi adotada por M.L.S. quando os apelados já estavam sob a guarda desta. No entanto, a inexistência de adoção formal dos apelados não exclui a afetividade ocorrida entre eles e M.L.S., uma vez que o documento de f. 16 revela a real vontade da falecida mãe biológica deles.

Assim, a prevalência deve ser mesmo da maternidade socioafetiva. Logo, a irresignação revela-se impertinente.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante, observado o disposto na Lei nº 1.060, de 1950.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente. Estive atento à sustentação oral, trago um pequeno voto escrito, mas apenas faço o adendo de que mais importante que a maternidade biológica é a exteriorização do instinto maternal, pois é este que envolve o verdadeiro amor, que se origina do nascimento e aumenta e aperfeiçoa-se ao longo da vida do ser humano, revestindo a relação de todos os requisitos da mais pura e verdadeira adoção.

De acordo com o Relator.

O escorço dos autos deixa inquestionável o vínculo de mãe e filhos firmado entre os apelados e a falecida tia biológica, Sr.ª M.L.S.

Ao que se colhe, mesmo antes do falecimento da mãe biológica, os menores, então com 9 e 3 anos de idade, foram morar com a tia, que, após o óbito da irmã, obteve a guarda dos sobrinhos, assumindo a maternidade destes perante a família e a sociedade, fornecendo-lhes amparo material e emocional, sendo também reconhecida como mãe por ambos.

Assim, sendo inconteste que a autêntica maternidade não se funda na verdade biológica, mas sim na verdade afetiva, não se pode negar o vínculo em situação em que resta devidamente demonstrado que os laços entre os apelados e a falecida tia eram fortes o suficiente para caracterizar a filiação socioafetiva.

Mais importante que a maternidade biológica é a exteriorização do instituto maternal, pois este envolve o verdadeiro amor, que se origina a partir do nascimento do ser humano, aumenta e se aperfeiçoa ao longo da vida destes, revestindo a relação de todos os requisitos da mais pura e verdadeira adoção.

Dessarte, na esteira do voto sufragado pelo eminente Relator, Desembargador Caetano Levi Lopes, não vislumbro reparo a ser feito na r. sentença da lavra da Exm.ª Juíza Jaqueline Calábria Albuquerque, razão pela qual nego provimento ao recurso.

É como voto.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação monitória - Título prescrito - Regularidade da propositura pelo portador - Indicação da *causa debendi* - Desnecessidade - Titular do direito constante na cártula - Ausência de demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor - Formação de título executivo - Cabimento

Ementa: Ação monitória. Cheque prescrito. Regularidade. Declinação da *causa debendi*. Desnecessidade. Responsabilidade do sacado. Ausência de prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Procedência do pedido. Decisão confirmada.

- É regular a propositura, pelo portador de título prescrito, de ação monitória, sendo desnecessária a indicação da *causa debendi*, por ser o referido o titular do direito representado na cártula.

- Nesses termos, ausente a apresentação de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, imperativa a manutenção da sentença que determinou a formação de título executivo em favor do requerente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0058.01.003793-3/002 - Comarca de Três Marias - Apelante: Anderson José de Carvalho - Apelado: José Domingos Fonseca Pedroso - Relator: DES. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Batista de Abreu, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2010. - Otávio Portes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Trata-se de apelação interposta por Anderson José de Carvalho em face da douta decisão de primeiro grau, proferida nos autos da ação monitória entre as partes, invertidas.

Adoto o relatório da sentença acrescentando-lhe que os embargos monitórios foram rejeitados, reconhecendo-se, dessarte, a procedência da ação monitória, constituindo de pleno direito o título executivo em favor do autor, no valor de R\$ 4.300,00, sobre o qual deverá incidir correção monetária pela tabela da CGJ, desde o ajuizamento da ação e juros de mora no percentual de 1% ao mês, a partir da citação. Por fim, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (f. 96/99).

Inconformado, recorre o apelante, alegando, em resumo, que o negócio subjacente realizado demonstra a imprestabilidade do título. Aduz que os cheques que embasam a presente ação foram extraviados, tendo sido utilizados como pagamento de uma compra e venda realizada com terceiro, sendo informado pelo referido terceiro, na qualidade de vendedor de um bem adquirido pelo recorrente, que os títulos haveriam de ser sustados, visto que apropriados indevidamente pelo autor. Requer, assim, o provimento do recurso, com a reforma da decisão, reconhecendo-se a improcedência do pedido lançado na exordial.

Contrarrazões às f. 107/112, em resumo, pelo desprovimento do recuso.

Conheço do recurso, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Infere-se dos autos que o apelado propôs a presente ação monitória pretendendo a constituição de título executivo no valor de R\$ 4.300,00, embasando sua pretensão em um cheque emitido pelo apelante, destituído de força executiva, por estar prescrito.

A parte requerida apresentou embargos à presente ação, alegando, em resumo, que não restou comprovada a relação negocial subjacente, pelo que não se mostra devido o pagamento.

No particular, de se ressaltar que, tratando-se de cheque, que possui abstração e autonomia, nada desautorizaria a pretensão do autor, uma vez que o referido é o portador da cártula, possuindo, portanto, direito ao recebimento do valor estampado no título, mormente, quando o título foi validamente emitido, não havendo qualquer debate quanto ao referido fato.

Em se tratando de cheque, que contém ordem de pagamento à vista, este é desvinculado da relação jurídica de origem, pelo que não incumbe ao autor a prova da referida relação subjacente.

Sobre o assunto, assim se manifesta o STJ:

Processual civil. Agravo regimental. Ação monitória. Cheque prescrito. Documento hábil à instrução do pedido. Impugnação. Inicial. Descrição de *causa debendi*. Desnecessidade.

I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu, cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.

II. Para a propositura de ações que tais é despendida a descrição da causa da dívida.

III. Agravo desprovido (STJ - AgRg no REsp 875116/SC - Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0174052-1 - Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior (1110) - Órgão Julgador - Quarta Turma - Data do julgamento: 05.06.2007 - Data da publicação/Fonte: DJ de 20.08.2007, p. 292).

Processual civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Declinação da *causa debendi*. Desnecessidade. - Na ação monitória fundada em cheque prescrito, não se exige do autor a declinação da *causa debendi*, pois é bastante, para tanto, a juntada do próprio título, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (STJ - REsp 541666/MG - Recurso Especial 2003/0093160-6 - Relator: Ministro César Asfor Rocha (1098) - Órgão Julgador - Quarta Turma - Data do julgamento: 05.08.2004 - Data da publicação/Fonte: DJ de 02.05.2005, p. 356).

Esse, também, é o entendimento deste Tribunal:

Ementa: Apelação cível. Ação monitória. Cerceamento de defesa. Mérito. Não demonstração da *causa debendi*. Cheque formalmente regular. Autonomia e abstração. Ausência de negativa de emissão do cheque. Ilegalidade da causa. Ônus do devedor.

- O julgamento antecipado da lide é faculdade outorgada ao julgador no art. 330, I, do CPC, que o utilizará em caso de se tratar de matéria unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, dispensar a dilação probatória, propiciando a celeridade da entrega da tutela jurisdicional.

- O autor da ação monitória não está obrigado a declinar em sua petição inicial a *causa debendi* do título.

- O cheque é título de crédito que vale por sua literalidade e autonomia, que concedem ao credor verdadeira presunção legal de liquidez, certeza e exigibilidade, apenas podendo ser invalidado se o devedor demonstrar satisfatoriamente a ilegalidade de sua causa.

- Ao devedor, nos embargos à ação monitória, cumpre o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo, outrossim, fazê-lo por meio de prova robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal da legitimidade do título cambiário (Processo nº 1.0686.08.223168-5/001 - Relator: Des. Irmair Ferreira Campos - Pub. em 25.06.2009).

Ação monitória. Cheques prescritos. Súmula 299 do STJ. *Causa debendi*. Desnecessidade. Correção monetária. Termo inicial. Vencimento do título. - A teor da Súmula 299

do STJ, é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito. Na ação monitória esteada em cheque prescrito, prescindível que o autor decline a *causa debendi*, bastando tão somente a juntada do título, cabendo ao embargante os ônus da prova da inexistência do débito [...] (Processo nº 1.0284.08.008327-2/001 - Relator: Des. Antônio de Pádua - Pub. em 24.04.2009).

E, com base nos referidos fatos, incumbiria ao apelante demonstrar a inexistência do débito, ou qualquer fato modificativo, extintivo e impeditivo do direito do autor, o que não se verifica no caso dos autos.

A única alegação que serviria para desconstituir a pretensão autoral seria a que aponta a fraude no recebimento dos títulos, aduzindo o recorrente que o autor, mediante fraude, se apoderou das cópias.

Contudo, referido fato não restou comprovado indubiamente, não sendo bastante a alegação do recorrente de que sustou o cheque a pedido de terceiro, com quem manteve relação negocial.

Destaca-se que a prova testemunhal não comprova, por si, a alegação do réu de que o autor tenha adquirido os títulos mediante fraude, sendo os testemunhos contraditórios, tendo, à evidência, a mesma força probatória da referida prova testemunhal, a certidão de f. 19, visto que lastreada em boletim de ocorrência produzido unilateralmente.

O que importa destacar é o fato de que o réu/apelante não nega a emissão válida e regular dos títulos e, em contrapartida, não comprova a quitação das cópias, pelo que o autor, portador do referido, tem direito ao recebimento dos valores nele estampados.

Mais a mais de se destacar que o recibo de f. 21, que atesta o recebimento de valores, do apelante, se refere a título diverso, não guardando relação direta com as cópias apresentadas na presente monitória.

Nesse viés, não tendo sido negado o débito, com a comprovação da quitação, sendo confirmada a emissão das cópias, regular a decisão recorrida, não havendo que se falar no provimento do recurso.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Mantenho os ônus sucumbenciais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e JOSÉ MARCOS VIEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução fiscal - Penhora - Depositário compromissado - Ausência - Penhora inexistente - Embargos do devedor - Inadmissibilidade

Ementa: Embargos à execução fiscal. Penhora. Inexistência de depositário compromissado. Penhora inexistente. Inadmissibilidade de embargos do devedor.

- Na execução fiscal não se aplica o art. 736 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.382/2006, de modo que somente se admitem embargos do devedor se a penhora tiver se completado com a nomeação e o compromisso do depositário.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0295.04.008333-5/001 -
Comarca de Ibiá - Apelante: Aluizio Rodrigues de Deus -
Apelada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais -
Relator: DES. MAURÍCIO BARROS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edilson Fernandes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM EXTINGUIR OS EMBARGOS DO DEVEDOR, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2010. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de apelação interposta por Aluizio Rodrigues de Deus contra a sentença de f. 107/116, que julgou improcedente o pedido inicial dos embargos à execução fiscal por ele opostos contra a execução fiscal que lhe move o Estado de Minas Gerais, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a gratuidade judiciária.

O apelante alega ser nula a penhora, em razão de o bem constrito ser de propriedade de terceiro, bem como pelo fato de que não foi nomeado depositário; que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução por ser o mero transportador de mercadoria, não sendo responsável, portanto, pelo pagamento do ICMS e das respectivas multas; e, finalmente, que não há prova de que as notas fiscais que acompanhavam a mercadoria transportada não se prestavam ao seu acobertamento (f. 118/126).

O apelado apresentou contrarrazões, às f. 128/133, pugnano pela manutenção da sentença.

Conheço da apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O art. 665 do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 665. O auto de penhora conterá:

I - a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita;

II - os nomes do credor e do devedor;

III - a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos;

IV - a nomeação do depositário dos bens.

E o art. 664 do mesmo diploma processual estabelece que: "Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia".

A penhora, como se vê, é um ato formal e complexo que somente se aperfeiçoa e se completa com o compromisso do depositário.

Analisando o auto de penhora de f. 7 dos autos da execução, em apenso, constata-se que não foi nomeado nem compromissado depositário do bem penhorado.

Ensina Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 188) que:

A penhora implica retirada dos bens da posse direta e livre disposição do devedor. Por isso, será feita 'mediante a apreensão e depósito dos bens', seguindo-se a lavratura de um só auto, redigido e assinado pelo oficial de justiça (art. 664). Naturalmente, também, o depositário terá de assiná-lo.

Como se vê, a penhora implica a retirada dos bens da posse direta do devedor, o que faz do depósito um elemento constitutivo essencial do ato, que, inegavelmente, deve ser documentado, obedecendo-se ao comando dos arts. 664 e 665 do CPC. Dessarte, se não foi nomeado nem compromissado o depositário, penhora não existe.

Releva anotar que, não obstante a nova redação do art. 736 do CPC, prevendo a possibilidade de oposição de embargos "independentemente de penhora, depósito ou caução", e, conseqüentemente, a revogação do art. 737 do mesmo Código, o qual exigia a segurança do juízo para que fossem admitidos os embargos do devedor, a penhora é imprescindível em se tratando de execução fiscal, que possui procedimento próprio.

Com efeito, o art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980 dispõe que "Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução". Por se tratar de lei especial, a Lei de Execução Fiscal prevalece sobre o Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Ofensa ao art. 535 do CPC não

configurada. Alínea c. Não demonstração da divergência. Embargos à execução fiscal. Garantia do juízo. Prevalência das disposições da LEF sobre o CPC.

1. (omissis).

2. (omissis).

3. (omissis).

4. Quanto à prevalência do disposto no art. 736 do CPC - que permite ao devedor a oposição de embargos, independentemente de penhora, sobre as disposições da Lei de Execução Fiscal, que determina a inadmissibilidade de embargos do executado antes de garantida a execução -, tem-se que, em face do princípio da especialidade, no caso de conflito aparente de normas, as leis especiais sobrepõem-se às gerais. Aplicação do brocardo *lex specialis derogat generali*.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1163829/RN - Rel. Min. Herman Benjamin - Segunda Turma - j. em 06.04.2010 - DJe de 20.04.2010).

A propósito, assim já decidiu esta Câmara:

Execução fiscal. Embargos de devedor. Necessidade de prévia garantia do juízo. Conflito entre normas. Aplicação do princípio da especialidade. - Por força do § 1º do art. 16 da Lei 6.830/80, não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. Pelo princípio da especialidade, a norma de índole específica sempre será aplicada em prejuízo daquela que foi editada para reger condutas de ordem geral (TJMG - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0024.07.446960-2/001 - Rel. Des. Edilson Fernandes - j. em 02.10.2007).

Execução fiscal. Embargos. Penhora. Formalização. Obrigatoriedade. Termo. Assinatura. Depósito. Ausência. Vício. Configuração. - Conquanto a novel redação da norma do art. 736 do CPC, introduzida pela Lei nº 11.382/06, tenha facultado ao executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, opor-se à execução por meio de embargos, restando revogada a norma do art. 737 do aludido diploma legal, tal alteração não se estende às execuções fiscais, reguladas pela Lei nº 6.830/80, que, por específica, afasta a aplicação da norma de caráter geral. A penhora somente se aperfeiçoa na hipótese de haver assinatura do depositário no respectivo auto, bem como aceitação expressa para o exercício do encargo. O exequente que oferece bens à penhora e, intimado para a assinatura do termo, permanece inerte, obstando a correta formalização da constrição, não pode atribuir a imperfeição do ato à máquina judiciária (TJMG - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0433.04.139932-3/001 - Rel. Des. Antônio Sérvulo - j. em 24.06.2008).

Conclui-se, portanto, que a segurança do juízo é pressuposto essencial para o oferecimento de embargos do devedor no caso dos autos. Assim, se a penhora não se concretizou, fica o devedor impedido de interpor embargos.

Portanto, a extinção dos embargos à execução fiscal é medida que se impõe.

Com essas considerações, de ofício, extingo os embargos do devedor sem resolução de mérito.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e SANDRA FONSECA.

Súmula - EXTINGUIRAM OS EMBARGOS DO DEVEDOR, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

...

Ação reivindicatória no curso de ação possessória - Proibição - Art. 923 do Código de Processo Civil - Súmula 487 do STF - Não incidência - Inviabilidade de discussão do domínio - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do feito

Ementa: Processual civil. Apelação. Ação reivindicatória no curso de ação possessória. Impossibilidade. Aplicação do art. 923, CPC. Súmula 487, STF. Inaplicabilidade. Impossibilidade de discussão do domínio. Ausência da possibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. Sentença confirmada.

- É defeso ao autor e ao réu a proposição de ação de reconhecimento do domínio na pendência de processo possessório, conforme expressa disposição contida no art. 923 do CPC.

- A aplicação da Súmula 487 dar-se-á tão somente quando os litigantes disputam a posse a título de proprietários, ou quando tal posse é duvidosa em relação a qualquer deles.

- Verificando-se a ausência de uma das condições da ação, extinguir-se-á o processo sem a resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0592.09.013195-0/001 - Comarca de Santa Rita de Caldas - Apelante: Lafaiete Aparecido da Silveira e sua mulher - Apelado: Cláudio Ribeiro de Souza e sua mulher - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, 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, 27 de maio de 2010. - Antônio de Pádua - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de apelação interposta por Lafaiete Aparecido da Silveira e sua mulher, nos autos da ação demarcatória cumulada com reivindicatória movida contra Cláudio Ribeiro de Souza e sua mulher, perante a Vara única da Comarca de Santa Rita de Caldas, inconformados com os termos da r. sentença de f. 82/83, que, em virtude da existência de ação possessória entre as mesmas partes, e tendo por objeto o mesmo imóvel, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e ainda os condenou ao pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em R\$300,00 (trezentos reais).

Em suas razões recursais de f. 86/88, os apelantes reconhecem a existência da ação possessória entre eles e os apelados, em curso perante a Justiça Federal, sustentando, porém, que se cuida de ações com propósitos diversos, não havendo razão para a aplicação do art. 923 do CPC.

Afirmam que há precedentes jurisprudenciais no sentido de se permitir que as duas ações corram simultaneamente.

Postulam, ao final, o acolhimento do recurso, para o fim de que seja cassada a sentença e determinado o retorno dos autos à instância de origem, para o prosseguimento do feito.

O recurso foi respondido às f. 92/93.

O preparo se acha comprovado à f. 89.

Conheço da apelação, presentes suas condições de admissibilidade.

Cuida-se de recurso contra sentença que julgou extinto processo, sem resolução do mérito, relativo à ação demarcatória cumulada com reivindicatória, tendo em vista a existência de ação possessória, em curso, entre as mesmas partes, ainda não decidida.

A norma do art. 923 do CPC é clara ao dispor que: "Na pendência do processo possessório é defesa, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio", e neste sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Proibição do ajuizamento de ação petitória quando pendente ação possessória. Essa proibição, tradicional no direito brasileiro e constante do CPC 923, reforça a autonomia entre os dois juízos e estabelece uma condição suspensiva do exercício de propriedade (Nery, RDPPriv 7/126), até que seja extinto o juízo possessório. Não limita o exercício dos direitos constitucionais de propriedade e de ação (TJ 91/594), mas vem ao propósito da garantia constitucional e legal de que a propriedade deve cumprir sua função social (Nelson Nery e Rosa Maria da Silva Nery. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. revista e ampliada. p. 577).

Já decidiu este Tribunal:

Ação reivindicatória. Proprietário que não detém a posse. Ações possessórias anteriores. Concessão de liminar pos-

sessória a favor de terceiro. I - No curso de ações possessórias, não pode o proprietário intentar ação reivindicatória, em busca de garantia do domínio, nos termos do art. 923, CPC. II - Existindo liminar, em ação possessória, determinando que o proprietário não cause turbacão ao possuidor, não é lícita a propositura de ação reivindicatória para assegurar-lhe o domínio. - Apelação não provida (TJMG, Apelação Cível nº 441.857-3, Rel. Des.º Evangelina Castilho Duarte).

É importante ressaltar, em outro passo, que o Supremo Tribunal Federal já pronunciou em sessão plenária não ser inconstitucional a primeira parte do art. 923 do CPC, nem a interpretação literal desse dispositivo (RTJ 91/594), sendo, pois, defesa a proposição de ação reivindicatória no curso de ação possessória. É que, não estando a pretensão deduzida pelos apelantes em consonância com o ordenamento jurídico em vigor, inviável, pois, o processamento da demanda, de forma que deve a ação ser extinta sem a resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Faz-se, ainda, mister salientar que a Súmula 487 do STF, que admite a possibilidade do processamento da ação petitória, quando existente ação possessória, não tem aplicabilidade no presente feito, haja vista que sua incidência poderá dar-se, tão somente, quando os litigantes disputam a posse a título de proprietários, ou quando tal posse é duvidosa em relação a qualquer deles.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

DESª. HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com o Relator, especialmente porque há o conflito de competência, em face de ação em curso na Justiça Federal.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Locação de imóvel - Recibos de pagamento - Irregularidade na emissão - Prova cabal - Ausência - Presunção da verdade - Reparos no imóvel - Pagamento - Ausência de pedido expresso - Interpretação restritiva - Art. 293 do CPC - Litigância de má-fé - Conduta desleal - Dano à parte contrária - Não configuração - Repetição de indébito - Pagamento em excesso - Requisito necessário - Não ocorrência

Ementa: Ação de cobrança. Locação. Recibos de pagamento. Presunção de verdade. Pedido para reparos no

imóvel. Ausência de pedido expresso. Litigância de má-fé. Ausência de caracterização. Repetição de indébito. Necessidade de pagamento em excesso.

- A presunção de verdade emanada dos recibos de pagamento somente é afastada por prova cabal de que houve irregularidade na emissão dos documentos.

- Sabe-se que os limites da lide são estabelecidos pela petição inicial. Não havendo inclusão em nenhum momento de pedido expresso para pagamento dos reparos no imóvel, não se pode admitir seja incluída a hipótese na noção de encargos ou mesmo cominações legais, afinal, a teor do que dispõe o art.293 do CPC, os pedidos são interpretados restritivamente.

- A condenação em litigância de má-fé exige a caracterização de forma evidente de que a parte agiu com deslealdade de forma a gerar dano processual à parte contrária.

- A repetição de indébito somente é devida se houver efetivo pagamento em excesso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.07.014705-2/001 - Comarca de Camanduacaia - Apelante: Vitorio Siotta - Apelado: Marcelo de Oliveira - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2010. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Vitorio Siotta ajuizou a ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança a Marcelo de Oliveira para que fosse decretado o despejo do locatário e adimplidos os aluguéis de dezembro/2006, janeiro a maio/2007, o imposto predial e territorial urbano no valor proporcional em 2006 e 2007; e as demais quantias que vencerem no curso da ação.

Em contestação, o réu apontou que todos os aluguéis cobrados pelo autor foram pagos, exceto o do mês de maio/2007, antes do ajuizamento da ação. E, durante o transcurso da ação, diz que quitou os meses de maio a julho/2007 para o patrono do autor, sendo devedor dos meses de agosto a novembro/2007. Informa que lhe foram exigidos indevidamente dois

aluguéis adiantados quando assinou o contrato, os quais tentou, sem sucesso, abater no débito. Quanto ao IPTU, afirmou estar o ano de 2006 pago e o de 2007 não foi comprovado como existente pelo autor.

Foi proposta reconvenção, na qual o réu/reconvinde pretendeu a condenação do autor/reconvindo ao pagamento em dobro da quantia cobrada indevidamente porque já quitada e a aplicação da multa por litigância de má-fé.

As chaves foram entregues em audiência (f. 48/49).

Mandado de constatação do imóvel (f. 53).

Após o recebimento das chaves, o autor formulou pedido para que o réu fosse condenado ao pagamento dos reparos realizados no imóvel (f. 59), juntando notas de compra de materiais e de mão de obra.

Na sentença (f. 66/72), o Juízo a quo acolheu parcialmente o pedido da ação principal

para condenar o réu ao pagamento dos aluguéis dos meses de agosto de 2007 até a data do distrato em 25.6.2008; bem como dos IPTUs proporcionais de R\$ 36,92 (ano de 2006) e R\$ 92,30 (ano de 2007), com juros de 1% ao mês desde a citação, corrigidos monetariamente.

Os pedidos reconventionais feitos pelo réu também foram parcialmente acolhidos, sendo o autor/reconvindo condenado

ao pagamento em dobro dos valores cobrados de aluguéis dos meses de dezembro de 2006 a abril de 2007; bem como ao pagamento de litigância de má-fé em 1% do valor atribuído a causa, bem como indenização no valor de 20% também do valor atribuído a causa, com juros de 1% ao mês, desde a citação, corrigidos monetariamente.

Recorre o autor (f. 74/80).

Segundo o apelante, os recibos juntados com a contestação foram emitidos por terceiro sem identificação, inclusive com assinatura ilegível, e impugnados a tempo e modo por ele. Nesse caso, deveria o apelado demonstrar quem era pessoa que assinou os documentos, inclusive arrolando-a como testemunha.

Noutro ponto, alega que os orçamentos apresentados para conserto deveriam ter sido acatados pelo Juízo porque compreendidos nos encargos do contrato ou mesmo nas cominações legais.

Bate-se pela exclusão da pena por litigância de má-fé, tendo em vista que os valores apontados pelo apelado não foram recebidos por ele; e, com isso, não se pode dizer que foi o Judiciário induzido a erro.

Entende que não há devolução em dobro dos valores porque nada recebeu.

Pede a reforma da sentença para que sejam acolhidos totalmente os pedidos da ação de cobrança e julgada improcedente a reconvenção.

Não há contrarrazões (cf. certidão de f. 81).

Este é o relatório.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Da ação principal.

Pretende o autor/apelante que seja reformada a sentença e acolhidos integralmente os pedidos feitos na ação de despejo c/c cobrança.

Quanto aos valores de aluguel, a avaliação feita pela MM. Juíza deve ser mantida em sua inteireza.

Os pedidos indicados na inicial foram para pagamento dos meses de dezembro/2006 e de janeiro a abril de 2007.

Os recibos juntados pelo réu/apelado demonstraram que os pagamentos dos meses citados foram realizados (f. 5/36). Presume-se quitada a dívida, fato que somente poderia ser desconstituído por prova cabal de não representar a declaração de pagamento aposta nos documentos (recibos) a expressão da verdade.

A não quitação dos valores é arguida pelo apelante somente porque os recibos não contêm indicação de quem os emitiu.

Não há nenhum elemento que indicie a irregularidade nos recibos. Importa observar que também o contrato de locação, que originou a relação jurídica entre as partes, contém assinatura por pessoa em nome do locador (f. 7-v.) que não é identificada. Isso nem mesmo é citado ou questionado pelo apelante. Como salientou a Magistrada, há uma similaridade entre a assinatura indicada no recibo e a que constou no contrato de locação (f. 7-v.). Fato que reforça a tese de que o pagamento foi regular. Diante disso, resta vazia a tese - sem amparo em prova - de que não houve quitação. Vale dizer que, ao evocar a invalidade dos recibos, o apelante atraiu para si o dever de provar sua alegação. Não o fez.

A outra questão trazida no recurso diz respeito à possibilidade ou não de serem incluídos nos pedidos os gastos realizados para conserto do imóvel, apurados após a entrega das chaves, feita em audiência (f. 48).

Sabe-se que os limites da lide são estabelecidos pela petição inicial. No caso, o autor/apelante não inclui em nenhum momento nos seus pedidos o pagamento pelos reparos no imóvel. Não se pode admitir, como pretende o apelante, que seja incluída a hipótese na noção de encargos ou mesmo cominações legais; afinal, a teor do que dispõe o art. 293 do CPC, os pedidos são interpretados restritivamente. Diante disso, incabível ao julgador deferir mais do que foi pedido.

Da reconvenção.

Quanto à ação reconvenicional, dois são os pontos discutidos no recurso pelo autor/reconvindo.

A primeira delas diz respeito à condenação por litigância de má-fé aposta na decisão da reconvenção porque teria o reconvindo alterado a verdade dos fatos.

Para que seja a parte condenada na pena imposta por litigância de má-fé, é necessário que seja caracterizado de forma clara que ela agiu com deslealdade de forma a gerar dano processual à parte adversa, causan-

do a esta dano processual. Valer pontuar que a boa-fé processual é a regra, sendo que a atitude contrária a isso deve ser evidenciada de forma objetiva.

A despeito da apuração de que os meses de aluguel de dezembro/2006 a abril/2007 cobrados na inicial foram pagos, não se deduz, somente por isso, que o reconvindo litigou com má-fé. Destaque-se que a alegação de que os recibos não eram prova do pagamento foi feita pelo reconvindo no debate da demanda como exercício regular de defesa diante dos fatos apresentados nos autos.

O outro ponto é referente à repetição do indébito em dobro.

O acolhimento da repetição do indébito exige que tenha havido o efetivo pagamento em duplicidade ou mesmo em excesso. O que não é o caso dos autos, afinal o pagamento dos aluguéis era devido pelo locatário. O que ocorreu foi mera cobrança repetida nessa ação. Esse fato somente gerou como consequência a improcedência do pedido de cobrança, e não a repetição em dobro, pois, na verdade, o reconvinte não efetuou pagamento impróprio - em excesso -, mas sim a quantia devida pelos aluguéis à época.

Dessa forma, dou parcial provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos da ação reconvenicional, afastando a condenação imposta ao autor/reconvinte por litigância de má-fé e repetição de indébito em dobro. Pagará o reconvinte as custas da reconvenção e os honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Suspensa a exigibilidade porque litiga sob o manto da assistência judiciária gratuita.

Mantida a sentença nas demais questões.

Custas recursais, meio a meio. Suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

**Indenização por dano moral - Internet -
Divulgação de informações difamatórias e foto
inverídica - Repercussão local - Imagem
denegrida - Pedido liminar - Prova da veracidade
da alegação e risco de dano de difícil reparação -
Exclusão de site - Cabimento**

Ementa: Agravo de instrumento. Google. Ação de indenização. Danos morais. Pedido liminar. Retirada de site

da internet. Presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Recurso provido.

- Para a concessão de tutela antecipada, devem estar presentes a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o risco do dano de difícil reparação.

- Deve ser deferida a antecipação de tutela para retirar *site* da internet que disponibiliza informações que agridem a honra e a imagem da requerente, em razão da possibilidade de ocorrência de dano de difícil reparação.

- Há o receio de dano irreparável por parte da agravante, pois seu nome foi maculado por meio de informações difamatórias divulgadas pelo *site* hospedado pela ré.

Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.065862-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Juliana de Oliveira Silva - Agravada: Google Brasil Internet Ltda. - Relator: DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de junho de 2010. - José Marcos Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo, no qual se insurge Juliana de Oliveira Silva, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra a Google Brasil Internet Ltda., em face da decisão (f. 65/66-TJ) que deferiu, parcialmente, a liminar requerida, apenas para determinar que a ré identifique o responsável pela inclusão da referida foto no *blog* por ela hospedado. Não foi deferido o pedido de exclusão da página da rede, aspecto contra o qual a agravante se insurge.

A agravante ajuizou a presente ação de indenização, relatando que, em 14.11.09, ao voltar de uma festa, sofreu um grave acidente automobilístico que vitimou seu marido; em um *blog* da internet, hospedado pela ré, foi publicada reportagem sobre o acidente, com foto de veículo diverso do veículo envolvido, de forma

que a verdadeira versão dos fatos se perdeu em meio à impressão causada pelo trágico acidente sofrido pelo veículo mostrado naquele sítio eletrônico; tem suportado a desconfiança de pessoas que a conhecem e que, hoje em dia, estão desconfiadas do ocorrido, a ponto de afirmarem que a autora agiu de maneira irresponsável ao volante, contribuindo significativamente para a morte de seu marido.

O pedido de efeito suspensivo ativo foi deferido à f. 74/75-TJ.

Não houve intimação da agravada, uma vez que a relação processual não havia sido formada no momento da interposição do presente recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

A autora, ora agravante, ajuizou ação de indenização por danos morais, com pedido de antecipação de tutela, tendo em vista as informações difamatórias e a foto inverídica divulgada pelo *site* (*blog*) hospedado pela ré.

Nesse sentido, requereu medida liminar para que a ré exclua a página da internet e identifique o usuário que ali postou a falsa foto, chamando-o à lide.

Deferido parcialmente o pleito (f. 65/66-TJ), o MM. Juiz apenas determinou à ré que identifique o responsável ou autor das informações contidas no *site* supramencionado. Assim sendo, sobre o pedido de retirada do *site*, decidiu:

De sorte que sem razão o pedido de exclusão da página da rede mundial, pois não se verificam os requisitos indispensáveis à concessão da medida liminar postulada (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Inconformada, a autora interpõe o presente agravo de instrumento.

Compulsando os autos do agravo de instrumento, entendo que merece reforma a decisão recorrida.

Verifica-se que, embora a autora não negue a veracidade dos fatos (conduzia o veículo no momento do acidente que vitimou o marido), a exposição de foto de veículo diverso do envolvido no acidente, com imagem bem mais impactante do que seria a foto do veículo verdadeiro, traz prejuízos à autora, que corre o risco de ter sua imagem denegrida perante a comunidade de Itabira.

No caso em apreço, principalmente por se tratar de cidade interiorana, a repercussão local das informações difamatórias, da foto falaciosa e dos falsos boatos elencados no *site*, traz grandes transtornos à vida pessoal da agravante, que vê sua imagem distorcida e denegrida.

De fato, vê-se que o veículo mostrado na reportagem (f. 55-TJ) possui danos totalmente diferentes do veículo da autora, envolvido no acidente (f. 58, 59 e 69-TJ).

Dessa maneira, a autora submete-se ao julgamento social proferido pela comunidade de Itabira, antes mesmo que a Justiça o faça, e pior: com base em falsas imagens.

Assim, com esses fundamentos, ante a possibilidade de prejuízo à imagem da autora, dou provimento ao agravo para que a referida página seja retirada da rede mundial.

Custas, pela agravada.

DES. BATISTA DE ABREU - Embora não tenha visto nada agressivo à personalidade da agravante na notícia posta no *blog* "Portal de Itabira" que mereça a antecipação parcial dos efeitos da tutela, também não vejo por que a agravada não retirou a notícia veiculada erroneamente.

DES. OTÁVIO PORTES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Condomínio - Uso por apenas um dos condôminos - Pagamento de aluguel - Partilha dos frutos produzidos pela coisa comum - Arts. 1.319 e 1.326 do Código Civil - Bloqueio da cota-parte do devedor - Cabimento

Ementa: Agravo instrumento. Condomínio. Uso exclusivo por um condômino. Pagamento de frutos.

- Sendo o imóvel utilizado e usufruído por um só dos condôminos, cabe a este pagar aluguel aos outros, sob pena de enriquecimento ilícito.

- É lícito o bloqueio judicial sobre a cota-parte dos condôminos para garantir o pagamento da dívida aos outros.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0471.08.095452-5/001 - Comarca de Pará de Minas - Agravantes: José Carlos Martins Marinho e outro - Agravados: Mércia Martins Marinho e outro - 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, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, 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 2010. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de dissolução de condomínio, após a alienação de imóvel, determinou o bloqueio cautelar de R\$ 20.046,29 sobre a cota-parte dos agravantes, ante a existência de pendência financeira junto aos agravados.

Os agravantes aduzem que há outro bem a ser alienado em valor muito superior ao débito indicado pelos agravados, não sendo devido o bloqueio, uma vez que o recebimento não estaria prejudicado.

Alegam, ainda, que o bloqueio dos valores deveria ter sido realizado sobre o montante total depositado, e não apenas sobre a parte que lhes é devida.

Requerem a concessão do efeito ativo e o provimento do agravo.

É fato incontroverso nos autos que as partes eram condôminos do imóvel urbano alienado judicialmente e que somente os agravantes dele usufruíram.

O Código Civil estabelece que cada consorte responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, os quais deverão ser compartilhados na proporção dos respectivos quinhões, conforme o art. 1.319 c/c o art. 1.326.

Logo, sendo o imóvel utilizado e usufruído por um só dos condôminos, cabe a este pagar aluguel aos outros, sob pena de enriquecimento ilícito.

Esse aluguel corresponde à partilha dos frutos produzidos pela coisa.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia 14ª Câmara Cível:

Ação de extinção de condomínio. Art. 1.322 do Código Civil. Direito do condômino que pode ser exercido a qualquer tempo. Venda judicial do bem comum indivisível. Ocupação do imóvel com exclusividade. Indenização pelo uso exclusivo do imóvel por um dos condôminos. Possibilidade. - É possível a extinção de condomínio por vontade de um dos condôminos, com a consequente alienação judicial do bem imóvel, quando a coisa for indivisível e os consortes não concordarem em adjudicá-la a um só, indenizando os outros, por força dos arts. 1.322 e segs. do Código Civil. Se apenas um dos condôminos ocupa o imóvel com exclusividade, faz jus o outro a indenização, a título de aluguel, na proporção de sua cota-parte (Apelação Cível nº 1.0702.06.289210-5/001 - Relator: Des. Antônio de Pádua - Data do julgamento: 10.07.2008).

Assim, sendo alienado o imóvel, é devido o repasse - aos condôminos que não usufruíram do imóvel - da parte em dinheiro equivalente ao aluguel pelo tempo que o bem esteve na posse exclusiva dos agravantes.

Ressalte-se que os recorrentes não negam a existência do débito, apenas pretendem postergar o seu pagamento para quando for apurado montante com a venda de outro imóvel que também possuem em condomínio com os agravados.

Logo, como não há previsão de venda do outro bem, é lícito o bloqueio judicial do valor equivalente ao débito dos agravantes junto aos agravados, sobre a cota-parte daqueles, para garantir o pagamento.

O bloqueio deve incidir apenas sobre a cota-parte dos agravantes, que são os devedores, sob pena de se gravar o quinhão dos credores para pagamento do seu próprio crédito.

Deve, pois, ser mantida a decisão recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso avariado por José Carlos Martins Marinho e outro, para manter íntegra a decisão agravada.

Custas recursais, pelos agravantes.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução de alimentos - Prescrições legais - Não atendimento - Pagamento parcial - Alimentos *in natura* - Inadimplência do executado - Configuração - Prisão decretada - Decisão mantida

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Justificativa. Pagamento parcial. Alimentos *in natura*. Inadimplência do executado configurada. Prisão decretada. Decisão mantida.

- Ajuizada execução de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC e não atendidas as prescrições legais quanto à possibilidade de tolerância ou exoneração do pagamento, a prisão se impõe.

- O pagamento da pensão *in natura* não constitui fundamento suficiente para revogar a ordem de prisão, pois não houve pagamento como fora determinado pelo d. Juiz.

Recurso a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.04.141044-1/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: A.L.C.C.J. - Agravado: R.L.C., representado pela mãe A.L.P.C.L. - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Ernane Fidélis, 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, 27 de abril de 2010. - Ernane Fidélis - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por A.L.C.C.J., que, inconformado com a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Uberlândia, nos autos da execução de alimentos com fulcro no art. 733 do CPC, proposta pela agravada em desfavor do agravante, após rejeitada a justificativa apresentada pelo executado, decretou-lhe a prisão pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Pretende o agravante a reforma da decisão acima, visto que entende que já houve pagamento integral do débito, em especial quando o mesmo quitou as mensalidades escolares de sua filha, pois, em acordo extrajudicial com a representante legal da agravada, o mesmo passaria a pagar tais despesas a partir do ano de 2008. Entende que não é justo pagar novamente por pensão que já fora paga, devendo ser revogada a ordem de prisão.

Analisando a decisão agravada, verifica-se que o d. Julgador monocrático, ao determinar a expedição do mandado de prisão do agravante, o fez sob o fundamento de não ter sido honrada integralmente a dívida, pois a pensão não fora paga *in specie*, como acordado em juízo.

Em acordo celebrado entre as partes (f. 66-TJ), o ora agravante se comprometeu a pagar em várias parcelas o débito executado, restando consignado que o atraso no depósito da pensão alimentícia mensal ou das parcelas em atraso implicará a expedição imediata de mandado de prisão, restando determinado o sobrestamento do feito pelo tempo necessário ao cumprimento do acordo.

No entanto, alega o agravante a existência de acordo extrajudicial para que o mesmo pagasse a mensalidade escolar de sua filha, em substituição ao valor de um salário-mínimo. Tal acordo não fora reconhecido pela agravada, protestando esta pelo prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.

Entendo que eventual pagamento *in natura* realizado pelo agravante não fora feito corretamente, visto que não há prova de qualquer acordo realizado entre as partes.

Ademais, em razão da própria natureza da prestação alimentícia, rigorosa é a execução para seu cumprimento, comportando, inclusive, prisão civil. Nesse caso, não atendidas as prescrições legais quanto à possibilidade de tolerância ou exoneração do pagamento, a prisão se impõe.

Nem mesmo a alegação do agravante de que já pagou os alimentos *in natura* é suficiente para justificar o descumprimento de sua obrigação. Lembre-se que o agravante é advogado e conhecedor das consequências de uma execução de alimentos.

Data venia, entendo que não assiste razão ao agravante, pois a decretação de sua prisão civil decorre de fato inescusável, por ele gerado voluntariamente e em desconformidade com os alimentos fixados, devendo ser mantida a decisão de primeiro grau.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo.

Custas, pelo agravante, suspensa sua exigibilidade em virtude da justiça gratuita.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Cobrança - Defensor dativo - Honorários -
Certidões judiciais - Exigibilidade -
Interesse de agir - Arbitramento dos honorários -
Obrigatoriedade**

Ementa: Cobrança. Defensor dativo. Honorários. Certidões judiciais. Exigibilidade. Interesse de agir. Honorários de sucumbência. Desprovimento.

- Estando presente o interesse de agir, não se há falar em carência de ação.

- O defensor dativo faz jus ao arbitramento de honorários nos processos em que atua como defensor do réu pobre.

- Têm força executiva perante o Estado de Minas Gerais as certidões emitidas pela Secretaria do Juízo que declaram o valor dos honorários advocatícios arbitrados em benefício do advogado dativo, em sentença transitada em julgado. Precedentes.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.242720-4/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Renata Alves Passos em causa própria - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, 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 2010. - Manuel Saramago - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Versam os autos de ação de cobrança ajuizada por Renata Alves Passos em face do Estado de Minas Gerais, pugnando pelo recebimento de honorários de processos em que atuou como defensor dativo.

Agora, o réu, ora apelante, pretende a reforma do *decisum*, suscitando preliminares de carência de ação.

Preliminar.

- Da carência da ação.

Arguiu o apelante preliminar de carência da ação por não ter a apelada requerido administrativamente o recebimento das verbas.

Sem razão, *data venia*.

Isso porque o exaurimento da via administrativa é irrelevante para o desate da questão, sob pena de flagrante violação do art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna:

Art. 5º

[...]

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Assim, impõe-se rejeitar a preliminar.

Do mérito.

A matéria não é nova.

O art. 272 da CEMG, em clara dicção, estatui, *verbis*:

Art. 272. O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre, em processo civil ou criminal, terá os honorários fixados pelo Juiz, no ato da nomeação, segundo tabela organizada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, os quais serão pagos pelo Estado, na forma que a lei estabelecer.

Por sua vez, a Lei nº 13.166/99, que regulamentou o art. 272 da Constituição Mineira, estabelece no seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal, terá os honorários pagos pelo Estado.

Extrai-se dos dispositivos acima transcritos, a toda evidência, que o defensor dativo faz jus ao arbitramento de honorários de advogado nos processos em que é nomeado para defender réu pobre, cujo *quantum* deverá ser suportado pelo Estado.

Os títulos executivos judiciais de f. 08/10-TJ demonstram que a apelada atuou como defensora dativa no processo ali referenciado, decidido por decisão transitada em julgado.

Referentemente, eis a jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

Ementa: Ação de cobrança - Honorários advocatícios - Advogado dativo - Nomeação pelo juiz - Inexistência de Defensoria Pública na comarca - Fixação - Responsabilidade do Estado pelo pagamento. - O defensor dativo nomeado pelo juiz para atuar em processos em comarca onde inexistente a Defensoria Pública deve receber os honorários, sendo a responsabilidade do pagamento do Estado, sob pena de enriquecimento sem causa (Apelação Cível nº 1.0151.02.000865-3, Rel. Des. Maciel Pereira, j. em 07.10.04).

Ementa: Cobrança. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Defesa de réus pobres. - Em ação de cobrança contra o Estado, o autor nomeado defensor dativo em vários processos-crimes de réus pobres faz jus a honorários. Se o Estado, que, por imperativo constitucional, tem a obrigação precípua de prestar assistência judiciária aos necessitados, se omite na prestação dessa assistência, deve pagar honorários dos advogados nomeados pelos juizes, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito (Apelação Cível nº 1.0000.00.138.826-3/00 - Rel. Des. Aloysio Nogueira).

Com efeito, restando comprovado que a apelada foi, regularmente, nomeada como defensora dativa para defesa de réu pobre, faz jus ela ao recebimento da respectiva verba honorária que fora arbitrada, sob pena de flagrante locupletamento ilícito do recorrente.

Ao exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e BARROS LEVENHAGEN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação revisional de contrato - Dívida - Depósito de valor pelo devedor - Manutenção da posse do veículo - Não cabimento - Mora - Não descaracterização

Ementa: Agravo de instrumento. Ação revisional de contrato. Discussão da dívida. Depósito do valor que entende devido. Manutenção de posse. Impossibilidade.

- Apenas o ajuizamento de ação revisional, com o depósito do valor que a parte devedora entende devido,

não tem força para descaracterizar a mora, devendo ser mantida a parte da decisão que indeferiu pedido para manutenção do bem nas mãos do agravante.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0672.09.377366-7/002 - Comarca de Sete Lagoas - Agravante: Bruno Henrique Campolina Figueiredo - Agravada: Omini S.A. Crédito Financiamento Investimento - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, 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, 13 de maio de 2010. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Bruno Henrique Campolina Figueiredo, qualificado nos autos, contra a decisão proferida em ação em que contende com Omini S.A. Crédito Financiamento Investimento.

O agravante alegou em síntese, na inicial, que o Juiz singular se equivocou ao indeferir o direito de manutenção na posse do veículo alienado, assim como para que não seja o seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, ao afirmar que os depósitos judiciais não têm efeito liberatório.

Afirmou que busca com a ação ajuizada na instância de origem o pagamento do valor correto do débito, sendo contraditória a autorização para o depósito se esta não possui efeito liberatório parcial, ou seja, até a prolação da sentença.

Apontou os efeitos do depósito em juízo nos termos do art. 798 do CPC e, ainda, o disposto no art. 461 do mesmo diploma.

Lembrou que o STJ entende que, quando indevida e abusiva a cobrança, não existe mora, devendo o bem permanecer na posse do consumidor até o julgamento final da ação principal.

Entendendo presentes os requisitos legais, requereu a concessão do efeito suspensivo para permanecer na posse do bem até o julgamento final do presente recurso e impedir a restrição de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito e, ao final, a reforma da decisão objurgada.

O pedido de efeito suspensivo foi concedido em parte para que a agravada seja impedida de incluir o nome do agravante nos órgãos de proteção ao crédito.

O il. subscritor da decisão objurgada prestou as informações de f. 59-TJ, dizendo que a parte agravante não cumpriu o disposto no art. 526 do CPC, mantendo, no mais, a decisão agravada.

A parte agravada nada manifestou.

Recurso próprio, tempestivo, sem preparo, uma vez que a parte agravante litiga sob o pálio da assistência judiciária, dele eu conheço.

Ressalto inicialmente que, apesar de a parte agravada não ter se manifestado através de contrarrazões, prejuízo não há, uma vez que não houve até a interposição do presente recurso a formação da relação jurídica.

Verifico que o Juiz singular, analisando o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, deferiu-o em parte, autorizando tão somente o depósito do valor que o autor entendeu devido, todavia sem nenhum efeito liberatório, indeferindo o pedido de manutenção do agravante na posse do veículo.

Assim, tenho que o pedido para que seja a decisão reformada, determinando ao agravado a abstenção da inscrição de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito, não poderá ser aqui analisado, sob pena de supressão de instância, uma vez que tal pedido não foi analisado pela instância de origem.

A propósito:

Recurso. Inovação. Supressão de instância. O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* não pode ser aceito a ponto de que se permita a supressão de instância, e a amplitude de devolução do § 1º do art. 515 do CPC é limitada, não autorizando o tribunal a inobservar o princípio do duplo grau de jurisdição (extinto TAMG, AC n. 2.0000.00.407852-0/000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. em 18.02.2004).

Assim, limitando-me ao pedido de reforma da decisão em relação à manutenção da posse do veículo enquanto discutido o débito em juízo, entendo que razão não assiste ao agravante, pois, apesar de entender perfeitamente possível o depósito por parte do devedor da quantia que entende devida, tal circunstância não lhe dá o direito de permanecer com a posse do veículo, pois não tem força para descaracterizar a mora.

Ora, apenas o ajuizamento de ação revisional, com o depósito do valor que a parte devedora entende devido, não descaracteriza a mora do agravante, uma vez que somente o depósito do valor total cobrado pelo credor serve para elidir a mora.

Nesse sentido:

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Liminar. Ação revisional posteriormente ajuizada. Mora. Não descaracterização. O ajuizamento de ação objetivando discutir condições e cláusulas do pacto garantido por alienação fiduciária não obsta o prosseguimento da busca e apreensão fundada na mesma avença. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 633581/SC; Recurso Especial

2004/0027719-5, Rel Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 03.08.2004).

Ressalto que, em caso de se prevalecer a decisão proferida, implicaria o impedimento do direito da parte contrária de promover ação específica, afastando-se, antecipadamente, o exercício do direito subjetivo público de ação.

Portanto, não merece reparo a decisão que indeferiu a manutenção da posse do bem nas mãos do devedor.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo agravante, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO DE PÁDUA e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação rescisória - Usucapião - Citação dos confinantes - Não observância - Necessidade - Art. 942 do CPC e Súmulas 263 e 391 do STF - Relação processual válida - Não configuração - Coisa julgada - Não ocorrência - Nulidade do processo de usucapião - Decretação

Ementa: Ação rescisória. Usucapião. Falta de citação dos confinantes. Ausência de coisa julgada. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Acolhida. Decretação de nulidade do processo de usucapião. Matéria de ordem pública. Conhecimento de ofício que se impõe.

- O vício atinente à falta de citação dos confinantes do imóvel usucapiendo não permite a constituição válida da relação processual, não se operando coisa julgada, autorizando-se a decretação da nulidade em qualquer ação e grau de jurisdição.

- No entanto, sendo impossível julgar a rescisória em face da inexistência de coisa julgada, torna-se perfeitamente possível a decretação da nulidade do processo de usucapião.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.0000.09.494023-6/000 - Comarca de Belo Horizonte - Autores: Geraldo Antônio de Castro Oliveira, Renato de Castro Oliveira, Wilson Moisés de Oliveira Júnior, Ronaldo de Castro Oliveira, Roberto de Castro Oliveira, Rogério de Castro Oliveira, Ivone Elizabeth de Castro Rios, Rosana de Castro Oliveira - Réus: Wilson Moisés de Oliveira, Sueli Maria dos Santos - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda o 7º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, EXTINGUIR A RESCISÓRIA E, DE OFÍCIO, ANULAR A AÇÃO DE USUCAPIÃO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2010. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Tratam os autos de ação rescisória c/c pedido liminar ajuizada por Geraldo Antônio de Castro Oliveira e outros em desfavor de Wilson Moisés de Oliveira e outra, cujo pleito é a desconstituição da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, proferida e reproduzida às f. 489/491, no âmbito do Processo de Usucapião nº 0024.04.518743-2, em face da nulidade decorrente da ausência da citação dos confinantes/proprietários, ora autores na presente ação rescisória.

Os autores informaram que os réus propuseram, em face de Sanusa Ltda. e outros, ação de usucapião do imóvel descrito como lote 01 do quarteirão 62 do Parque Santa Inês.

Aduziram que, por ser o lote usucapido de esquina, deveriam os requerentes ter pleiteado a citação dos confinantes da esquerda, o que deixaram de fazer.

Elucidaram que, ao lado do lote 01, objeto da demanda de usucapião, situa-se o lote 02, da mesma quadra, cujo réu Wilson Moisés Oliveira declarou, em audiência, ser de sua propriedade, conforme depoimento pessoal acostado à f. 491-TJ.

Segundo os autores, tal afirmação não é verdadeira, tendo em vista que o lote confinante 02 fora adquirido pelo réu Wilson Moisés de Oliveira e sua falecida esposa Ivone de Castro Oliveira, mãe dos autores, em 1972, mediante contrato de compra e venda.

No entanto, alegaram os autores que, com o falecimento de sua mãe Ivone de Castro Oliveira, com quem o réu era casado em comunhão de bens, o lote 01, imóvel objeto do usucapião, foi excluído do inventário, tendo somente o lote 02 feito parte do mesmo, e, portanto, somente este fora partilhado.

Assim, arguíram que o imóvel partilhado (lote 02) fora adquirido na proporção de 40% pelo réu Wilson Moisés e os outros 60% pelos ora autores, mediante sucessão, conforme certidão do 4º Ofício de Registro de Imóveis, acostada aos autos.

Sustentaram, ainda, que o imóvel do lote 02 é o imóvel confinante, à esquerda, do lote 01, objeto do

usucapião; e, por esse motivo, não cumpriu o réu a determinação legal de citar o confinante à esquerda, quando da ação do usucapião, nos termos do art. 942 do CPC.

Entenderam que, dessa forma, a conduta do réu foi premeditada e com o intuito de fraudar a lei e prejudicar os autores e herdeiros de Ivone de Castro Oliveira, ora autores, com quem Wilson era casado quando da aquisição do imóvel usucapido.

Arguíram a ocorrência de fraude processual nos termos do art. 942 do CPC, quando o réu deixou propositalmente de requerer a citação dos confinantes do imóvel usucapiendo, que eram justamente os herdeiros de sua falecida esposa.

Alternativamente, pugnam pela composesse do imóvel usucapido, tendo em vista que o 5º autor da presente demanda, filho do réu Wilson Moisés de Oliveira, constituiu a empresa Rofran Ltda., no mesmo endereço do imóvel objeto da lide.

Às f. 509/512, foram deferidas aos autores a gratuidade judiciária e a concessão do pedido cautelar com a expedição de ofício ao 4º Cartório de Ofício de Registro de Imóveis de BH, para abster-se de lançar transcrições na matrícula do imóvel, objeto da presente demanda.

Os réus apresentaram contestação às f. 533/546.

Aduziram, preliminarmente, ilegitimidade das partes, carência de ação e impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que os autores alegaram inexistência de citação válida e, dessa forma, flagrante se tornou a impossibilidade do exercício de uma rescisória, visto que é condição essencial desta a existência de uma sentença de mérito transitada em julgado.

No mérito, defenderam a validade da citação dos confinantes na ação rescindenda de usucapião, sob o argumento de que, nos autos em questão, houve a citação editalícia destinada a qualquer pessoa que se interessasse pela ação em questão, sendo conferida, assim, ao ato citatório uma presunção de absoluta publicidade.

Ainda discorreram os réus sobre a composesse do lote 01, afirmando que Roberto Carlos de Oliveira não exerce atos de domínio no referido imóvel, sendo este destinado apenas à moradia do requerido e de sua esposa.

Por fim, bateram-se pela impossibilidade da concessão de medida cautelar em ação rescisória, com o fim de se obstar os efeitos da coisa julgada, pugnando, assim, pela extinção do feito nos termos do art. 267 do CPC e, alternativamente, pela procedência, *in totum*, dos pedidos formulados.

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou às f. 567/570, opinando pela extinção do feito, em face de sua impossibilidade jurídica, com a concomitante decretação de nulidade do processo de usucapião originário, dada a falta de citação imprescindível.

Inicialmente, com referência ao entendimento dos requeridos defendido na peça contestatória, acerca da impossibilidade da concessão de medida cautelar em ação rescisória, entendo que o provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão.

São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a sua concessão, se for o caso, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

Cumpra ressaltar, ainda, que tal medida, postulada em ação rescisória, tem caráter de exceção, devendo ser concedida parcimoniosamente, visto que tal deferimento deve ocorrer em caráter extraordinário por não justificar o desrespeito à coisa julgada, na expectativa de lograr êxito na ação rescisória.

Dessa feita, sendo vislumbrado no caso *sub examine*, com excepcionalidade, a presença dos requisitos indispensáveis para a concessão da cautelar pleiteada, quais sejam: prova inequívoca da verossimilhança das alegações, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Foi deferido o pedido em sede de liminar às f. 509/512-TJ.

Feitas tais considerações, passo à análise da questão em debate.

Tendo em vista a matéria ora discutida no presente feito, vejo por bem, já de início, analisar a preliminar de carência de ação levantada pelos réus em sua peça contestatória.

Com vista ao argumento de que a falta de citação dos confinantes do imóvel usucapiendo é causa de nulidade *ipso jure* da sentença de procedência da ação de usucapião, pugnaram os autores pela procedência do presente pleito rescisório.

Nota-se que a presente rescisória foi aviada com fundamento em violação à literal disposição da lei (art. 485 do CPC).

No entanto, apesar dos dispositivos mencionados, verifica-se que desde a inicial os autores buscam a nulidade do processo de usucapião, evidenciando ser farta a doutrina e a jurisprudência no sentido de que, não tendo sido citados todos os confrontantes, deve ser anulado o processo de usucapião.

Seguindo por esse norte, vejo que, indiscutivelmente, razão assiste aos autores, quando alegam nulidade do processo de usucapião por ausência de citação de confrontantes, visto que desatendido o comando legal contido no art. 942 do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, restou efetivamente demonstrado que os autores são realmente coproprietários do imóvel limítrofe àquele usucapido, não tendo sido requerida ou tentada em nenhum momento a citação de qualquer dos autores/confinantes para os termos da ação rescindenda.

Ademais, restou comprovado que quatro dos autores residem no imóvel confrontante (f. 61/77) e pelo menos um outro autor tem endereço de sua empresa no imóvel usucapido, não se justificando, assim, a ausência de suas citações.

Assim, como bem observado pelo il. representante do Ministério Público (f. 169), inexorável concluir que o compossuidor do imóvel usucapido bem como os proprietários e compossuidores do imóvel lindeiro não foram citados para a ação matriz.

Ressalto o teor das Súmulas nºs 263 e 391 do STF, que assim prelecionam:

O possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião (Sumula nº 263 do STF).

O confinante certo deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião (Súmula nº 391 do STF).

Ainda, cito jurisprudência desta Corte, nesse sentido:

Ementa: Usucapião extraordinário. Citação dos confinantes. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença desconstituída de ofício.

I - A citação dos confinantes, em sede de ação de usucapião, é obrigatória, sendo nula a sentença quando não ocorre a citação daqueles indicados no Registro de Imóveis.

II - Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença desconstituída de ofício (Apelação Cível nº 1.0251.07.020213-9/001 - Rel. Des. Bitencourt Marcondes).

É que, no processo de usucapião, o direito de defesa assegurado ao confinante é impostergável, porquanto lhe propicia, dentre outras questões, oportunidade de questionar os limites oferecidos ao imóvel usucapiendo, donde se conclui que a ausência de citação ao confrontante acarreta a nulidade da demanda, pelo que deve ser pronunciado tal vício, mesmo de ofício.

Assim, necessária a citação desses confinantes.

Contudo, embora haja certeza de que a insurgência dos autores é procedente, imensa é a divergência quanto ao cabimento da ação rescisória em busca da nulidade, por ausência de citação, conforme querem seja declarado os autores.

Pontes de Miranda, em seu *Tratado de ação rescisória, evidencia*:

Se ocorre que há causa para decretação de nulidade e causa para decretação de rescisão, primeiro se há de julgar a ação de nulidade, ainda incidente, devido ao princípio de subsidiariedade. A ação rescisória é ação subsidiária. Se a sentença é nula, não é preciso rescindir. Quem pode empuxar e afastar o obstáculo não precisa empregar machado ou outro instrumento cortante (*op. cit.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 448).

Seguindo esse entendimento, o culto processualista Ernane Fidélis dos Santos leciona, quando do julgamento

da Ação Rescisória nº 254.425-7, da Comarca de Juiz de Fora, julgada em 09.09.1999, que:

Tratando-se de simples nulidade de citação, onde nem se formou a relação processual, impossível será a ação rescisória, mesmo porque há uma completa impossibilidade de se passar ao juízo rescisório, como é próprio dessa espécie de ação.

Em sentido contrário existem respeitáveis posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em prol da admissão da rescisória para a finalidade ora neste feito buscada.

No entanto, entendo que a melhor solução foi encontrada pelo Ministro Eduardo Ribeiro, que, no Recurso Especial nº 7556/RO, julgado em 13.08.91 pela Terceira Turma, por unanimidade, transcrevendo a doutrina de Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Jr., julgou extinta a rescisória, mas declarou como nulo o processo da ação de usucapião a partir da citação viciosa.

Ressalto, por oportuno, ser esse o entendimento externado pelo ilustre representante do Ministério Público nestes autos.

Assim, diante da impossibilidade do pedido formulado, acolho a preliminar de carência de ação, uma vez que, não havendo citação, não se formou a coisa julgada, devendo, dessa forma, ser a presente rescisória extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, § 3º, do CPC.

Contudo, ressalto que a falta de citação válida pode ser declarada, de ofício, independentemente de procedimento especial para tal finalidade, visto tratar-se de matéria de ordem pública que impede a formação e o desenvolvimento válido e regular do processo, conhecido a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive nos autos da ação rescisória.

Saliente-se que o mais recomendável seria a propositura de ação *querela nullitatis* para o reconhecimento da nulidade por ausência da citação.

Contudo, tendo em vista tratar-se de nulidade absoluta, nada impede que esta Corte a reconheça no bojo desta ação rescisória.

Vejam-se os julgados:

Ação rescisória. Relação processual não constituída por falta de citação. Nulidade do processo. Declaração de ofício. Carência da ação (inexistência de sentença transitada em julgado a ser rescindida). Nula a citação, não há relação processual válida e a sentença não transita em julgado. Assim, a qualquer tempo, inclusive em ação rescisória, a nulidade do processo deverá, de ofício, ser declarada e extinta a ação rescisória sem resolução de mérito, porquanto configurada a carência da ação (inexistir sentença transitada em julgado a ser rescindida) (TJMG - 6º Grupo de Câmaras Cíveis - Ação Rescisória nº 2.0000.00.497129-3/000 - Rel. Des. Saldanha da Fonseca - j. em 18.04.2007).

Ação rescisória. Nulidade da citação.

- Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula em ação com esse objetivo, ou em embargos a execução, se for o caso (CPC, art. 741, I).
- Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo a partir do momento em que se verificou o vício (STJ - REsp 7556/RO - Terceira Turma - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - j. em 13.08.91 - DJ de 02.09.1991, p. 11.811 - RSTJ v. 25, p. 439).

Dessa forma, vislumbrando-se a nulidade absoluta do processo pela ausência de citação ora em debate, impõe-se anular o feito a partir da fase da citação.

Em face do exposto, acolho a preliminar de carência de ação suscitada em contestação para extinguir a presente rescisória, sem resolução do mérito e, de ofício, decretar a nulidade do processo de origem, a partir da fase de citação.

Condeno os autores ao pagamento dos ônus sucumbenciais na presente rescisória, tendo em vista serem eles carecedores de ação, uma vez que um dos pressupostos para a interposição da ação rescisória é que a sentença seja transitada em julgado, havendo, pois, sucumbência por parte deles, com a extinção sem o julgamento do mérito.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Pedindo vênias para encampar os argumentos utilizados pela ilustre Relatora, estou acompanhando integralmente o seu voto.

DES. NICOLAU MASSELLI - Recebi ambos os votos da Relatora e do 5º Vogal e, na mesma esteira dos meus julgamentos, ou seja, aproveitando aquilo que entendo que deva ser aproveitado para uma pacificação social, estou declarando extinto o processo, como a ilustre Relatora, mas sem a decretação da nulidade desse processo.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Meu voto, pedindo vênias, acompanho a Relatora.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Sr. Presidente.

Estou acompanhado a eminente Relatora, pedindo vênias ao ilustre Vogal, pois também adoto o mesmo entendimento sobre os efeitos do ajuizamento de ação rescisória nas ações de usucapião.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Pedindo vênias ao conceituado colega Des. Masselli, faço meus os mesmos motivos e fundamentações da sábia Relatora.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuidando o caso de nulidade de citação, a sentença proferida na ação de usucapião não é oponível ao não citado, não havendo

contra ele a coisa julgada, não estando sujeito à sentença, razão pela qual é mesmo incabível a rescisória, impondo-se a extinção do feito por carência de ação, como bem entendeu a d. Desembargadora Relatora.

Por outro lado, *data venia*, entendo que não se deve decretar, de ofício, a nulidade da sentença.

Fato é que, na ação de usucapião, o litisconsórcio passivo é necessário entre a pessoa em nome de quem está registrado o imóvel, os confrontantes e eventuais interessados. Contudo, embora necessário, tal litisconsórcio é simples, podendo a sentença surtir efeitos diferentes para cada um dos litisconsortes, ocorrendo a coisa julgada para quem participou do processo e, ao contrário, não afetando quem não foi citado e não fez parte da relação processual.

Nesse passo, permanece a sentença a irradiar seus efeitos para aqueles que foram citados, pelo que considero inviável a anulação do processo, já que a parte autora no processo tem direito ao que foi declarado na sentença com relação aos que foram citados normalmente, pois o litisconsórcio não era unitário, embora fosse necessário.

Assim, estou acompanhando a d. Desembargadora Relatora para acolher a preliminar de carência de ação, extinguindo a ação rescisória e, reiterando vênias, entendo que deve ser afastada a possibilidade de decretação de ofício a nulidade da ação de usucapião.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Sr. Presidente.

Entendo, *data venia* das colocações em contrário, que, na espécie, se aflora uma nulidade absoluta, razão pela qual outro não foi nem será de maior procedência o desfecho dado pela em. Des.ª Relatora ao processado.

Então, pedindo vênias, também adoto integralmente o judicioso voto da Relatora.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Também, pedindo vênias aos entendimentos em contrário, acompanho integralmente o voto da em. Relatora.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINGUIRAM A AÇÃO E, DE OFÍCIO, ANULARAM A AÇÃO DE USUCAPIÃO, POR MAIORIA.

...

Testamento público - Beneficiários - Acordo - Possibilidade

Ementa: Civil. Sucessão. Testamento público. Beneficiários. Acordo. Possibilidade.

- Nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal das palavras, nos termos do que estabelece a norma do art. 112 do Código Civil.

- Impõe-se a homologação do acordo celebrado entre beneficiários de testamento por instrumento público, na hipótese em que, além de não haver violação às declarações de última vontade, o pacto se consubstancia no melhor meio de a elas dar o efetivo cumprimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.524652-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Fernanda Oliveira de Paula - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de maio de 2010. - Antônio Sérvulo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Permito-me fazer breve digressão fática da questão, para melhor compreensão da matéria vertida aos autos.

Mediante testamento por instrumento público, cuja cópia está acostada à f. 08 dos autos, Dione Aparecida Ribeiro Nogueira, falecida aos 26 de outubro de 2008 (f. 10), deixou toda a parte disponível de seus bens a Fernanda Oliveira de Paula.

Entretanto, e através do referido instrumento, impôs-se um encargo à referida beneficiária, consistente na obrigação de auxiliar o irmão da testadora, Sebastião César Ribeiro Nogueira, com a quantia equivalente a 01 (um) salário-mínimo, mensalente.

Pois bem. Delineado tal panorama, os referidos beneficiários do testamento entabularam acordo, no sentido de que Fernanda Oliveira de Paula destinasse a Sebastião César Ribeiro Nogueira a quantia de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), restando cumprida integralmente e em parcela única a vontade manifestada pela testadora no que se refere ao auxílio financeiro a ser prestado ao irmão.

Acolhendo, *in totum*, o parecer do Ministério Público, o Juízo de 1º grau indeferiu o pedido inicial, ao fundamento de que o retromencionado acordo viola as disposições testamentárias, não se coadunando à vontade da testadora.

Importa ressaltar, a princípio, que a autora Fernanda Oliveira de Paula, herdou, por força das disposições testamentárias de Dione Aparecida Ribeiro Nogueira, 50% do imóvel constituído pelo apartamento inscrito sob a matrícula nº 52.926, Livro 2, do Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Juiz de Fora, bem como a quantia de aproximadamente R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), em espécie.

No que se refere ao aludido imóvel, cuja outra metade coube ao pai da testadora, Sebastião Nogueira Netto, importa destacar que o referido senhor, que conta com mais de oitenta anos de idade, nele reside, não sendo intenção dos co-proprietários do bem o desfazimento do condomínio, mormente porque tal medida redundaria em grave prejuízo ao referido senhor.

Outrossim, cabe salientar que não foi estabelecido um limite temporal no que se refere ao encargo imposto à beneficiária Fernanda Oliveira de Paula, e, considerando-se tanto o valor da herança que coube a ela, bem como os reajustes do salário mínimo, os quais têm suplantado os índices de inflação, o encargo poderá se tornar por demais oneroso e até mesmo inexecutível.

Delineado tal panorama, cumpre trazer à colação a norma do art. 112 do Código de Processo Civil, *verbis*: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

Considerando-se todas as especificidades da presente espécie, pode-se concluir, facilmente, que o acordo entabulado pelas partes não malferiu as disposições testamentárias contidas no instrumento de f. 08 e, ao contrário, revela-se o melhor meio de dar o efetivo cumprimento às disposições nele contidas.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para homologar o acordo entabulado entre as partes requerentes.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e EDILSON FERNANDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Processo cautelar - Solicitação de identificação e qualificação completa de usuário de site na internet - Inviabilidade - Possibilidade de fornecimento apenas dos dados de que é detentor - Endereço IP - Limitação à ordem cautelar - Excesso - Inadmissibilidade

Ementa: Cautelar. Fornecimento de dados de usuário de sistema na internet. Excesso. Limitação.

- É inviável, em sede cautelar, determinar que o gestor do serviço de divulgação de vídeos na internet forneça dados que não tem sobre o usuário, devendo a ordem cautelar limitar-se apenas aos dados de que sabidamente é detentor, porque não se discute nessa sede sua responsabilidade pelo ato daquele usuário ou sua obrigação de identificá-lo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.691860-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Google Brasil Internet Ltda. - Agravado: CSD Engenharia e Comércio Ltda. - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, 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, 7 de abril de 2010. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Trata-se de insurgência contra a determinação judicial para que a Google Brasil Internet Ltda., gestora do site de divulgação de vídeos Youtube.com, forneça identificação completa de um de seus usuários que teria divulgado, naquele espaço do Youtube.com, um vídeo ofensivo à autora.

Com efeito, o agravo merece acolhida.

De início, observa-se que a cautela ultrapassa o pedido cautelar formulado pela agravada. A agravada pediu apenas que a agravante fosse compelida a retirar de sua base de divulgação o vídeo supostamente ofensivo e a fornecer os registros que tivesse, nomeadamente, “e-mail, endereço físico se houver em seus registros e principalmente o endereço IP” (f. 37). Não foi pedida a “identificação e qualificação completa e exauriente do usuário 80Virgílio”, como se determinou na decisão agravada.

É claro que no processo cautelar o juiz não está adstrito ao pedido, podendo determinar que sejam adotadas outras medidas além daquelas requeridas. Mas, no presente caso, há evidente excesso, principalmente se considerado que não há qualquer indício de que a agravante tenha tais dados ou de que a agravada tenha necessidade de tais dados para conseguir seu intuito de perseguir o perpetrador do alegado dano.

De outro lado, é de se observar que não se discute, nas estreitas vias da cautelar, a existência da obrigação do gestor do serviço de divulgação de vídeos na internet

de manter um cadastro com “identificação e qualificação completa e exauriente” dos usuários. Essa matéria é estranha ao processo cautelar, mesmo porque demandaria cognição exauriente de direito. Inviável, portanto, estabelecer uma obrigação de fazer sem prévia cognição ou lei expressa no sentido, pela via transversa da determinação liminar em processo cautelar.

Anotese, ainda, que, em perspectiva análoga à exibição, é necessário que se tenha fundada suspeita de que o sujeito passivo da medida tenha os documentos que se determina exibir. Da mesma forma, nas estreitas vias da presente cautelar, seria necessária fundada suspeita de que a agravante tem ciência da “identificação e qualificação completa e exauriente do usuário 80Virgílio”. Mas não há fundada suspeita disso.

O que se sabe, porque confessado e de conhecimento público facilmente adquirido com o mero acesso ao site “youtube.com”, é que a agravante armazena, sobre os usuários, seu nome, data de nascimento e país de acesso, *rectius* o que o usuário afirma ser seu nome, data de nascimento e país de acesso, um e-mail e uma senha. Além disso, é detentora de uma informação importantíssima, e suficiente, para a identificação do usuário, que é a fonte do acesso, que é identificada pelo “endereço IP”. O endereço IP, da sigla em inglês para Protocolo de Internet (*internet protocol*), é uma sequência de números, ou melhor, normalmente um número de 32 bits escrito com quatro octetos representados no formato decimal, que identifica uma rede na internet e um *host* (hospedeiro) do acesso. Esse endereço é capaz de revelar ao provedor de acesso a origem do acesso e, para o que interessa no presente caso, a origem do vídeo que teria sido divulgado pela ré.

Ou seja, suficiente para o que a agravada pretende os dados de que a agravante confessadamente é detentora, que, aliás, é o contido no pedido cautelar. É inviável, em sede cautelar, determinar que o gestor do serviço de divulgação de vídeos na internet forneça dados que não tem sobre o usuário, devendo a ordem cautelar limitar-se apenas aos dados de que sabidamente é detentor, porque não se discute nessa sede sua responsabilidade pelo ato daquele usuário ou sua obrigação de identificá-lo.

Por fim, nenhum óbice à cominação da multa pelo descumprimento da determinação, se a agravante confessadamente detém os dados cuja comunicação é determinada.

Assim sendo, dou provimento ao recurso de agravo, para reformar a decisão, alterando-a apenas para determinar à agravante que forneça todas as informações que tem para a identificação do usuário “80Virgílio”, em especial o endereço de IP e o que o usuário “80Virgílio” no cadastro afirmou ser seu nome, data de nascimento, país de acesso, e-mail, mantendo-a quanto ao demais.

Custas recursais, pela recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO PORTES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Contrato administrativo - Obra pública -
Execução - Encargos previdenciários -
Ressarcimento - Município - Interesse de agir -
Ex-prefeito - Responsabilidade pessoal -
Necessidade de demonstração de culpabilidade**

Ementa: Tributário. Contrato administrativo. Execução de obra pública. Encargos previdenciários. Ação de ressarcimento. Município. Interesse de agir. Responsabilidade pessoal. Ex-prefeito. Necessidade de demonstração de culpabilidade.

- Sendo automática a responsabilidade da Administração Pública, na hipótese de inadimplemento do contribuinte-contratado pelos encargos previdenciários decorrentes da execução de contrato administrativo, *ex vi legis* (art. 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93), patente o interesse de agir do Município-contratante na propositura de ação (ressarcitória) de cobrança. Preliminar de carência da ação afastada.

- A corresponsabilização pessoal de ex-prefeito pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias não é automática, sendo cabível tão somente quando ficar demonstrada prova positiva de má gestão, infração de lei, atuação exorbitante do mandato. Precedentes do STJ.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.03.038111-1/001 -
Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Jair Siqueira -
Apelado: Município de Pouso Alegre Representado pelo
curador especial Dr. Witer Carrozza Júnior -
Litisconsorte: Construtora Artefatos Cimento Del Rey
Ltda. - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dra. Laura Spyer Prates.

DES. FERNANDO BOTELHO - Trata-se de apelação cível interposta por Jair Siqueira em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre/MG, que, nos autos da ação ordinária movida pelo Município de Pouso Alegre, julgou procedente o pedido inicial para condená-lo, solidariamente, ao lado da construtora Artefatos Cimento Del Rey Ltda.,

[...] a promover o pagamento integral das obrigações previdenciárias, decorrente da execução dos contratos firmados para execução das obras das Escolas Estaduais Dom Otávio e São Camilo, com todos os seus aditivos, de acordo com os valores apurados pela autarquia responsável pelo recolhimento do tributo (f. 301/307).

Inconformado, apela o requerido Jair Siqueira, aduzindo, preliminarmente, falta de interesse de agir do Município de Pouso Alegre, visto a competência do Instituto Nacional do Serviço Social (INSS) promover execução fiscal para fins de recolhimento previdenciário. Argúi, ainda, ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que compete ao ente municipal, e não ao ex-Prefeito, arcar solidariamente com os recolhimentos previdenciários nos termos do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Sustenta que, enquanto gestor do Município, não era responsável pela contabilidade, não podendo, pois, responder pessoalmente pelo descumprimento de obrigação previdenciária.

Ad argumentandum, alega que a responsabilidade tributária dos agentes públicos somente é admitida em caso de atuação com dolo ou culpa, nos termos do art. 137, inciso I, do Código Tributário Nacional, não podendo, pois, ser condenado pelo descumprimento de obrigação previdenciária referente à empresa contratada pelo Município, quando de sua gestão.

Contrarrazões às f. 335/338, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório. Decido.

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

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos de ação ordinária, em que pretendida pelo Município de Pouso Alegre a condenação do ex-Prefeito, Jair Siqueira, em conjunto com a empresa Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., ao pagamento das obrigações previdenciárias decorrentes dos contratos fir-

mados para execução das obras das Escolas Estaduais "Dom Otávio" e "São Camilo".

Para tanto, arguiu que contratados os serviços de execução de obras, sob o regime de empreitada por preço global (com fornecimento de material, mão de obra, equipamentos e acessórios) da empresa Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., paga a importância total de R\$791.051,68 (setecentos e noventa e um mil e cinquenta e um reais e sessenta e oito centavos), sem que o ex-Prefeito exigisse, no entanto, a comprovação de quitação dos encargos previdenciários junto ao INSS.

Em contestação às f. 141/148, Jair Siqueira opõe-se ao pedido inicial, aduzindo: (I) impossibilidade de condenação em exibir documentos, visto que em poder da Administração; (II) incabível ao Prefeito efetuar o recolhimento de contribuições previdenciárias; (III) carência de ação, já que a Municipalidade não fora condenada a restituir tais valores, para exercer direito de regresso; (IV) ilegitimidade ativa ante a competência da Câmara Municipal e/ou do Tribunal de Contas para exigir a prestação de contas de ex-Prefeito; (V) ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto não mais exercente da chefia do Executivo Municipal. No mérito propriamente dito, sustenta a responsabilidade solidária do ente público municipal, e não do ex-Prefeito, pelos encargos previdenciários decorrentes da execução de contrato.

Transcorrido *in albis* o prazo para defesa, sem que a empresa requerida se manifestasse, como se vê da certidão de f. 150.

Rejeitadas as preliminares em despacho saneador às f. 194/197, a sentença concluiu pela procedência do pedido condenando

[...] as partes rés, solidariamente, a promover o pagamento integral das obrigações previdenciárias, decorrente da execução dos contratos firmados para execução das obras das Escolas Estaduais Dom Otávio e São Camilo, com todos os seus aditivos, de acordo com os valores apurados pela autarquia responsável pelo recolhimento do tributo (f. 306).

Tais, os contornos da lide.

I - Preliminar.

a) Carência de ação.

De se afastar, de início, a arguição preliminar, aventada pelo apelante, de que falece à Municipalidade interesse de agir ante a comprovação, nos autos, de que a empresa requerida não realizou o recolhimento dos encargos previdenciários, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS promover a execução fiscal respectiva.

Isso porque, "[...] a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato [...]", nos termos do art. 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, vindo elucidar Marçal Justen Filho que

[...] somente é possível pretender a responsabilização da Administração Pública se e quando o pagamento não tiver ocorrido devidamente por parte do sujeito passivo direto (dito 'contribuinte') (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 564).

No mesmo diapasão, a jurisprudência do STJ:

Agravo regimental. Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. Tributário. Contrato administrativo celebrado para a consecução de obra pública. Contribuições previdenciárias devidas pelas empreiteiras. Responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários. Artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (redação dada pela Lei 9.032/95). Artigos 30, VI, e 31, da Lei 8.212/91. Alegada diferença entre contrato de obra pública (empreitada total) e contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Construção civil. Dono da obra e construtor ou empreiteiro. Substitutos tributários. Responsabilidade subsidiária (Súmula 126/TFR - anterior à promulgação da CRFB/88). Responsabilidade solidária (CRFB/88 até a Lei 9.711/98). Responsabilidade pessoal do tomador do serviço de empreitada de mão-de-obra (Lei 9.711/98). 1. A ação cautelar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem contornos próprios de processo acessório ao processo principal, *in casu*, o recurso especial. 2. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como a caracterização do *fumus boni juris* consistente na plausibilidade do direito alegado. 3. Medida cautelar que objetiva a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, interposto nos autos de mandado de segurança, em face de acórdão regional que assentou que: "1. A Administração Pública contratada e as empresas contratadas respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados, os quais se referem genericamente a serviços contínuos de construção civil, independentemente da natureza e da forma de contratação. Aplicabilidade do art. 31 da Lei 8.212/91 e art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, ambos com redação da Lei 9.032/95, vigente à época dos fatos geradores. [...] (AgRg na MC 15.410/RJ; Ministro Luiz Fux; julgado em 12.05.2009).

Ora, sendo a responsabilidade tributária estendida ao Poder Público contratante, na hipótese de inadimplemento do contribuinte-contratado, patente o interesse de agir do Município de Pouso Alegre, principalmente se se considerar que demonstrado, na espécie, que a empresa Construtora e Artefatos Cimento Del Rey Ltda., então contratada pelo ente municipal, não procedeu ao recolhimento das contribuições previdenciárias quando da execução dos contratos de obras públicas, como se vê do esclarecimento prestado pelo perito oficial à f. 238.

Nesses termos, rejeito a preliminar de carência de ação.

b) Ilegitimidade passiva *ad causam*.

Do mesmo modo, de se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada pelo recorrente ao argumento de que inexistente responsabilidade (tributária) pessoal do Chefe do Executivo pelos recolhimentos

previdenciários decorrentes de contratações firmadas pelo Município, visto que a possibilidade de responsabilização do ex-Prefeito, no caso presente, confunde-se com o mérito da *quaestio sub iudice*.

Isso posto, rejeito a prefacial de ilegitimidade passiva.

II - Mérito.

O *meritum recursal* diz com a hipótese de o apelante, então Prefeito do Município de Pouso Alegre, ser responsabilizado pessoalmente pela ausência de recolhimento de contribuição previdenciária decorrente da execução de contratos de obra pública.

É certo que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, eclodindo, entretanto, a responsabilização do Poder Público contratante no tocante aos débitos fiscais previdenciários na hipótese de inadimplemento do contribuinte contratado.

A propósito, confira-se o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.)

No caso presente, bem se vê que, firmado "contrato de empreitada global para execução dos serviços e obras (da Escola Estadual Dom Otávio - f. 42/47 e da Escola Estadual São Camilo - f. 52/57)", restou expressamente consignada a obrigação da contratada - empresa Construtora e Artefatos Cimento Del Rey Ltda. - pelos "[...] pagamentos, quer sejam federais, estaduais ou municipais, de todos os tributos incidentes dos serviços executados, bem como decorrentes da legislação trabalhista e previdenciária, a qualquer retenção do pagamento [...]" (f. 44 e 54), não vindo, no entanto, a contratada proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária correspondente.

Nesse sentido, o perito oficial esclareceu à f. 238, *verbis*:

"Que a empresa Construtora Artefatos Del Rey Ltda. no período contratado não houve retenção de INSS e nenhuma Guia de GPS foi gerada e nem paga".

Considerando que "[...] o Sr. Prefeito, na qualidade de chefe do Executivo à época das obras e em decorrência do seu poder de direção tinha o dever de exigir o

recolhimento do tributo, sob pena de responder solidariamente pelos prejuízos causados ao Município pelas falhas corridas na execução de suas atribuições ou na de seus subordinados” (f. 306), a sentença condenou o apelante - então prefeito do Município de Pouso Alegre -, ao lado da empresa-contratada, Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., ao pagamento integral das obrigações previdenciárias decorrentes da execução daqueles contratos.

Todavia, acerca da possibilidade de responsabilização pessoal do ex-prefeito, rendo-me ao entendimento solidificado na jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a (co)responsabilização do agente público, instituída legalmente (art. 134, inciso III, c/c art. 135, inciso I, ambos do CTN), não é automática, mas sim subjetiva, fundada na evidência factual, prova positiva de má gestão, do implemento de dolo, de prática lesiva, exorbitante, do mandato:

Processo civil e administrativo - Multa - Art. 41 da Lei nº 8.212/91 - Responsabilidade pessoal do Prefeito municipal - Lei nº 9.476/97 - Afastamento - Prevalência do art. 137, I, do CTN - Necessidade de demonstração de culpabilidade. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de responsabilização tributária pessoal daqueles que agem no exercício regular de mandato, pela multa por descumprimento de obrigação acessória contida no art. 41 da Lei nº 8.212/91. 2. O art. 41 da Lei nº 8.212/91, na qualidade de lei ordinária, rende-se ao que preceitua o art. 137 do CTN, que possui natureza material de lei complementar. 3. A responsabilidade do prefeito pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias necessita da demonstração da culpabilidade e, tal como decidido no acórdão regional, por meio do devido processo legal. 4. Precedentes: REsp 898.507/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 11.9.2008 e REsp 838.549/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.9.2006, p. 225. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 902.616/RN; Ministro Humberto Martins; j. em 02.12.2008).

Tributário. Ação anulatória. INSS. Apresentação de documentos. Omissão de informações. Agente político. Prefeito. Responsabilidade pessoal. Demonstração da culpabilidade. Necessidade. Art. 41 da Lei nº 8.212/91. Posterior anistia. Lei nº 9.476/97. 1. A multa de que trata o art. 41 da Lei 8.212/91 somente deve ser imputada pessoalmente ao agente público se demonstrado o excesso de mandato ou o cometimento da infração com dolo ou culpa, já que essa regra deve ser interpretada em harmonia com o disposto no art. 137, I, do CTN, que expressamente exclui a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato. Precedentes da Primeira Turma. 2. A Lei nº 9.476/97 concedeu anistia aos agentes políticos e aos dirigentes de órgãos públicos estaduais, do Distrito Federal e municipais a quem, porventura, tenham sido impostas penalidades pecuniárias decorrentes do art. 41 da Lei 8.212/91. 3. Recurso especial não provido (REsp 898.507/PE; Ministro Castro Meira; j. em 19.08.2008).

Tributário. Ação anulatória. INSS. Apresentação de guias. Omissão de informações. Agente político: Prefeito. Responsabilidade pessoal. Demonstração da culpabilidade. Necessidade. Precedente. Art. 41 da Lei nº 8.212/91. Alteração pela Lei nº 9.476/97. I - ‘O artigo 137, I, do CTN

exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto nos arts. 41 e 50 da Lei 8.212/91’ (REsp nº 236.902/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 11.03.02), devendo, pois, ser demonstrada a culpabilidade do respectivo dirigente. II - A Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91, vetando-o, e anistando os agentes políticos e os dirigentes de órgãos públicos estaduais, do Distrito Federal e municipais a quem porventura tenham sido impostas penalidades pecuniárias decorrentes daquele artigo. III - Recurso improvido (REsp 838.549/SE, Ministro Francisco Falcão, j. em 17.08.2006).

Com efeito, a responsabilidade pessoal daqueles que exercem mandato não é automática, ou objetiva, derivada diretamente da junção da circunstância legalmente instituída (arts. 134 e 135 do CTN), afigurando-se indispensável, para configuração da dita modalidade de responsabilização solidário-adicional, preenchimento de certas circunstâncias e quesitos a moldar a natureza da (co)obrigação, subjetiva portanto.

Em outras palavras, se objetiva e automática a obrigação solidária atribuída ao Poder Público contratante, derivada, esta, da pura inadimplência, formalizada, do tributo que a empresa contratada deveria recolher a tempo e modo, subjetiva e condicional a possibilidade de coobrigação do prefeito, representante da Administração Pública.

Ao Fisco foi, então, imposto, por obra do pretor, condicionador específico de validade, o que equivale a dizer que a corresponsabilização automática, fria, meramente legal, sem oportunização contraditória e sem mínima evidenciação de excesso de poderes ou infração de lei, passou a se restringir à dedução da obrigação (solidária) da Administração-contratante, não mais aplicável, assim, ao ambiente da corresponsabilização do representante legal do Poder Público.

Na espécie em apreço, não há prova da integração dolosa ou culposa do ex-Prefeito pelo recolhimento, (co)responsabilizante, do encargo tributário.

Conclusão.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares de carência de ação e ilegitimidade passiva *ad causam*, dou provimento ao recurso de apelação para, reformando a sentença, excluir da condenação o ex-Prefeito, Jair Siqueira.

Isento de custas, por prerrogativa do apelado nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução - Microempresa - Penhora de instrumento de trabalho - Bens necessários ao seu regular funcionamento - Impenhorabilidade - Art. 649, V, do Código de Processo Civil

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Microempresa. Penhora de instrumento de trabalho. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 649, V, do CPC.

- A norma contida no art. 649, V, do CPC, incide, como regra, apenas sobre aquelas pessoas que tiram o sustento de seu trabalho pessoal próprio, aplicando-se, excepcionalmente, às empresas de pequeno porte, às microempresas e às firmas individuais, quando demonstrada a real necessidade do bem para o desempenho de suas atividades. É absolutamente impenhorável o instrumento de trabalho útil e necessário ao exercício de atividade da microempresa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0362.04.043291-0/001 - Comarca de João Monlevade - Apelante: Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda. - Apelada: NL Pinturas Ltda. - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, 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 junho de 2010. - Rogério Medeiros - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda., qualificada nos autos, contra sentença proferida em embargos à execução que lhe move NL Pinturas Ltda.

Alega a autora na inicial, em síntese, que a penhora recaiu sobre bens impenhoráveis, compreendendo maquinários e aparelhos úteis e indispensáveis ao exercício da atividade profissional da empresa.

Sobreveio a sentença de f. 27/30, que julgou procedentes os embargos opostos para desconstituir a penhora realizada nos autos da execução em apenso de nº 362.04.39034-0. A embargada foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Irresignada, a embargada apelou (f. 34/41), alegando que a proteção contida no art. 649, V, do CPC se aplica apenas a pessoas físicas que vivem do trabalho pessoal e próprio, e não a pessoas jurídicas que não exercem profissão, mas sim atividade empresarial.

Ressaltou que a jurisprudência minoritária permite a aplicação da impenhorabilidade à microempresa, desde que comprovada a essencialidade das máquinas, o que não é o caso dos autos, pois a embargante além de não ser microempresa, também não comprovou que as máquinas penhoradas são essenciais à sua atividade.

Afirmou que a apelada foi regularmente citada, não pagou o débito e não apresentou à penhora outros bens capazes de garantir o crédito exequendo, o que demonstra a ausência de ânimo em quitar o débito.

Embora intimada, a embargante não apresentou contrarrazões, conforme se verifica da certidão de f. 45-v. Preparo regular à f. 43.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

O art. 649, inciso V, do CPC assim dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
[...]

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

Com efeito, ainda que exista previsão legal para circunstâncias em que determinados bens sejam considerados impenhoráveis, conforme se depreende do dispositivo legal acima, tais situações são exceções à regra da penhorabilidade.

A impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho constitui garantia inerente à dignidade da pessoa humana. Visa, em suma, proteger o mínimo existencial da pessoa humana, de forma a não lhe retirar a possibilidade de subsistência.

A interpretação jurisprudencial atinente ao referido artigo, no âmbito desse Tribunal, bem como no Superior Tribunal de Justiça, é uníssona no sentido da excepcionalidade da incidência do dispositivo em exame à pessoa jurídica, sendo, por óbvio, nesses casos, indispensável a comprovação da necessidade do bem para o exercício da atividade profissional do executado.

Sobre o conceito de microempresa, resalto ser fruto de uma política de desburocratização para fins de enquadramento no Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte e nos termos da Lei nº 9.317, de 5.12.96, a pessoa jurídica e a firma individual que tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R\$244.000,00 são consideradas microempresas. Já a empresa de pequeno porte é a pessoa jurídica e a firma individual que, não enquadradas como microempresas, tiverem receita bruta anual igual ou inferior a R\$1.200.000,00 (art. 2º da Lei nº 9.841/99).

No caso dos autos, examinando o contrato social de f. 06/08, verifica-se que a embargante é microempresa e que os bens penhorados são imprescindíveis ao desempenho de sua atividade profissional, sendo certo que a penhora dos bens acarretaria necessariamente a paralisação das atividades da empresa embargante.

Colaciono jurisprudência:

Processual civil. Embargos à execução fiscal. Pessoa jurídica. Impenhorabilidade de bens. Art. 649, VI, do CPC. Omissão inexistente. Prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. 1. Inexiste a omissão apontada, uma vez que a Turma Julgadora se valeu dos fundamentos legais que entendeu aplicáveis e suficientes para o deslinde da causa, concluindo, acertadamente, que os aclaratórios não são o meio próprio para a reforma do julgado. 2. É cediço que, para o conhecimento do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional, se faz necessário que a norma infraconstitucional tida como contrariada tenha sido objeto de análise pela instância de origem, sob pena de não ser conhecido por ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF. 3. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo' (Súmula 211/STJ). 4. Esta Corte, ampliando a aplicação do artigo 649 do Código de Processo Civil, tem reconhecido a impenhorabilidade de bens necessários ou úteis ao funcionamento de empresas de pequeno porte ou micro-empresas, de modo a não causar nenhum óbice ao exercício das atividades por elas desenvolvidas. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido (STJ, 2ª Turma, REsp 946959/RN, Rel. Ministro Castro Meira, j. em 14.08.2007, DJU de 27.08.2007).

Ou seja, a partir da análise do contrato social, entendo que restou comprovada a essencialidade dos bens constrictos consistentes em um aparelho de jato com duas saídas, um compressor de ar e um revólver de pintura pela empresa embargante, não tendo a embargada se desincumbido de seu ônus processual (art. 333, inciso II, do CPC).

Logo, considerando que a empresa embargante é microempresa e que os bens penhorados são necessários ao seu regular funcionamento, entendo que deve ser estendida a proteção da impenhorabilidade aos referidos bens, razão pela qual não merece ser provido o presente recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença prolatada com o costumeiro brilho pelo Julgador a quo.

Custas recursais, pela apelante.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Acompanho o douto voto do eminente Relator, com algumas considerações.

O MM. Juiz a quo reconheceu a impenhorabilidade de um aparelho de jato com duas saídas, de um compressor de ar, elétrico, trifásico, com motor, e de um

revólver de pintura, considerando que os bens são úteis e necessários para o exercício da atividade da apelada.

De conformidade com o disposto no art. 649, V, do CPC, são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

O dispositivo legal visa, em princípio, à proteção da pessoa física que depende daqueles bens para o exercício da sua atividade produtiva, uma vez que se referem à profissão.

Porém, por extensão, admite-se a impenhorabilidade em favor das micro e pequenas empresas.

No endereço eletrônico do Ministério da Fazenda, é considerada microempresa aquela com receita bruta anual de até R\$1.200.000,00.

Embora a apelada não tenha provado qual é a sua receita bruta anual, e não esteja qualificada como microempresa, na certa não terá receita bruta superior àquele limite, à vista do seu capital social, que não é significativo.

Por outro lado, a apelada pode, ainda, ser classificada como pequena empresa, com receita bruta anual inferior a R\$1.200.000,00.

Assim, deve ser reconhecida a impenhorabilidade dos bens que são úteis e necessários para o desempenho da sua atividade produtiva.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Consórcio - Rescisão contratual - Consorciado desistente - Relação de consumo - Art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - Devolução das parcelas pagas após o encerramento do grupo - Cláusula abusiva - Princípio da obrigatoriedade dos contratos - Relatividade - Restituição imediata - Correção monetária - Incidência a partir do desembolso de cada parcela

Ementa: Ação ordinária. Rescisão contratual c/c restituição. Consórcio. Consorciado desistente. Parcelas pagas. Restituição imediata.

- A restituição das parcelas pagas pelo consorciado quando da sua retirada do grupo deve ser procedida de forma imediata, não havendo que aguardar o encerramento do respectivo grupo.

- A correção monetária deve incidir a partir do desembolso de cada parcela, com vistas a recompor o valor da moeda.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0338.08.069315-7/001 -
Comarca de Itaúna - Apelante: Janes Mendes Antunes
de Souza em causa própria - Apelado: Consórcio
Nacional Panamericano S/C - Relator: DES. WAGNER
WILSON**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2010. - Wagner Wilson - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON - Conheço do presente recurso, visto que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Recurso de apelação interposto por Janes Mendes Antunes de Souza contra a sentença proferida nos autos da ação de restituição de quotas de consórcio c/c declaratória de nulidade de cláusula contratual ajuizada contra Consórcio Nacional Panamericano S/C e que julgou o feito nos seguintes termos (f. 77/78):

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a ação ordinária declaratória e de restituição, ajuizada por Janes Mendes Antunes de Souza em face de Consórcio Nacional Panamericano S/C Ltda., para condenar a ré a restituir à autora o valor por esta efetivamente pago, deduzindo-se desse valor 2% (dois por cento) a título de taxa de administração e taxa de adesão em favor da administradora, e multa a título de cláusula penal em percentual de 10% (dez por cento) do montante líquido a restituir, convertendo-a em favor do grupo consorciado, devendo a devolução ocorrer em até 30 dias da data prevista no contrato originalmente firmado para o encerramento do grupo consorciado. Sobre os valores a serem restituídos incidirá correção monetária, de acordo com a tabela da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data da quitação de cada parcela, além dos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do 30º (trigésimo) dia depois do prazo originalmente fixado para o encerramento do grupo.

Em decorrência da sucumbência recíproca, condeno ainda as partes no pagamento das custas processuais, cada qual no percentual de 50% (cinquenta por cento), suspendendo a exigibilidade em relação à autora em face da gratuidade judiciária. Decorrente, cada parte arcará com os honorários dos seus respectivos procuradores.

Em suas razões recursais, a apelante alegou que, no momento em que se retirou do grupo consorciado, passou a fazer jus à devolução imediata dos valores

pagos ao consórcio, já que foi substituída por outro participante, não se justificando a restituição dos valores pagos somente no final.

Afirmou que a relação havida entre as partes é de consumo e insurgiu-se contra a multa penal, pugnando pela sua redução no patamar de 2%.

Pediu o provimento do recurso.

Apesar de ter sido devidamente intimado, o apelado não apresentou contrarrazões.

A sentença proferida merece alguns retoques.

Vigora no direito brasileiro o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que rege as relações jurídicas decorrentes dos acordos de vontade firmados livremente entre as partes, o que faz com que as respectivas disposições contratuais tenham força de lei em relação àqueles que contrataram.

Assim, em princípio, a execução do contrato deverá ser realizada nos exatos termos em que foi estipulado, como se as suas cláusulas fossem disposições legais para aqueles que as firmaram.

No entanto, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, do Código de Defesa do Consumidor, passou-se a dar uma ênfase maior ao caráter social dos contratos, fazendo com que o princípio da obrigatoriedade do contrato não mais vigorasse de forma absoluta.

O sistema protetivo do consumidor inaugurou uma nova fase em relação às relações contratuais, permitindo a flexibilização dos princípios que garantiam força de lei aos contratos e impunham que os mesmos deveriam ser cumpridos nos seus exatos termos (*pacta sunt servanda*).

Com base nas normas consumeristas, é possível a revisão desses contratos para afastar o abuso e as condições que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, de forma a restabelecer o equilíbrio contratual.

No caso dos autos, dúvidas não restam de que a relação jurídica objeto da presente ação é uma relação de consumo, mormente considerando o disposto no art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, havendo possibilidade da revisão das condições estipuladas.

A meu ver, a cláusula contratual, que estabelece que a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente somente será procedida após o encerramento do grupo, é abusiva, leonina, viola o disposto no art. 51, inciso IV, § 1º, inciso II, do CDC, e, portanto, é nula de pleno direito.

Isso porque a administradora do consórcio “fica livre” para vender para outro aquela cota, recebendo inclusive todo o seu valor, o que afasta a ideia de prejuízo do consórcio, de desequilíbrio econômico-financeiro do grupo ou de redistribuição dos respectivos ônus aos consorciados remanescentes, como alega a apelante.

O consorciado desligado ou excluído é substituído por outro, de quem serão recebidas as parcelas vencidas

e vincendas, conforme disposto no art. 23, I e II, da Circular nº 2766/1997 do Banco Central do Brasil.

Ressalte-se que, ainda que se considere a não substituição do consorciado, a sua retirada não causaria prejuízos aos demais consorciados, porque, se, por um lado, provocaria a diminuição de ingresso de capital no grupo, por outro, ficaria diminuído o encargo do mesmo grupo, que entregaria um bem a menos.

Assim, a devolução das parcelas pagas pelo consorciado deve ser efetivada no momento da sua retirada ou exclusão do respectivo grupo.

No entanto, quanto à cláusula penal (multa fixada em 15% - condições gerais - f. 29), sem razão a apelante.

Não existe no CDC uma imposição quanto ao patamar máximo referente à multa penal, e sim quanto à multa moratória (limitada em 2% - § 1º, art. 52). A abusividade deverá ser analisada segundo a valoração do magistrado.

No caso dos autos, considerando que a taxa de administração já foi diminuída para 2%, tenho que a multa prevista em 15% não é abusiva.

O percentual máximo a ser retido pela apelada (17%) está longe de se mostrar excessivo ou abusivo, porque se destina a remunerar os serviços prestados pelo consórcio à autora e também o seguro firmado, pois constitui uma penalidade aplicada ao consorciado em razão da desistência do contrato.

Tal retenção, nos limites em que fora fixada, se mostra perfeitamente adequada e razoável ao caso, não merecendo qualquer redução.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso interposto para condenar o apelado Consórcio Nacional Panamericano S/C à devolução imediata das parcelas pagas pela apelante, que deverão ser calculadas, considerando a correção monetária desde a data do desembolso de cada parcela.

Considerando que a apelante sucumbiu de parte mínima do seu pedido, o apelado deverá arcar com a totalidade das custas processuais, bem como com os honorários advocatícios, que fixo em 20% do valor atualizado da condenação.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - De acordo com o Relator.

DES. BATISTA DE ABREU - Como bem posto no voto do Des. Rel. Wagner Wilson, vigora no direito brasileiro o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que rege as relações jurídicas decorrentes dos acordos de vontade firmados livremente entre as partes, o que faz com que as respectivas disposições contratuais tenham força de lei em relação àqueles que contrataram. Assim, a princípio, a execução do contrato deverá ser realizada nos exatos termos em que foi estipulado, como se as

suas cláusulas fossem disposições legais para aqueles que as firmaram.

Assim feito, estabelece o contrato que a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente somente será procedida após o encerramento do grupo; tal cláusula nem de longe é abusiva, leonina ou viola o disposto no art. 51, inciso IV, § 1º, inciso II, do CDC; e, portanto, nem é nula de pleno direito, muito menos pelo frágil argumento de que a administradora fica livre para vender para outro aquela cota, recebendo inclusive todo o seu valor, o que afasta a ideia de prejuízo do consórcio, de desequilíbrio econômico-financeiro do grupo ou de redistribuição dos respectivos ônus aos consorciados remanescentes, como alega a apelante. Mera conjectura. Tudo isso pode não acontecer, nem é obrigação do consórcio.

O consórcio funciona sob o princípio do mutualismo, e a saída de qualquer consorciado no curso do contrato traz prejuízo evidente aos demais consorciados. Além disso, é querer impor ao novo consorciado que vier a participar do grupo o pagamento, já efetuado, dessas parcelas.

Se vale alguma coisa, o STJ, já há muito, vem decidindo a favor dos consórcios nesse sentido:

REsp 612438/RS - 2003/0211706-6 - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (1108) - Terceira Turma - j. em 07.03.2006 - DJ de 19.06.2006, p. 133:

Consórcio de bens imóveis. Devolução das parcelas pagas. Taxa de administração.

1. A devolução das parcelas pagas deve obedecer ao que assentado na jurisprudência para o consórcio de automóveis, ou seja, far-se-á até trinta dias após o encerramento do plano, correndo os juros dessa data e a correção monetária de cada desembolso.

2. Não havendo regra específica limitando os valores da taxa de administração, diversamente do que ocorre no consórcio de automóveis, deixada para o contrato, a modificação deste somente caberia em caso de abuso, despropósito ou falta de moderação, o que não ocorre neste feito.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

REsp 442107/RS - 2002/0072675-3 - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior (1110) - Quarta Turma - j. em 17.09.2002 - DJ de 17.02.2003, p. 290:

Civil. Consórcio. Desistência do participante. Restituição. Prazo.

I. Segundo a orientação uniforme do STJ, em caso de desistência do participante, a restituição das parcelas por ele pagas far-se-á corrigidamente, porém não de imediato, mas em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano de consórcio.

II. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Resumo estruturado: Termo final. Devolução. Prestação paga. Inclusão. Correção monetária. Hipótese. Consorciado. Desistência voluntária. Consórcio. Trinta dias. Posterioridade. Data. Encerramento. Consórcio. Previsão. Contrato. Observância. Entendimento. STJ.

Mutatis mutandis: REsp 619531/SC - 2003/0231602-3 - Rel. Min. Castro Filho (1119) - Terceira Turma - j. em 04.08.2005 - DJ de 05.09.2005, p. 400:

Recurso especial. Consumidor. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão. Restituição. Parcelas pagas. Previsão contratual. Finalização das obras. Possibilidade. - Havendo rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas, devidamente atualizadas, pode ser feita até o término do prazo inicialmente previsto para finalização das obras. Eventual atraso na conclusão do empreendimento não pode ser imputado ao consumidor. Nulidade parcial da cláusula contratual que determina a devolução tão somente quando 'efetivamente' concluída a construção. Recurso especial parcialmente provido.

Assim sendo, nego provimento à apelação a fim de manter a bem-lançada sentença apelada.

Custas, pelo apelante.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

...

Busca e apreensão - Notificação extrajudicial - Emissão por serviço de registro de títulos e documentos de comarca diversa do domicílio do devedor - Comprovação da mora - Ato válido - Art. 9º da Lei 8.935/94 - Exceção à regra - Interpretação restritiva - Processo - Regular prosseguimento

Ementa: Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Notificação extrajudicial. Delegação diversa do domicílio do devedor. Serviço de registro de títulos e documentos. Diferença entre tabelião e oficial registrador. Validade para comprovação da mora. Interpretação legal. Aviso CGJ-MG. Decisão CNJ. Recurso provido

- A notificação extrajudicial emitida por serviço de registro de títulos e documentos de comarca diversa do domicílio do devedor é ato válido, porquanto tanto a Lei 8.935, de 1994, quanto a Lei 6.015, de 1973, não delimitam espaço geográfico para a atuação de oficiais de registro de títulos e documentos.

- A restrição do art. 9º da Lei 8.935, de 1994, diz respeito tão somente ao tabelião de notas, devendo ser interpretado restritivamente.

- Cumprida a finalidade da notificação, qual seja a comprovação da mora do devedor fiduciário, deve o processo de busca e apreensão ter regular prosseguimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.221635-8/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - Apelado: Usiauto Ltda. - ME - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO E DEFERIR A LIMINAR.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2010. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação interposta por Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. em face da r. sentença de f. 78/81-TJ, que nos autos da ação de busca e apreensão movida em desfavor de Usiauto Ltda. - ME, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, com fincas no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que não restou comprovada a mora, porque a notificação foi efetivada por serviço de registro de títulos e documentos de comarca diversa do domicílio do devedor. Determinou que as custas sejam pagas na forma da lei.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Colhe-se dos autos que o banco enviou a notificação extrajudicial de f. 21/23-TJ ao domicílio da ré, a fim de constituí-la em mora, para obter liminar nesta ação de busca e apreensão. O MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga extinguiu o feito sem resolução do mérito ao fundamento de falta de comprovação da mora, porquanto a notificação foi enviada por serventia diversa da comarca do domicílio do devedor. Em face desta sentença é que se insurge o banco apelante.

Em suas razões recursais de f. 83/90-TJ, Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. insurge-se contra a r. sentença ao argumento de que preencheu todos os requisitos para que houvesse o deferimento da liminar de busca e apreensão pleiteada, especificamente em relação à comprovação da mora, visto que foi expedida notificação pelo serviço do registro de títulos e documentos da Comarca de Uberlândia, retornada

como positiva e com posterior juntada do comprovante de recebimento (f. 23-TJ). Sustenta que com o simples inadimplemento o devedor já se constitui em mora e ocorre o vencimento antecipado das demais prestações do financiamento. Salienta que a mora restou comprovada com a notificação enviada no endereço constante do contrato, não sendo necessária a entrega em mãos ou a assinatura do devedor, nem exigível o envio pelo serviço do registro de títulos e documentos da comarca onde está situada a empresa ré. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de ver reformada a r. sentença e deferida a liminar de busca e apreensão.

Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia a saber se a notificação extrajudicial de f. 21/23-TJ presta ao fim colimado no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911, de 1969.

Pois bem.

Em que pese o Aviso nº 009/CGJ/2009, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, avisar (*sic*) que incumbe ao oficial registrador do serviço de registro de títulos e documentos a competência somente na comarca para a qual recebeu delegação, encontra-se tal ato administrativo contrário à lei de regência.

Também não desconheço a posição firmada, a respeito, pelo Conselho Nacional de Justiça (PCA 642).

Redobrando a indispensável vênua, não me sinto ainda confortável ou convencido do acerto de tais respeitáveis posicionamentos, e que, a despeito de emanados de nobre seara administrativa, não vinculam, decerto, a independência jurisdicional, garantia maior do Estado de Direito.

Tenho que a r. sentença deve ser anulada, visto que tanto a Lei 8.935, de 1994, quanto a Lei 6.015, de 1973, não estabelecem limites geográficos aos serviços de registro de títulos e documentos, sendo que o disposto no art. 9º da Lei 8.935, de 1994, diz respeito tão somente ao tabelião de notas, que não se confunde com oficial registrador.

A Lei 8.935, de 1994, em seu art. 5º, especifica os titulares dos serviços de notas e registro, distinguindo, nos incisos I e V, os tabeliões de notas dos oficiais de registro de títulos e documentos.

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os:
I - tabeliões de notas;

[...]

V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; [...].

É o próprio Walter Ceneviva quem reconhece, ao comentar a Lei 8.935, de 1994 - diga-se o Estatuto Profissional dos Notários e Registradores -, muito posterior à Lei 6.015, de 1973, que:

Apesar da pluralidade de funções e da atribuição suplementar, em relação a outros serviços, o de títulos e documentos não se confunde com estes, sobretudo em relação aos efeitos próprios do registro imobiliário. A mesma anotação vale para os atos assentáveis no registro de títulos, propriamente dito, e no registro civil de pessoas jurídicas (*Lei dos Notários e Registradores comentada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125).

Com efeito, ressalva o art. 12 do referido diploma legal o seguinte:

Art.12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Veja-se que tal lei dispensa, textual e especificamente, a prévia distribuição territorial na atividade dos serviços de registros de títulos e documentos, e, ainda, que se possa questionar eventual invasão legislativa sobre matéria reservada ao legislador estadual (de organização judiciária); reafirma que as normas que definem as circunscrições geográficas são restritas às atividades dos oficiais de registros de imóveis e civis de pessoas naturais, excluindo-as da regra geral a que subsidiariamente se incluem os títulos e documentos.

Mais, no art. 9º, a Lei 8.935, de 1994, realça a exceção à regra, segundo a qual o tabelião de notas não poderá praticar atos fora do Município para o qual recebeu a delegação, limitando-se a se referir ao tabelião de notas, cuja delegação, serviço e atividade em nada se assemelham ao oficial registrador de títulos e documentos.

Como se sabe, em matéria de interpretação, não se ampliam as exceções, vedando-se ao intérprete distinguir onde não o fez a lei.

Mesmo na Lei 6.015, de 1973, não se encontra no Título dedicado ao Registro de Títulos e Documentos igual ou similar advertência expressa inserida, por exemplo, no art. 169 (ao tratar do registro de imóveis), ou nos arts. 50, 65, 67, 77, 89, 106 (ao disciplinar os diversos atos do registro civil de pessoas naturais) etc.

Além disso, lembro que, ante a ausência de expressa cominação de nulidade, em assunto de territorialidade, prevalece a prorrogação de "competências" (*recitius*: nas hipóteses mencionadas, com maior razão, simples atribuições), pois se trata de eventual vício relativo, que se prorroga e convalida.

A meu aviso, qualquer alteração no encaminhamento da solução para a matéria, nesse descortino, provirá de *lege ferenda*, com a devida vênua.

Ainda, de acordo com o escólio do renomado jurista Walter Ceneviva, em comentário ao art. 160 da

Lei 6.015, de 1973 (Lei dos Registros Públicos), em sua novíssima edição, não há impedimento algum de o oficial registrador do serviço de registro de títulos e documentos realizar notificações, avisos ou denúncias em Município ou Comarca diversa daquela para a qual recebeu delegação:

É dever do oficial notificar, com base em registro lançado em seus livros, pessoas indicadas pelo interessado, em atendimento a pedido escrito deste e resposta pelas custas. Pelo requerente serão apresentadas tantas vias quantas sejam as pessoas a notificar, mais uma, na qual será certificado o cumprimento.

[...]

376. Requisição a outros Municípios - A possibilidade de requisição é examinável à luz do direito administrativo, que lhe dá significado específico de medida pela qual uma autoridade exige da outra, de igual categoria ou inferior, que cumpra providência legal indicada. Faz-se por ofício, entregue mediante protocolo ou enviado pelo correio [...].

A alusão genérica a oficiais de registro não corresponde a significado amplo, compreensivo de todos os encarregados de serviços sujeitos ao registro da LRP. Cuida o artigo apenas dos oficiais de títulos e documentos, únicos aos quais podem ser requisitadas as providências referidas.

A divisão dos Estados em comarcas não impede, por exemplo, que a Lei do Parcelamento do Solo autorize a requisição de notificações em comarcas diversas, através do serviço de títulos e documentos.

377. Juízo de necessidade de notificação em Município diverso - Notificações necessárias são as que se destinam a atender ao pedido do apresentante. A necessidade, no caso, é resultado da avaliação do requerente, e não do oficial, que atenderá ao requerimento de modo estrito (*Lei dos Registros Públicos comentada*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349-350).

Observa-se que a Lei dos Registros Públicos não impede qualquer notificação por parte do oficial registrador para comarca diversa da que foi delegado.

Nesse descortino, com a devida e necessária vênua, utilizar o precedente oriundo do STJ no julgamento do REsp 682399/CE, conforme julgados deste Tribunal, revela desconhecimento da distinção entre tabelião de notas e oficial de registro, bem como da matéria relativa a registros públicos, o que é lamentável.

Não de outra forma que no próprio STJ há posicionamento consentâneo com a lei:

Civil. Notificação. Lei de Registros. Não se apresenta nula a notificação feita por carta do oficial público dirigida ao notificante, sem a intermediação de outro oficial, com atribuição no local de domicílio do notificando, até porque a regra do art. 160 da Lei de Registros Públicos não comina pena de nulidade, tanto mais quando o ato atingiu a sua finalidade (art. 244 do Código de Processo Civil) (AgRg no Ag 4.061/MG -

Rel. Ministro Dias Trindade - Terceira Turma - julgado em 04.12.1990 - DJ de 17.12.1990, p. 15.373).

Portanto, não há motivos para extinção do feito sem resolução do mérito, ao fundamento de ausência de notificação válida, considerando-se que a notificação juntada aos autos cumpriu a sua finalidade, pois a mora restou comprovada na esteira do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911, de 1969.

É certo que o oficial tem fé pública quanto à declaração de atos praticados em seu serviço e, no caso dos autos, certifica o titular do serviço de registro de títulos e documentos que o AR voltou dos correios com certidão de entrega no respectivo endereço.

Impende apontar que a certidão de f. 22-TJ afeta a bipolaridade do ônus probatório, cabendo ao devedor elidir a fé pública com prova de que não foi notificado em seu endereço, não podendo o Julgador subverter a presunção legal que decorre da função do oficial por iniciativa própria.

Registre-se que a notificação extrajudicial foi entregue no mesmo endereço constante do contrato, conforme documentos de f. 21/23 e 37-TJ, não exigindo a lei que seja entregue pessoalmente ao devedor. Mas, não obstante tal entendimento, no caso em apreço, verifico que a notificação foi recebida pessoalmente por um dos sócios, conforme se verifica dos documentos de f. 23 e 37-TJ.

Assim, verificado o preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão da liminar pleiteada, a teor do que dispõe o art. 2º e 3º, do Decreto-lei nº 911, de 1969, deve ser determinada a expedição de mandado, conforme requerido à f. 04-TJ, para a entrega em 24 (vinte e quatro) horas, do bem objeto da presente demanda, ou do equivalente à garantia em moeda corrente, acrescida dos encargos contratuais, multa, juros e inclusive custas processuais e honorários advocatícios, cuja inércia, culminará na consolidação da propriedade e posse plena do bem em favor da apelante, após decorrido o prazo de cinco dias da execução da liminar, ressalvando-se a impossibilidade de condenação do apelado à pena de prisão civil.

À luz dessas considerações, dou provimento ao recurso para anular a sentença recorrida que extinguiu o processo sem resolução do mérito, determinando a remessa dos autos ao primeiro grau, para o normal prosseguimento do feito, deferindo a liminar de busca e apreensão nos termos pleiteados à f. 04-TJ.

Custas recursais, ao final, pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS LINCOLN e DUARTE DE PAULA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E DEFERIRAM A LIMINAR.

...

Embargos de terceiro - Penhora - Imóvel pertencente à ex-mulher do executado - Ausência de averbação da separação judicial e da partilha do bem constricto - Negligência - Princípio da causalidade - Inversão do ônus da sucumbência - Pagamento das custas e dos honorários advocatícios pela embargante

Ementa: Processo civil. Embargos de terceiro. Penhora. Imóvel pertencente à ex-mulher do devedor/executado. Ausência da averbação da separação judicial e da partilha do bem constricto. Negligência da embargante. Princípio da causalidade. Inversão dos ônus da sucumbência. Recurso provido.

- A embargante/apelada foi negligente ao não proceder à averbação da sentença que homologou a sua separação judicial e partilha de bens pela qual ela passou a ser a proprietária exclusiva do imóvel penhorado, assumindo o risco de ver o bem que lhe pertencia sofrer eventual constrição judicial, como de fato ocorreu.

- Frise-se que não só o princípio da sucumbência está a orientar a condenação da parte no pagamento das custas e honorários advocatícios, como também o da causalidade.

- A regra da sucumbência, prevista no art. 20 do Código de Processo Civil, não se revela absoluta.

- O princípio da sucumbência cede lugar ao princípio da causalidade, o qual revela a ideia de que aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, ainda que vencedor, deve arcar com os encargos daí decorrentes. Esse raciocínio aplica-se no caso vertente, em que o terceiro deu causa à penhora, na medida em que deixou desatualizado o cadastro imobiliário em que todos fazem pesquisa com um razoável nível de segurança, em face do princípio da presunção de veracidade decorrente da fé pública que emana do registro público.

- Não tendo a embargante promovido a averbação da sentença que lhe concedia a propriedade única e exclusiva sobre o imóvel penhorado, dando ensejo à constrição judicial, deve arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios dos embargos de terceiro por ela opostos.

Deram provimento ao recurso de apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.501523-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Cecref - Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos

Empregados de Estabelecimentos Hospitalares de Belo Horizonte e Região Metropolitana Ltda. - Apelada: Marilda Gomes Dias - 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, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, 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, 28 de abril de 2010. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do apelo porque regular e tempestivamente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: a apelada opôs embargos de terceiro em face da execução promovida pela apelante contra seu ex-marido, argumentando que o imóvel penhorado no processo executivo lhe pertencia exclusivamente em razão de separação judicial com partilha de bens ocorrida antes mesmo do contrato que deu origem ao crédito executado. Sobreveio a r. sentença recorrida, que julgou procedente o pedido inicial, declarou insubsistente a penhora e condenou a embargada, ora apelante, no pagamento dos ônus da sucumbência, motivo do presente recurso.

Alega a cooperativa apelante, em apertada síntese, que a embargante deve arcar com as custas processuais e honorários de sucumbência, pois foi ela quem deu causa à ação ao não averbar na matrícula do imóvel constricto a separação judicial com partilha de bens.

Restringe-se o presente recurso, portanto, em saber a quem caberá os ônus da sucumbência em razão da procedência dos embargos de terceiro opostos pela parte ora apelada.

Pois bem. O revogado parágrafo único do art. 669 do Código de Processo Civil já dispunha que "Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor", sendo que tal norma foi reproduzida no atual § 2º do art. 655 do CPC pela Lei 11.382/06.

A intimação do cônjuge tem por objetivo alertar aquele que não integra o processo acerca do ato judicial, permitindo que ele, eventualmente, defenda sua meação.

Por isso, *a priori*, deveria a exequente/embargada, ora apelante, ter providenciado a intimação do cônjuge do executado.

Contudo, quando da penhora do imóvel noticiada nos autos - f. 14 -, a embargante/apelada já se havia

separado judicialmente do executado, o que restou incontroverso nos autos. Por isso, a providência acima destacada não seria exigível e até mesmo desnecessária, pois, de uma forma ou de outra, a oposição dos embargos de terceiro pela apelante seria inevitável.

Nessa ordem de ideias, tenho que a embargante/apelada foi negligente ao não proceder à averbação da sentença que homologou a sua separação judicial e partilha de bens pela qual ela passou a ser a proprietária exclusiva do imóvel penhorado, assumindo o risco de ver o bem que lhe pertencia sofrer eventual constrição judicial, como de fato ocorreu.

Frise-se que não só o princípio da sucumbência está a orientar a condenação da parte no pagamento das custas e honorários advocatícios, como também o da causalidade.

É a sucumbência o mais revelador e expressivo elemento da causalidade, pois, via de regra, o sucumbente é o sujeito que deu causa à ação; entretanto, impende ratificar, essa máxima não é absoluta, havendo situações em que imputar ao vencido, pelo fato objetivo da derrota, o ônus do pagamento das despesas processuais e honorários configura a mais profunda injustiça. (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13139>)

Vale dizer que a regra da sucumbência, prevista no art. 20 do Código de Processo Civil, não se revela absoluta. O princípio da sucumbência cede lugar ao princípio da causalidade, o qual revela a ideia de que aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, ainda que vencedor, deve arcar com os encargos daí decorrentes.

Esse raciocínio aplica-se ao caso vertente, em que o terceiro deu causa à penhora, na medida em que deixou desatualizado o cadastro imobiliário em que todos fazem pesquisa com um razoável nível de segurança, em face do princípio da presunção de veracidade decorrente da fé pública que emana do registro público.

Assim, não tendo a embargante promovido a averbação ou registro da sentença que lhe concedia a propriedade única e exclusiva sobre o imóvel penhorado, ao pé da matrícula, dando ensejo à constrição judicial, deve arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios dos embargos de terceiro por ela opostos.

Conclusão.

Com tais considerações, dou provimento ao apelo, para reformar parcialmente a r. sentença, apenas para inverter os ônus da sucumbência, que serão suportados exclusivamente pela embargante/apelada, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Condeno-a, ainda, ao pagamento das custas recursais, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e WAGNER WILSON.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alvará judicial - Alienação de bens de menores - Princípio constitucional do melhor interesse da criança - Art. 1.691 do Código Civil - Demonstração inequívoca da necessidade ou evidente interesse - Não ocorrência

Ementa: Alvará judicial. Venda de bem de menores. Prova da necessidade e interesse. Ausência. Manutenção da sentença.

- Para venda ou alienação de bens pertencentes a menores, nos moldes do art. 1.691 do CC, se faz necessária a autorização judicial, que só ocorrerá com a demonstração inequívoca da necessidade e evidente interesse em prol dos incapazes.

- Cabe ao Poder Judiciário zelar pela segurança e bem-estar dos menores de idade, em virtude do princípio da proteção e melhor interesse da criança e do adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0446.07.008023-4/001 - Comarca de Nepomuceno - Apelantes: João André da Costa e outro - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 4 de maio de 2010. - Sandra Fonseca - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Trata-se de recurso de apelação interposto por João André da Costa e outro contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Nepomuceno, que, nos autos do pedido de alvará, julgou improcedente o pedido de autorização judicial para venda dos bens descritos na inicial.

Em suas razões recursais de f. 45/48, afirmam que, em processos dessa natureza, devem ser valorizadas as

afirmações dos pais dos menores, porque só eles sabem e sentem as dificuldades pelas quais passam.

Salientam que a sentença é contrária ao interesse dos menores, pois, caso seja mantida, os filhos podem continuar passando por sérias dificuldades.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 71/78, opinando pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, porque atendidos os requisitos de admissibilidade.

A presente ação tem como objetivo a autorização mediante a concessão de alvará, para venda dos bens imóveis pertencentes aos menores requerentes, sob a alegação de melhora na vida dos mesmos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico deve proteger e preservar as crianças e adolescentes, tendo em vista a situação de fragilidade em que se encontram, frente ao seu desenvolvimento social, emocional e psíquico.

Nesse sentido, estabeleceu o legislador constituinte de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessarte, é cediço que, para venda ou alienação de bens em nome de menores, se faz necessária a autorização judicial, que só ocorrerá com a demonstração inequívoca da necessidade e evidente interesse dos incapazes, pois o Poder Judiciário tem o dever de zelar pela segurança e bem-estar deles.

Na verdade, a proteção aos menores se fundamenta no princípio constitucional do melhor interesse da criança, em sendo assim, o detentor do pátrio poder deve buscar assegurar a manutenção, proteção e o crescimento dos bens dos filhos, sendo vedada a dilapidação do patrimônio.

Dessa forma, a autorização judicial de venda ou alienação só é admitida em casos extremos e em que reste comprovado que a não concessão coloca em risco a vida condigna da prole.

Nesse sentido disciplina o art. 1.691 do Código Civil:

Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Ao comentar o citado artigo, esclarece o livro *Comentário ao Código Civil*, 3. ed., Editora Manole, sob

a coordenação do Ministro Cezar Peluso, p.1.834-1.835:

A lei impõe limitações ao poder de administração dos pais em relação ao patrimônio dos filhos menores. Os pais não poderão alienar, gravar de ônus reais os bens imóveis dos menores não emancipados, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites do poder de administração que detêm.

O que o legislador buscou foi a proteção do patrimônio dos filhos em razão de uma eventual má administração dos pais, que implicasse a redução do patrimônio dos menores [...]. A autorização do juiz será concedida quando a necessidade (por exemplo, vende-se para os filhos subsistirem, para comprarem alimentos, para o atendimento de despesas médicas e hospitalares) e o interesse da família (por exemplo, adquirir outro bem ou investir o dinheiro em negócio mais seguro e rendoso) recomendarem a prática de tais atos, sendo que quaisquer das situações deverão ser comprovadas em juízo.

Assim, para a concessão da autorização judicial para venda do bem em nome dos incapazes, é absolutamente necessária a comprovação da real necessidade - necessidade essa que ponha em risco o desenvolvimento e a vida dos menores -, ou a reversão desse imóvel em outro bem ou aplicação financeira mais vantajosa.

A jurisprudência deste Tribunal ratifica esse posicionamento:

Alvará judicial. Alienação. Bem de menor. Requisitos. Ausentes. - Para a expedição de alvará judicial, com o objetivo de autorizar a alienação de bem imóvel de menor, necessário que se comprove, de forma inequívoca, a necessidade da venda e sua reversão em prol dos interesses do menor. Ausentes os requisitos, a improcedência do pedido é inevitável. Nega-se provimento à apelação (Apelação Cível nº 1.0431.05.020146-3/001, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 10.08.2006).

Alvará judicial. Venda de bem de menor. Estrita observância ao art. 1.691 do Código Civil. Sendo dever dos detentores do pátrio poder zelar pela proteção do patrimônio de seus filhos incapazes, não podem alienar os bens imóveis destes, salvo em casos de comprovada necessidade ou evidente interesse do menor, mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 1.691 do Código Civil (Apelação Cível nº 1.0611.04.009186-4/001, Rel. Des. Duarte de Paula, j. em 11.08.2005).

No caso dos autos, não obstante a alegação do genitor de que a venda requerida é em prol dos menores, sendo a mesma necessária para que vivam dignamente, tal fato não restou comprovado nos autos, o que enseja a improcedência do pedido.

Ora, a simples alegação não dá margem à autorização, sendo necessários fundamentos para o deferimento da pretensão.

Lado outro, não cabe a discussão acerca da verdade das alegações trazidas pelos pais dos menores, necessitando, para deferimento do alvará, da demons-

tração de fatos inequívocos, o que não ocorreu nos autos.

Ante os fundamentos expostos, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão de primeira instância. Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Crime contra o meio ambiente - Art. 225, § 3º, da Constituição Federal - Dano real e potencial - Obrigação de reparar e/ou indenizar - Art. 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81 - Regeneração natural da vegetação afetada - Dano recuperável - Averbação da reserva legal - Dever de indenizar - Inadmissibilidade - Voto vencido

Ementa: Ação civil pública ambiental. Desmatamento. Dano recuperado. Medidas preventivas e compensatórias. Indenização. Inadmissibilidade.

- Sendo o dano totalmente recuperável, tendo havido, inclusive, regeneração natural dos espécimes suprimidos, bem andou o magistrado singular ao determinar a averbação da reserva legal, bem como a medida preventiva, determinando ao réu que se abstenha de efetuar nova intervenção na área, não havendo que se falar em indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.07.024168-4/001 - Comarca de Mariana - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Martinho Diniz Pereira - 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, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2010. - Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de "ação civil pública ambiental" ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Martinho Diniz Pereira, alegando que o réu, sem qualquer autorização de órgão ambiental, desmatou área de aproximadamente 1,0 (um) hectare de mata nativa, na localidade de Maiador, Fazenda da Palha, Distrito de Camargos, zona rural de Mariana/MG, requerendo, por isso, a procedência do pedido, com a condenação do requerido ao pagamento de indenização, bem como o reflorestamento da área danificada.

O MM. Juiz de primeiro grau, às f. 48/53, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o requerido "em não mais proceder a qualquer interferência na área, salvo aquelas referentes à sua manutenção e cuidados ou mediante autorização prévia, por quem de direito [...]". Em proceder à devida averbação da reserva legal de sua propriedade, de acordo com o art. 16 da Lei Estadual de nº 14.309/02", e "em apresentar nos autos, após o período de 12 (doze) meses, laudo de vistoria confeccionado pelo IEF local, a fim de comprovar o adimplemento dos itens supradeterminados" (f. 53).

Inconformado, apelou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (f. 54/59), em síntese, que

[...] a legislação vigente impõe ao causador de dano ambiental a reparação integral do mesmo, determinando ademais que, na impossibilidade de sua *restituto in integrum*, deve o autor da lesão (predador) proceder ao pagamento de indenização pecuniária, a título de danos materiais, visando à necessária e justa compensação do prejuízo constatado (f. 58).

Pugna pelo provimento do recurso, com a condenação do réu ao pagamento de indenização.

Contrarrazões às f. 61/63.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais apresentou parecer às f. 71/76, opinando pelo provimento do recurso.

Revelam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou "ação civil pública ambiental" em face de Martinho Diniz Pereira, pretendendo a condenação do requerido ao pagamento de indenização e o reflorestamento da área desmatada, tendo o Magistrado singular julgado parcialmente procedente o pedido inicial, o que motivou o presente recurso.

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, dedicou ao meio ambiente o Capítulo VI do Título III, relativo à ordem social, no qual foram estabelecidos diversos princípios.

A Carta Maior, ao elevar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de bem de uso comum

do povo, trouxe explicitada a importância da manutenção do ambiente para a qualidade de vida do indivíduo, estabelecendo no § 3º do art. 225 que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

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

O dispositivo constitucional aponta a coexistência de duas modalidades de imposições: sanções de natureza penal e administrativa, que se caracteriza pela imposição de um castigo ao degradador e a obrigação de reparar, que se reveste de caráter diverso, já que tem em vista, na medida do possível, a recomposição do que foi destruído.

O dispositivo constitucional não admite uma compreensão restritiva quanto ao conceito de dano ambiental, abrangendo não só o dano real, mas também o dano potencial, aplicando-se os princípios da cautela e da prevenção, já que o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável deve ser entendido também em relação às gerações futuras.

Quanto à reparação ambiental e ao dano indenizável, o doutrinador Rui Stoco preleciona:

A reparação do dano ambiental pode consistir na indenização dos prejuízos, reais ou legalmente presumidos, ou na restauração do que foi poluído, destruído ou degradado. A responsabilização do réu pode ser repressiva da lesão consumada ou preventiva de sua consumação iminente.

Obtempera Hely Lopes Meirelles que 'melhor será, sempre, a ação preventiva, visto que há lesões irreparáveis *in specie*, como a derrubada ilegal de uma floresta nativa ou a destruição de um bem histórico, valioso pela sua origem e autenticidade. Daí por que a lei da Ação Civil Pública admite a condenação em obrigação de 'fazer' ou de 'não fazer' (art. 3º). Em qualquer hipótese, a responsabilidade do réu é solidária, abrangendo todos os que cometeram ou participaram do fato lesivo (Proteção ambiental e ação civil pública, RT 611/11).

Também Édís Milaré observou em sua excelente obra que o Direito Ambiental tem três esferas básicas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva, e que

a reparação e a repressão ambiental representam atividade menos valiosa que a prevenção. Aquelas cuidam do dano já causado. Esta, ao revés, tem sua atenção voltada para o momento anterior, o de mero risco. Na prevenção, há ação inibitória. Na reparação, remédio ressarcitório (*Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000, p. 333) (*Tratado de responsabilidade civil*: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed., São Paulo: RT, p. 660).

Ao lado dos dispositivos constitucionais, a legislação infraconstitucional traz regras que se explicitam como diretrizes especificamente dirigidas à preservação de um ambiente saudável, impondo sanções a seus degradadores.

Assim, a Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, determina no art. 2º e no art. 4º, inciso VII:

Art 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

[...]

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.

E, ainda, prevê o art. 14 da mesma legislação que:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causa-

dos ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Ainda, estabelece o art. 38 da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Portanto, reafirma-se da análise de referidos dispositivos legais que a proteção ao meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro é matéria constitucional, prescrevendo normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos cidadãos, sendo os infratores obrigados a reparar os danos causados, independentemente das infrações penais e administrativas.

Assim, na ação civil pública ambiental, o Ministério Público não discute, necessariamente, a legalidade da conduta do réu, mas, como no caso em espeque, pugna pela reparação dos danos causados ao meio ambiente, ou mesmo quanto à potencialidade de sua ocorrência.

No caso dos autos, verifica-se que foi realizado laudo pericial pelo Instituto Estadual de Florestas, tendo o *expert* afirmado positivamente ao item de que “houve regeneração natural dos espécimes suprimidos”, esclarecendo que “a vegetação local se encontra em estágio inicial de regeneração natural, estando satisfatória até o momento”, havendo a “possibilidade de recuperação da biota afetada” (f. 32).

Com efeito, sendo o dano totalmente recuperável, tendo havido, inclusive, regeneração natural dos espécimes suprimidos, bem andou o Magistrado singular ao impedir nova interferência no local, a não ser a relativa a cuidados e manutenção, além de determinar a averbação da reserva legal.

Dessa forma, entendo que, no caso em espeque, inadmissível a condenação do requerido ao pagamento de indenização, já que as medidas de prevenção e compensação tomadas pelo Magistrado singular são capazes de reparar completamente o dano causado ao meio ambiente, tendo o Engenheiro Florestal esclarecido que “o dano é recuperável”, deixando, por isso, de determinar um valor pecuniário para o dano ocorrido (f. 32), havendo necessidade apenas de uma conduta preventiva em razão da interferência do proprietário, a qual restou observada em determinando o Magistrado singular que o requerido comprove, através da juntada de laudo de vistoria confeccionado pelo IEF, que a área foi regenerada.

Ainda e para finalizar, há de se consignar que as questões que envolvem o meio ambiente são sempre polêmicas, mas não de ser discutidas sem preconceitos, já que é necessário haver a compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção e preservação do meio ambiente, propiciando sempre a melhoria da qualidade de vida no Planeta.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

DES. BITENCOURT MARCONDES - No presente caso, ousou divergir da il. Relatora quanto ao pagamento da indenização.

O *Parquet* sustenta que, não obstante a ocorrência da recuperação ambiental da área, a indenização é devida, pois teria o desiderato de desestimular o ofensor, impedindo-o de praticar novos atos de desmatamento. Ademais, havendo dano ambiental, deve ser ele integralmente reparado.

A presente ação civil pública foi ajuizada pelo apelante, narrando a existência de supressão, pelo apelado, de vegetação nativa integrante de área de preservação permanente, requerendo a condenação do recorrido a reflorestar a área e não mais alterá-la, bem como ao pagamento de indenização.

A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo o pedido de indenização sido afastado pelo Juízo singular, ao fundamento de que, uma vez constatada a reparação *in natura*, isto é, pela recuperação da área desmatada, não caberia a condenação de natureza pecuniária.

A sentença está a merecer reforma.

Hodiernamente, consagrou-se, no âmbito da responsabilidade civil, o conceito da restituição integral, de acordo com o qual a reparação a ser exigida do causador do dano deve ser apta a restabelecer integralmente a situação anterior.

O princípio em comento é, todavia, de difícil dimensionamento, especialmente na seara do direito ambiental, tendo em vista a impossibilidade, muitas vezes, de se reparar, *in natura*, o dano causado, pois este, conforme cediço, pode ser, e comumente é, indelével.

Assim, a solução encontrada pela legislação é determinar que a reparação do dano seja feita de diversas maneiras, tantas quantas necessárias para se alcançar a *restitutio in integrum*.

Na espécie, a perícia judicial, realizada por analista ambiental do Instituto Estadual de Florestas, constata a existência de reparação *in natura*, malgrado esteja esta ainda em curso.

Isso não impede, todavia, a condenação do agressor ao pagamento de indenização, tendo em vista a finalidade coibitiva do instituto em comento.

Vale dizer, a restituição está se dando naturalmente, sem a intervenção humana, pois o infrator desmatou, mas, diante da ação do Estado, não fez a destoca, daí por que a biomassa está se recompondo; nesse contexto, a ausência de condenação à indenização funciona como incentivo ao desmatamento, não se coibindo a ação de desmatar, mas tão somente a impossibilidade de regeneração natural da área.

Ademais, conforme exposto alhures, o dano ambiental é, no mais das vezes, indelével, pois, ainda que haja, a longo prazo e de maneira natural, a recomposição da área, não se pode ignorar o período em que esta ficou desfigurada, privando a coletividade das benesses dali advindas.

Acerca da matéria, é a lição de Paulo Affonso Lemes Machado, in verbis:

[...] não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais. Desse modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81). Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior (MACHADO, Paulo Affonso Lemes. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 341).

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação civil pública. Desmatamento em área de preservação permanente. Regeneração natural da área. Subsistência da obrigação de indenizar. Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. Constatado o desmatamento ilegal de área de preservação permanente, mesmo que a área se encontre em processo de regeneração natural, subsiste a obrigação de indenizar os danos causados. Tal indenização tem como parâmetros o dano provocado e a condição financeira do agente. Todas as medidas para possibilitar a ampla recuperação da área degradada devem ser tomadas pelo agente poluidor (TJMG, AC nº 1.0400.04.012172-7/001, 7º CACIV, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 26.08.2008).

Ação civil pública. Desmatamento em área de preservação permanente. Regeneração natural parcial. Subsistência da obrigação de indenizar. Art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Constatado o desmatamento ilegal de área de preservação permanente, mesmo que a área se encontre em processo de regeneração natural, subsiste a obrigação de indenizar os danos causados. Tal indenização tem como parâmetros o dano provocado e a condição financeira do agente. Dá-se provimento ao recurso (TJMG, AC nº 1.0400.02.006256-0/001, 4º CACIV, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 16.03.2006).

Ação civil pública. Desmatamento próximo à nascente d'água. Atentado contra a natureza. Dano ambiental comprovado através de laudo pericial. Obrigações positivas impostas ao infrator, traduzidas em indenização pecuniária e na obrigação de cerceamento da área desmatada. Efeito pedagógico necessário. Recurso provido (TJMG, AC nº 1.0400.04.012377-2/001, 5º CACIV, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. em 23.02.2006).

Nesse contexto, deve o infrator ser condenado ao pagamento de indenização, para reparar os danos causados ao meio ambiente.

Na espécie, levando-se em conta o fato de a área estar se regenerando, bem como a condição econômica do apelado, a condenação deve ser fixada em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), quantia a ser destinada ao Fundo de Direitos Difusos.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o apelado ao pagamento de indenização, fixada em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), destinada ao Fundo de Direitos Difusos.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Servidor público - Férias-prêmio - Gozo - Não ocorrência - Aposentadoria por invalidez - Conversão - Pagamento em pecúnia - Estatuto - Omissão - Direito adquirido - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Direito administrativo. Servidor público. Férias-prêmio. Direito adquirido. Aposentadoria por invalidez. Conversão em pecúnia. Possibilidade. Recurso provido.

- Tendo a servidora pública direito adquirido às férias-prêmio, se não as gozou no tempo oportuno em razão de ter se aposentado precocemente por invalidez, faz ela jus à conversão em pecúnia, ainda que omissa o Estatuto dos Servidores Públicos do Município, sob pena de a Municipalidade incorrer em locupletamento ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.08.084867-3/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Maria das Graças Vaz de Assis - Apelado: Município de Rodeiro - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Edgard Penna Amorim, 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, 22 de abril de 2010. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Trata-se de apelação interposta por Maria das Graças Vaz de Assis contra a r. sentença proferida nos autos da ação indenizatória proposta em face do Município de Rodeiro, que julgou improcedente o pedido de conversão das férias-prêmio não gozadas em espécie, sob o fundamento de ausência de previsão legal, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais) (f. 95/97).

Inconformada com o teor da decisão primeva, apelou a autora às f. 98/104, requerendo, em apertada síntese, o pagamento das férias-prêmio em espécie.

Houve apresentação de contrarrazões pelo Município às f. 106/108.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ab initio, impõe registrar que a Lei nº 809/03, Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Rodeiro, em seu art. 60, § 4º, acerca das férias-prêmio, dispõe, *in verbis*:

Art. 60 [...]

§ 4º O servidor efetivo fará jus a férias-prêmio, com duração de 03 (três) meses, adquiridas a cada período de 05 (cinco) anos de efetivo exercício no serviço público municipal.

Não há controvérsia no caderno processual no que tange ao direito da apelante a 5 (cinco) períodos de férias-prêmio, cingindo-se a discussão somente quanto à possibilidade ou não de conversão das referidas férias em espécie, haja vista a omissão legal.

Exsurge claro que a licença-prêmio se encontra prevista no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Rodeiro, e, ao que tudo indica, a apelante somente não pôde usufruir de suas férias-prêmio, uma vez que se aposentou precocemente por invalidez.

Como se vê, a apelante, por questões de saúde não teve a oportunidade de gozar de suas férias-prêmio, daí, se não teve o direito de exercitá-las, a sua indenização em espécie é medida que se impõe, aplicando-se ao presente o princípio que rege todo o sistema jurídico, que proíbe o locupletamento ilícito.

Em que pese a legislação municipal não prever, de forma expressa, o direito do servidor a receber as férias-prêmio não gozadas em espécie, não me resta dúvida de que aquelas já se incorporaram ao patrimônio do servidor, configurando direito adquirido, devendo recebê-las em pecúnia, visto que não as exercitou por motivos

alheios à sua vontade, no caso, aposentadoria por invalidez.

Sobre o direito adquirido, esclarece a mais abalizada doutrina:

[...] Diz-se direito adquirido aquele que já se incorporou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem a norma, nem fato posterior posam alterar situação jurídica já consolidada sob sua égide. Entenda-se situação jurídica como um conceito que não suplanta o de relação jurídica. Deveras, a pluralidade de situações jurídicas vividas por um sujeito implica pluralidade de relações jurídicas [...]. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 232.)

Em se tratando de direito adquirido, e uma vez que se aposentou por invalidez, não me resta dúvida de que a apelante deve ter suas férias não gozadas convertidas em espécie, sob pena de gerar um injurídico enriquecimento sem causa do Município.

Isso posto, mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para determinar ao Município de Rodeiro que pague à apelante, em espécie, o correspondente aos períodos de férias-prêmio a que tem direito.

Inverta-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e FERNANDO BOTELHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Agravo de instrumento - Execução/cumprimento de sentença - Município - Exclusão da lide - Pagamento do débito - Intimação - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução/cumprimento de sentença. Município. Exclusão da lide. Intimação para o pagamento do débito. Impossibilidade. Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0079.04.172812-6/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Município de Contagem - Agravado: Anderson Luiz Vieira, Funec - Fundação de Ensino de Contagem - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Almeida Melo, 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 2010. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - O Município de Contagem agrava da r. decisão de f. 08/11-TJ, que, em autos de execução/cumprimento de sentença, determinou a inclusão do recorrente no polo passivo da lide, bem como sua intimação para depositar, no prazo de 10 (dez) dias, os honorários informados à f. 89 dos autos de origem.

Busca a reforma da decisão, argumentando, em síntese, que teria sido excluído da lide por ilegitimidade passiva, o que foi confirmado no julgamento do recurso de apelação por este Tribunal. Afirma que a Funec possui administração, personalidade jurídica e patrimônio próprios. Sustenta que não poderia, depois de sua exclusão, ser novamente incluído na lide em sede de embargos à execução. Formula, ao final, pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

O feito foi distribuído, inicialmente, ao em. Des. Dárcio Lopardi Mendes, em decorrência do fato de que aquele Relator se encontrava, à época, em gozo de férias individuais. A liminar recursal foi indeferida às f. 112/113, tendo sido determinado, ainda, o processamento do feito.

O MM. Juiz de primeiro grau prestou informações de f. 118.

Sem resposta o recurso.

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

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade e satisfeitas as disposições dos arts. 524 e 525 do CPC.

A meu sentir, merece acolhida a tese recursal.

No caso, verifica-se que foi ajuizada por um dos recorridos, o Sr. Anderson Luiz Vieira, uma ação ordinária pleiteando o direito ao recebimento de verbas salariais. A sentença proferida, em primeiro grau, determinou a exclusão do Município recorrente da lide, consignando que: "Não há responsabilidade do Município por atos ou omissões de fundações, ainda que o Município contribua e mantenha com exclusividade uma delas, ante a autonomia das fundações" (f. 14-TJ). Essa decisão foi mantida por este egrégio Tribunal de Justiça, conforme se verifica do acórdão de f. 17/21-TJ.

Diante disso, foi intentada pelo primeiro recorrido a execução da sentença proferida contra a mencionada fundação. Foram apresentados embargos à execução

(f. 22/24-TJ), tendo sido estes julgados pela decisão de f. 80/84-TJ. Em seguida, a Contadoria Judicial apresentou a planilha referente aos valores devidos - f. 89-TJ, que foram homologados pela decisão de f. 95-TJ. Foi determinada a citação, bem como a intimação do recorrente para efetuar o pagamento do débito.

O il. Magistrado fundamentou sua decisão de inclusão do Município na lide no fato de que teria ele criado a mencionada fundação para desempenhar serviços na área de ensino médio, considerando, ainda, que, em caso de extinção, seu patrimônio será revertido para o recorrente.

Não adoto o entendimento de primeiro grau. O Município recorrente foi excluído da lide quando do julgamento da ação ordinária, por entender o douto Juiz que não havia relação entre o recorrente e o autor da demanda. Essa decisão foi mantida.

Dessa forma, não vejo como determinar, agora, na fase de execução, seja o Município reincluído no feito, devendo arcar com o pagamento do valor devido. A condenação foi dirigida somente à Funec, ora recorrida, que, conforme se verifica, detém personalidade jurídica e patrimônio próprios, possui legitimidade, inclusive, para figurar no polo passivo da ação ajuizada por seus servidores. A discussão quanto à responsabilidade do Município de Contagem, no caso, foi encerrada pela sentença proferida em primeiro grau e mantida por este Tribunal.

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para cassar a decisão agravada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Depósito judicial - ISS - Responsável tributário - Direito do contribuinte

Ementa: Agravo de instrumento. Tributário. Depósito judicial. ISSQN. Responsável tributário. Direito do contribuinte. Recurso provido.

- O depósito do valor integral do tributo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do Código Tributário Nacional), constitui faculdade do devedor.

- A forma de arrecadação do ISSQN estabelecida pelo Município, isto é, mediante recolhimento pelo tomador

de serviços por ocasião da emissão da nota fiscal, não pode servir de óbice ao exercício do direito do contribuinte em realizar o depósito do montante integral do tributo, com o escopo de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0105.09.297466-3/002 - Comarca de Governador Valadares - Agravantes: Laboratório Carlos Chagas Ltda. e outros - Agravado: Município de Governador Valadares - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edgard Penna Amorim, 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, 22 de abril de 2010. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada, interposto por Laboratório Carlos Chagas Ltda. e outros, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Roberto Apolinário de Castro, da 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face do Município de Governador Valadares, indeferiu o pedido formulado no sentido de que a Unimed deposite, mensalmente, pelo valor exigido na legislação de regência, o ISS destacado e retido nas faturas por ela emitidas em razão de serviços que lhe forem prestados pelos agravantes.

Decisão às f. 201/202 recebendo o agravo e concedendo a tutela antecipada recursal.

Informações à f. 206.

Contraminuta apresentada pelo Município às f. 208/209, manifestando-se favoravelmente ao pedido formulado no presente agravo.

É o relatório.

Pleiteia a reforma da decisão indeferitória do pedido formulado na ação declaratória, no sentido de determinar que a Unimed deposite, mensalmente, pelo valor exigido na legislação de regência, o ISS destacado e retido nas faturas emitidas em razão dos serviços que lhe forem prestados pelos agravantes.

O MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido, aos seguintes fundamentos:

[...] a ação é proposta contra o Município de Governador Valadares, objetivando a abertura de conta judicial para depósito do ISS que entendem devido, não tendo a Unimed

qualquer obrigação de cumprir o que se pretende até porque tal pedido não foi postulado na inicial, e não se trata de depósito, mas de desconto obrigatório a cargo da Unimed. Não foi pedido na inicial que os valores devidos pela Unimed também fossem depositados judicialmente, sendo de feso inovar o pedido inicial, tendo em vista que já houve citação.

[...]

Referida decisão, *data venia*, merece reforma.

Isso porque o depósito do valor integral do tributo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do Código Tributário Nacional), constitui faculdade do devedor, conforme jurisprudência pacífica dos Tribunais pátrios, ressaltando-se que, no caso em tela, já fora deferido pedido de depósito dos valores do ISSQN e acessórios, conforme se verifica pelo acórdão proferido pela 8ª Câmara (Agravo de Instrumento nº 1.0105.09.297466-3/001), no âmbito do qual atuei como Primeiro Vogal.

O fato de o ISSQN ser recolhido pela Unimed na condição de tomadora de serviços, conforme se depreende da nota fiscal acostada à f. 248, não retira, a meu ver, o direito subjetivo das agravantes da realização do depósito.

Com efeito, a Unimed, ao recolher o tributo, está agindo como responsável tributário, o que não afasta a condição das agravantes de contribuintes de direito e de fato do ISSQN, tanto que o valor retido é descontado da quantia paga pela prestação dos serviços.

Assim, a forma de arrecadação do ISSQN estabelecida pelo Município, isto é, mediante recolhimento pelo tomador de serviços por ocasião da emissão da nota fiscal, não pode servir de óbice ao exercício do direito do contribuinte de realizar o depósito do montante integral do tributo, com o escopo de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Os fundamentos utilizados pelo MM. Juiz *a quo* na decisão objurgada, *data venia*, não são capazes de impedir o depósito, primeiro, porque não há falar em alteração da pretensão deduzida em juízo, porquanto, conforme dito alhures, as agravantes pleitearam, na inicial, a realização do depósito com fulcro no art. 155, II, do Código Tributário Nacional; segundo, porque a Unimed atua tão somente como responsável tributário, recolhendo o imposto na condição de tomadora de serviços e repassando o ônus para os contribuintes por meio de desconto sobre a quantia paga pelo serviço. Pode-se dizer, portanto, que é mera arrecadadora do tributo, não possuindo interesse jurídico nem econômico no presente feito, sendo irrelevante o fato de ser terceira, estranha à relação processual instaurada com a propositura da ação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Ementa: Tributário - Processual civil - ISS - Retenção - Substituição tributária - Suspensão - Depósito - Recurso especial - Destrancamento - Cabimento.

1. A redação do § 3º do art. 542 do CPC, incluído pela Lei nº 9.756/98, no sentido de que os recursos especiais contra decisão interlocutória devem ficar retidos, e somente processados caso a parte os reitere, no prazo para interposição do recurso contra a decisão final, possui temperamentos diante do poder geral de cautelar do julgador.

2. Em determinadas circunstâncias, quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deve-se destrancar o recurso, determinando o seu encaminhamento à Corte competente para seu julgamento. Do contrário, poderia ocorrer uma prestação jurisdicional ineficaz, porquanto o provimento proferido no recurso contra a decisão final de nada adiantaria ao recorrente ou, talvez, já tivesse consumado lesão grave ou irreversível.

3. O depósito judicial, nos termos do art. 151, II, do CTN, tem o caráter de suspender a exigibilidade do crédito tributário, sendo uma faculdade do contribuinte fazê-lo.

4. A suspensão da retenção, por substituição tributária, do ISS incidente sobre os serviços prestados pela contribuinte, para fins de possibilitar o depósito judicial dos valores controvertidos, tem respaldo legal (art. 151, II, do CTN) e em nada prejudicará o Fisco, que poderá resgatar tais valores no final do processo. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão agravada e determinar o destrancamento do recurso especial retido na origem.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o depósito dos valores recolhidos pela Unimed, a título de ISSQN, relativamente aos serviços prestados pelas agravadas, ressaltando que o cumprimento da ordem judicial de depósito será realizado mediante notificação do responsável tributário (Unimed) pelo Município.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

DES. FERNANDO BOTELHO - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, só lhe pedindo licença para ressaltar meu entendimento de que os agravantes seriam contribuintes de fato do imposto e de que a Unimed possuiria, em tese, interesse jurídico e econômico na demanda.

Essas observações, contudo, não têm o condão de afastar a conclusão de que deve ser assegurado aos agravantes o direito de depositar os valores controvertidos.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso nos termos do dispositivo do voto do em. Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Tributário - Certidão de regularidade fiscal - Cautelar mediante caução - Garantia do crédito tributário, sem suspensão de sua exigibilidade - Art. 206 do Código Tributário Nacional - Admissibilidade

Ementa: Tributário. Certidão de regularidade fiscal. Cautelar preparatória mediante caução. Art. 206 do Código Tributário Nacional. Falta de comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

- É possível o ajuizamento de ação cautelar mediante caução para garantia do crédito tributário, com o fim de obter certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, sem suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

- O bem oferecido em ação cautelar com fins de garantir o débito fiscal, para obter liminar que determine a expedição de certidão de regularidade fiscal em favor do contribuinte, deve ser apto para garantir a integralidade da dívida.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.654978-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravada: Nacional Gas Butano Distribuidora Ltda. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2010. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado de Minas Gerais nos autos de ação cautelar que lhe move Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. contra decisão da lavra do il. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado que deferiu a liminar requestada pela ora agravada, assegurando-lhe a obtenção de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa mediante oferecimento de caução (f. 95/97-TJ).

Pede o agravante seja conferido efeito suspensivo ao recurso para afastar o cumprimento da decisão interlocutória que deferiu a liminar. Requer seja o recurso provido, ao final, para cassar, em definitivo, a decisão recorrida. Para tanto aduz, em apertada síntese, ser impossível suspender-se a exigibilidade do crédito tributário sem garantia adequada e a ausência dos requisitos da pretensão cautelar.

Recebido o recurso às f. 106/107-TJ, foi indeferido o efeito suspensivo e determinada a intimação da agravada.

Diante da promoção de f. 109-TJ, informando que os advogados elencados pelo agravante como procuradores da agravada não correspondiam aos subscritores dos documentos de f. 23-TJ e procuração de f. 26-TJ, determinei a correção da autuação e republicação da decisão de f. 106/107-TJ, ficando reaberto o prazo para apresentação da contraminuta.

As f. 114/118-TJ, a agravada apresentou contraminuta pelo desprovemento do agravo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da análise das razões recursais, concluo por que o inconformismo do agravante não merece provimento.

Antes de evidenciar as razões conclusivas deste voto, contudo, é importante tecer breves considerações acerca da matéria discutida.

Relevante esclarecer, neste contexto, que entendo haver diferença entre um pedido de expedição de certidão de regularidade fiscal e um pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

É bem verdade que, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, faz jus o contribuinte à obtenção de certidão de regularidade fiscal, a teor do art. 206 do CTN, parte final. No entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário traz consequências outras, além do direito à certidão, tal como, "v.g", a impossibilidade de a Fazenda Pública tomar quaisquer medidas tendentes a exigir o crédito tributário do contribuinte. A título de ilustração, o seguinte julgado do eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Processo civil. Execução fiscal. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Estando o crédito tributário suspenso, não pode ser proposta ação de execução fiscal para cobrança dessa mesma dívida (TRF 1ª Região, 3ª Turma. REO 96.01.33020-8/GO, rel. Juiz Tourinho Neto, ago/1997, in PAULSEN, Leandro. *Direito tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 883).

Pela via inversa, vale frisar que as certidões de regularidade fiscal podem ser obtidas pelo contribuinte em decorrência de razões outras - não só em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário - como, por

exemplo, em virtude da existência de penhora regular em ação executiva, nos termos do art. 206 do CTN, *in verbis*:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetiva a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Neste ensejo, resta evidente que o juiz está legalmente habilitado a determinar a expedição de certidão de regularidade fiscal em prol do contribuinte - sem suspensão da exigibilidade do crédito tributário - quando o pedido fundar-se em relevantes razões.

Nada obsta, por exemplo, o ajuizamento, como é o caso, de ação cautelar mediante caução para garantia do crédito tributário, com o fim de obter certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, sem suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Neste sentido, o seguinte precedente do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que esposa entendimento que vem sendo referendado pelo col. Superior Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Tributário. Ação cautelar. Caução para garantia do crédito tributário. Certidão positiva com efeitos de negativa (art. 206 do CTN). Possibilidade.

1. Perfeitamente cabível o procedimento do devedor que, em face de crédito tributário contra si lançado, mas ainda não objeto de executivo fiscal em que se possa perfectibilizar a penhora, propõe ação cautelar que visa caucionar aquele crédito e, à semelhança dos efeitos que gerariam a penhora, permitir a concessão da certidão positiva com efeitos de negativa estampada no artigo 206 do CTN. 2. A caução assim autorizada não se confunde com o depósito judicial do valor controverso (art. 151, inciso II, CTN) e, pois, não se subordina às condições deste (Súmula 112, STJ). Tampouco obsta o ajuizamento da execução fiscal, porque de causa suspensiva da exigibilidade não se trata, pois configura prévia constrição sobre bens do devedor (TRF da 4ª Região, 1ª Turma, unânime, AI 1999.04.01.090207-3/RS, rel. Des. Fed. Wellington M. de Almeida, ago, 2002) .

Neste ensejo, tenho admitido, em tese, o oferecimento de bens em ação cautelar como garantia de dívida tributária, em antecipação de penhora em execução fiscal, assegurando ao contribuinte a expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, sem suspensão de exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 206 do CTN. No presente caso, a garantia oferecida (f. 100-TJ) revela-se, *prima facie*, apta para cobrir a integralidade da dívida, não havendo motivos para indeferimento da expedição da certidão de regularidade fiscal, desde que não haja outras pendências em nome da agravada.

O *periculum in mora* tampouco se manifesta, porquanto o aguardo do ajuizamento de ação de execução fiscal, sem o amparo da certidão de regularidade fiscal, seria ainda mais grave para a recorrida, dadas as consequências deletérias que poderiam advir da circunstância.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão de f. 95/97-TJ, confirmando o direito de a agravada obter certidões de regularidade fiscal em razão do débito consubstanciado no PTA nº 01.000158526-34.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Violação de sepultura - Inumação de desconhecido em jazigo perpétuo de outrem - Guarda do cadáver - Dever contratual do Município - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Má administração - Responsabilidade objetiva - Dano moral - Dever de indenizar - Fixação - Efeito repressivo e pedagógico - Satisfação da vítima - Enriquecimento sem causa - Não ocorrência

Ementa: Ação de indenização. Juntada de documento após a inicial. Art. 397, do CPC. Violação de sepultura. Inumação de terceira pessoa em jazigo perpétuo. Responsabilidade civil da Administração configurada. Danos morais. Critério de fixação.

- É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

- Diante da violação do seu dever contratual de guarda do cadáver, torna-se inequívoco o dever do Município de indenizar o dano-moral decorrente da violenta dor causada pela surpresa de se constatar que terceira pessoa foi enterrada no mesmo local onde se encontrava ente querido do qual a autora velava, cujo jazigo foi adquirido a título de perpetuidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.09.087942-4/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Município de Ritópolis - Apelada: Arlete Aparecida da Silva Santos - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edilson Fernandes,

incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2010. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 64/68, proferida nos autos da ação de indenização ajuizada por Arlete Aparecida da Silva Santos em face do Município de Ritópolis, que julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora indenização por dano moral no valor de R\$ 8.300,00, assim como nos honorários advocatícios fixados em R\$ 600,00.

Em suas razões, o apelante sustenta preliminar de cerceamento de defesa ao argumento de que os documentos juntados pela apelada às f. 48/55 não visaram demonstrar fatos novos, além de não ter sido oportunizada vista dos autos para uma análise mais detalhada. Alega que a cópia da gravação de uma conversa realizada com o coveiro certamente não foi por ele autorizada, o que a torna ilícita. Afirma que duas das testemunhas ouvidas eram impedidas de depor visto se tratar de parentes da recorrida e, com relação à testemunha Elzi do Carmo Silva Raimundo, esta não presenciou o enterro do Sr. Onofre para confirmar se foi enterrado no mesmo local do pai da apelada. Salienta que o que pode ter havido foi erro na colocação das placas de identificação, o que provocou a falta de identificação da sepultura onde estava enterrado o pai da recorrida. Aduz que, passados nove anos, não há como precisar o local exato do sepultamento. Na eventualidade, requer a redução da quantia arbitrada a título de danos morais (f. 91/95).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, co-nheço do recurso.

Versam os autos sobre ação ordinária objetivando a condenação do Município de Ritópolis na indenização por danos morais, decorrente de novo sepultamento de terceira pessoa realizado pelo cemitério municipal no túmulo do falecido pai da apelada, proprietária em caráter perpétuo do referido jazigo.

A dicção do art. 397 do CPC faz presumir que o uso da prova documental não fica inibido após a apresentação da petição inicial e da contestação, desde que presente fato novo ou como elemento de contraposição às alegações da parte contrária.

No presente caso, os anexos fotográficos juntados pela recorrida (f. 49/54) objetivaram apenas reforçar as alegações já deduzidas em juízo e esclarecimento de fatos em que se funda a causa, inexistindo indícios evidentes do propósito de surpreender o juízo ou de ocultação premeditada.

O recorrente, por sua vez, teve oportunidade de se manifestar acerca de tais documentos (f. 72), reservando para se “manifestar sobre os mesmos em sede de memoriais”, estando, assim, atendida a forma preconizada no art. 397 do CPC.

Rejeito a preliminar.

De acordo com o art. 37, § 6º, CF, as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desse modo, a reparação do dano é imposta independentemente da caracterização e da prova da culpa, bastando o prejuízo e o nexo de causalidade que devem existir entre a ação do agente e o dano provocado.

A pretensão da apelada funda-se no fato de que, “onde deveria estar enterrado seu genitor, constatou-se que estava enterrada outra pessoa” em sepultura da qual é proprietária a título perpétuo, enquanto o apelante alega, como fato impeditivo, que “uma pessoa menos avisada pode ter colocado a placa de identificação da outra pessoa falecida em local errado” (f. 21).

Da análise dos elementos de prova carreados para os autos, verifico que a prova testemunhal foi unânime em afirmar que, na mesma sepultura de Geraldo (pai da recorrida), atualmente está sepultado Onofre, pessoa desconhecida da família da apelada (f. 73/75 e f. 82/83).

Os anexos fotográficos de f. 49/55 demonstram a existência, no jazido da qual a apelada é proprietária, de uma cruz com uma placa dizendo se tratar de Onofre José dos Santos.

Embora não tenha a recorrida demonstrado o fato de seu genitor não estar enterrado em jazigo da família, situação que somente poderia ser apurada mediante exumação, é certo que ficou comprovado que neste mesmo jazigo se encontra sepultada terceira pessoa, sem que houvesse qualquer autorização por parte do titular da perpetuidade, gerando, com isso, o dever de indenizar do Poder Público, a quem compete administrar o cemitério municipal.

Em casos semelhantes ao que se examina, as egrégias 4º e 7ª Câmaras Cíveis assim já concluíram, no que interessa:

A violação de sepultura e de urna funerária configura dano moral de natureza grave, de forma que, se as violações ocorrerem por ordem de servidor público municipal, nas dependências de cemitério público municipal, é certo que o Município responde objetivamente pelos danos morais causados ao irmão do morto (AC nº 1.0699.07.071912-4/002, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 05.02.2009).

A violação de jazigo em cemitério, para inumação de terceiro desconhecido e exumação dos restos mortais de pessoa da família, sem autorização dos titulares da perpetui-

dade, cuja administração cabe ao Poder Público municipal, gera o dever de indenizar por danos morais (AC nº 1.0024.03.183479-9/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 22.11.2005).

Com efeito, diante da má administração do cemitério local, aliada à violação, por parte do apelante, do seu dever contratual de guarda do cadáver, torna-se inequívoco o dever de indenizar o dano moral decorrente da violenta dor causada pela surpresa de se constatar que terceira pessoa foi enterrada no mesmo local onde se encontrava ente querido, do qual a apelada velava, cujo jazigo foi adquirido a título de perpetuidade.

São valores inalienáveis do patrimônio moral humano a dignidade da vida e a da morte. O desprezo pelo ser humano após a sua morte gera dor profunda nos seus entes queridos, que sofrem a perda da pessoa amada.

Como se não bastasse a existência de dano e do nexo de causalidade, há prova da culpa da Administração em enterrar o *de cuius* em jazigo que não aquele adquirido pelos autores.

Na fixação do montante indenizatório, há de se considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, e a de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso represente um enriquecimento sem causa, conforme concluiu esta egrégia Sexta Câmara Cível, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0000.00.250433-0/001, da minha relatoria:

Indenização por danos morais. Fixação. Critério. Para fixação dos danos morais deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar a vítima uma satisfação (j. em 05.05.2004).

Na espécie, levando-se em consideração o grau de culpa do réu; as condições particulares da vítima; a intensidade do sofrimento dos autores; a gravidade, natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos, a quantia de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) fixada pelo culto e operoso Juiz da causa revela-se suficiente para ressarcir o dano moral sem onerar excessivamente o erário municipal.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, isento na forma da Lei Estadual 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e SANDRA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Corrupção passiva - Desclassificação do crime - Advocacia administrativa - Possibilidade - Quadrilha ou bando - Associação permanente - Prova - Ausência - Sentença mantida

Ementa: Apelação criminal. Corrupção passiva. Atos praticados que não correspondiam a ato de ofício do funcionário público. Desclassificação para advocacia administrativa mantida. Crime de formação de quadrilha. Pretendida condenação. Impossibilidade. Ausência de provas da associação entre pelo menos quatro pessoas. Sentença mantida.

- Para configuração do delito do art. 317 do CP, os interesses dos particulares devem corresponder a ato de ofício do funcionário público, com verdadeira relação de contraprestação entre os pagamentos efetuados e a prática dos atos de sua atribuição.

- Tratando-se da prática de atos que não são da competência do agente e agindo ele com o fim de facilitar interesse particular perante a Administração Pública, imperiosa se faz a condenação pelo crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP).

- É necessário, para o reconhecimento do delito de formação de quadrilha (art. 288 do CP), a existência, entre pelo menos quatro pessoas, de um vínculo associativo permanente voltado para a prática de ações criminosas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0335.05.000144-5/001 - Comarca de Itapeverica - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Álvaro Teodoro da Silva, Gilberto Correa Mesquita, Ademir Gonçalves da Rocha, Kelsen Willian Malaquias Beirigo - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edival José de Moraes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2010. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público,

contra a sentença de f.1109/1123, que absolveu os apelados das penas do art.288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, e extinguiu a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com relação aos crimes previstos nos arts. 321 do CP e 47 do Decreto-lei 3.688/41.

Narrou a denúncia que os funcionários da Delegacia de Itapeverica, Gilberto Correa Mesquita (funcionário público municipal), Ademir Gonçalves da Rocha (detetive de polícia) e Kelsen Willian Malaquias Beirigo (escrivão de polícia) realizavam serviço de despachante, mediante cobrança de taxas ou compensação material, sendo que um percentual do valor recebido era repassado ao Delegado Álvaro Teodoro da Silva, que de tudo tinha conhecimento.

Eles ainda cobravam valores para “agilizar” o andamento de papéis, tais como entrega de CNHs, e faziam vistorias fictícias, sem que os veículos fossem realmente examinados.

Em 1998, Gilberto foi incumbido pelo delegado Álvaro de trabalhar no setor de trânsito e, a partir daí, passou, junto com os demais, a realizar os serviços de despachante, sempre com a conivência e participação de Álvaro, que recebia parte do valor arrecadado.

Nessa época, funcionava no referido Município apenas um despachante legalmente credenciado, José Ferreira Arantes, além de um clandestino, Mozart Campos Moraes, que também atuava com a concordância do delegado, ensejando instauração de ação própria.

O valor cobrado era geralmente de R\$ 10,00, dos quais R\$ 4,00 eram entregues a Álvaro. No entanto, quando parte da quantia não lhe era entregue, o delegado colocava um ponto de interrogação no documento, assinando-o somente após o pagamento de seu percentual. Ele ainda anotava o número de documentos “despachados” pelos funcionários da Depol para, ao final do mês, fazer um balanço do valor arrecadado com pagamentos ilegais.

Ainda, Gilberto, Ademir e Kelsen dificultavam o trabalho dos demais despachantes e, ao mesmo tempo, agilizavam o trabalho feito por eles mesmos.

Dentre vários serviços de despachante feitos pelos funcionários da delegacia, foram citados:

- cobrança de R\$ 50,00 de Hilton Batista, que havia comprado uma placa de táxi, sendo que R\$ 26,00 se destinavam às taxas de banco, R\$ 10,00 para Gilberto, R\$ 10,00 para Kelsen e R\$ 4,00 para Álvaro. Gilberto ainda pediu a Hilton uma galinha gorda, que foi efetivamente entregue;

- serviço de despachante, em 22.11.2002, assinado como “compra com troca de placa”, para Kenyo José de Oliveira, feito por Gilberto e Kelsen;

- 15 serviços de despachante, no período entre 24.03.2003 e 28.04.2003, feito por Gilberto, Kelsen e Ademir, para Severino Francisco Sales, José Joaquim dos Santos Filho, Telmo Rios Lamounier, Paulinho Antônio Ferreira, Aurélio de Souza Mezêncio, Geraldo Magela Santos, Janice de Souza Rios da Silva, Welson Carlos Lopes, João Francino Rabelo, Odilon Alexandre Amaral, Elmo Antônio Nunes, Ivaí Pedro Evangelista, Flávia Madeira Nunes Melo, José Geraldo Costa e Heleno Fernandes Lima.

No entanto, em abril de 2003, o despachante Mozart denunciou os apelados na Delegacia Regional de Formiga, motivo pelo qual foi aberta uma investigação para apuração dos fatos. Contudo, em uma reunião realizada em 29.04.2003, Álvaro, Ademir e Kelsen responsabilizaram Gilberto pelos atos ilegais praticados, fazendo com que ele fosse afastado dos serviços na Depol, sendo “recomendado” aos demais funcionários que parassem com os “serviços” de despachante.

Mesmo assim, Kelsen e Ademir continuaram a exercer a atividade ilícita, sempre mediante pagamento de parte do valor recebido ao delegado Álvaro.

Assim, no período compreendido entre 30.04.2003 e 08.05.2003, fizeram 7 serviços de despachante, tendo como destinatários Elza Maria Ferreira Correa, Sebastião Alves Arantes Filho, Wander Nunes Batista, Urgilaino Carlos Alves, Maria Paula Nascimento, Maria dos Reis Pedrosa e Wenderson Lima Araújo.

Gilberto, embora afastado, continuou exercendo as atividades de despachante, recebendo quantias que variavam de R\$ 10,00 a R\$ 20,00.

Tais serviços foram investigados em diversos inquéritos policiais pelo delegado Álvaro, tendo como destinatários Neliana Rodrigues Lopes, Aldevânio Silva Pedrosa, Getúlio Santos Filho, Maria da Conceição Silva, Vicente Santos Silva, Betânia Francisca da Silveira, Aristeu Alves Ribeiro e Bartolomeu Loures Araújo.

Intimações regulares (f. 1.124-v., 1.128-v., 1.129-v., 1140 e 1146).

Pleiteou o *Parquet*, nas razões de f. 1.149/1.180, a condenação dos apelados pelos crimes de corrupção passiva e quadrilha.

Contrarrazões às f. 1.182/1.196, 1.201/1.213, 1.215/1.217 e 1.218/1.220.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto (f. 1227/1233).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Pretende o *Parquet* a condenação dos apelados pelos crimes de corrupção passiva qualificada e formação de quadrilha (arts. 317, § 1º, e 288, ambos do CP).

Inicialmente, insta registrar, tal como fez o il. Procurador de Justiça, que a materialidade e a autoria

do delito praticado contra a Administração Pública se encontram devidamente comprovadas, cingindo-se a discussão apenas acerca da subsunção da conduta no tipo penal do art. 317, § 1º, CP (corrupção passiva qualificada) ou do art. 321 do CP (advocacia administrativa).

Como se vê nas provas coligidas aos autos, os apelados, com exceção de Gilberto, não reconheceram como verdade os fatos que lhe foram imputados, negando que na Delegacia de Itapeverica estivessem praticando serviços ilegais de despachante mediante pagamento de recompensa. No entanto, confirmaram que ajudavam amigos e pessoas “leigas” a preencherem os papéis, sem, contudo, exigirem qualquer taxa ou pagamento em troca.

Ademir, ouvido em juízo, disse que:

já ocorreram situações de amigos do declarante que pediram ajuda para preenchimento do Cadastro de Transferência do Veículo etc., que o declarante os ajudava, nunca tendo recebido qualquer tipo de compensação material por tal ajuda [...] (f.721/724).

Por sua vez, o delegado Álvaro afirmou que o único serviço realizado pelos funcionários da Delegacia seria na verdade um auxílio no preenchimento da documentação, gratuitamente, “a fim de facilitar às pessoas leigas no assunto”.

No entanto, após, acrescentou que:

ocasionalmente algumas pessoas compareciam à Delegacia oferecendo, não como paga de serviços, mas como mero agrado, algum presente tal como vidro de pimenta, litro de pinga, pote de mel [...] (f. 731/737).

Álvaro ainda imputou a Gilberto as falsas acusações contra si, alegando que, após a sua saída da delegacia, ele se teria juntado ao despachante informal Mozart, para formular denúncias contra os policiais, por vingança.

Kelsen igualmente disse que apenas auxiliava no preenchimento da documentação de trânsito, sem receber qualquer quantia em troca, mas apenas presentes.

Todavia, afirmou que, “se já recebeu algum dinheiro, foi para que quitasse no banco as taxas próprias do serviço de trânsito a ser realizado”, demonstrando, na verdade, que a atividade não se resumia apenas no auxílio do preenchimento dos papéis, já que impróprio das atividades policiais o pagamento pelo próprio agente das taxas em bancos para terceiros.

Por outro lado, Gilberto, em que pese ter dito que não era cobrada uma taxa específica, relatou o modo como agiam os funcionários da delegacia de Itapeverica, confirmando, assim, os serviços ilegais de despachante praticados por eles:

[...] quando a pessoa perguntava quanto ia custar o serviço, o declarante respondia ‘paga quanto você acha que vale o

serviço'; que já recebeu gorjetas em dinheiro, por exemplo, R\$ 10,00 (dez reais), garrafa de whisky, frango, cacho de banana [...] que os demais acusados Ademir e Kelsen também faziam o serviço de trânsito, não sabendo dizer se e nem quanto eles cobravam, mas que geralmente as pessoas pagavam uma gorjeta; que qualquer serviço que o declarante encaminhasse ao delegado Álvaro também teria que pagar R\$ 4,00 (quatro reais); caso não pagasse, o delegado não assinava o documento e o devolvia com uma interrogação, identificando no documento que o valor ainda não havia sido pago [...] que acredita que tal quantia era utilizada pelo Delegado para almoço em restaurante; que tal quantia não era revertida para a Delegacia [...] que, quando fez a alteração de placa de José Aparecido Mendonça, conhecido por 'Funcho' recebeu R\$ 10,00 (dez reais), que Kelsen também recebeu R\$ 10,00 (dez reais) [...] que nesse momento disse para 'Funcho' que ele teria que lhe dar mais R\$ 4,00 (quatro reais), que seriam encaminhados ao Delegado para que ele desse o visto no cadastro [...] (f. 738/740).

Como se vê nas declarações de Gilberto, Kelsen e Ademir também prestavam serviços de despachante na delegacia onde eram lotados, sempre repassando parte do valor ao delegado Álvaro, que assinava os documentos por ele confeccionados.

Ressalte-se que a delação exteriorizada por Gilberto tem grande importância probatória, já que incriminou frontalmente seus comparsas, sem procurar exculpar-se. Nesse sentido:

A delação do corréu, admitindo a sua participação no delito, não procurando inocentar-se e apontando, ainda, a culpa do comparsa, mostra-se como importante elemento probatório (RJDTCrim 31/247).

A delação de corréu, que também se incrimina prática da empreitada criminoso, merece ser tratada com credibilidade, fazendo prova da participação do agente (RT 812/588).

Além disso, não provaram os demais apelados que Gilberto estivesse imputando-lhes as atividades ilícitas por vingança, sem que suas declarações estivessem amparadas na realidade dos fatos.

Ora, os próprios apelados confirmaram que ajudavam no preenchimento dos documentos, tentando fazer crer, por outro lado, que recebiam, em troca, por mera liberalidade, valores e presentes. Inclusive, Kelsen chegou a justificar o recebimento de dinheiro, afirmando curiosamente que ele se destinava ao pagamento de taxas em banco, o que, como sabido, não faz parte das funções de um escrivão da Polícia Civil.

Ademais, as testemunhas ouvidas também confirmaram as atividades de despachante exercidas pelos funcionários da Depol, mediante o pagamento de alguma recompensa.

O despachante formal da cidade de Itapeverica, José Arantes da Silva, afirmou que

[...] o escritório de despachante do depoente está em sérias dificuldades pela falta de clientes; que os funcionários da

Depol pegam quase todo o serviço de despachante da cidade [...] os funcionários da Depol que fazem os serviços de despachante são o Gilberto e o Kelsen, com certeza [...] que o Gilberto e o Kelsen fazem o serviço de despachante com total conivência do Delegado de Polícia Dr. Álvaro [...] (depoimento extrajudicial de f. 292, confirmado à f.899).

Ainda, Tânia Aparecida Costa Nascimento confirmou ter visto o apelado Gilberto preenchendo, por mais de uma vez, formulários referentes ao Detran, a pedido de terceiros, dizendo ainda que, embora nunca tenha visto o efetivo pagamento, ele "próprio falava que fazia o serviço e cobrava" (f. 293 c/c 902/903).

Mozart Campos de Moraes disse que a prática de serviços de despachante pelos funcionários da Depol é de ciência de toda a cidade, asseverando, ainda, já ter visto particulares entregando documentos para Gilberto, que, por sua vez, cobrava pela prestação (f. 904).

Por fim, Hélio Batista contou que, certa vez, ao questionar Gilberto acerca da demora na devolução de seus documentos, ele lhe pediu R\$ 10,00, que seriam enviados à Delegacia de Formiga, e, ainda, uma "galinha gorda", a ser entregue na chegada dos papéis. Disse, mais, que todos os anos tal pagamento se repetia, até quando, cansado, procurou pelo despachante não credenciado Mozart (f. 974/975).

Assim, de todas as provas colhidas nos autos, não há dúvidas de que os apelados efetivamente recebiam "gratificações" para que os documentos por eles preenchidos tivessem um mais acelerado trâmite, mormente em se comparando com os serviços dos despachantes oficiais.

No entanto, entendo ter agido bem o d. Magistrado de primeiro grau ao desclassificar o delito que lhes foi imputado para aquele previsto no art. 321 do CP, advocacia criminoso.

Ora, para que se caracterize a corrupção passiva, é necessário que o ato praticado pelo funcionário público seja de sua competência, ou seja,

deve estar compreendido nas suas especificadas atribuições funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração (in MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 320).

Logo, para que se configurasse o delito do art. 317 do CP, os interesses dos particulares teriam que corresponder, necessariamente, a ato de ofício dos recorridos, com verdadeira relação de contraprestação entre os pagamentos efetuados e a prática dos atos de sua atribuição.

No entanto, evidente que os "serviços" prestados pelos funcionários da Delegacia de Itapeverica, de despachante, em nada se assemelhavam às suas originais funções.

Assim, tudo indica que os apelados, na verdade, patrocinavam, ou seja, facilitavam e favoreciam o interesse dos particulares na Administração Pública, através da prioridade e maior celeridade impingidas aos procedimentos relativos aos documentos por eles preenchidos, sempre se aproveitando da facilidade de sua condição de funcionários públicos.

Portanto, entendo estar realmente configurado o crime de advocacia administrativa, tal como constatado na r. sentença combatida, não havendo qualquer reparo a ser feito, inclusive em relação à prescrição reconhecida.

Quanto ao delito de formação de quadrilha, melhor sorte não socorre ao *Parquet*.

É que, conquanto tenha ficado provado que os quatro apelados patrocinavam interesse privado perante a Administração Pública, mediante recebimento de certas recompensas, não ficou suficientemente demonstrado que, entre cada um, havia um vínculo associativo permanente voltado para a prática de ações criminosas.

Comprovou-se, apenas, a associação entre cada um e o delegado (já que parte dos valores recebidos era a ele repassada), o que, no entanto, não é suficiente para a configuração do tipo penal em questão, que exige a associação de, no mínimo, quatro pessoas.

Em outras palavras, como bem anotou o d. Jugador *a quo*,

não se apurou se efetivamente uns colaboraram e participaram das ações dos outros. A prova nesse sentido é extremamente precária, não se mostrando suficiente para um decreto condenatório.

Pelo que nego provimento ao recurso ministerial, mantendo em sua totalidade a r. sentença fustigada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Falsificação de documento público - Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação - Crime impossível - Não caracterização - Pena - Réu residente no exterior - Prestação de serviços à comunidade - Substituição - Prestação pecuniária

Ementa: Apelação criminal. Uso de documento falso. CNH. Falsificação relativamente inidônea. Contrafação

apta a enganar terceiros. Crime impossível não caracterizado. Condenação mantida. Réu que labora no exterior. Modificação da natureza da pena substitutiva. Prestação de serviços para prestação pecuniária. Possibilidade. Apelo parcialmente provido.

- Para a caracterização do crime impossível, necessário que o meio seja absolutamente ineficaz, sobrevivendo a imputação penal quando estamos diante de falsificação apta a enganar terceiros mais inexperientes. Hipótese em que o meio empregado é relativamente inidôneo.

- Havendo circunstância peculiar no caso, cuidando-se de condenado que trabalha no exterior, existindo elementos nos autos a indicar a referida situação, possível que a prestação de serviços à comunidade seja alterada para aquela de prestação pecuniária.

Apelo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0184.05.008543-2/001 - Comarca de Conselheiro Pena - Apelante: Moisés Conegundes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edival José de Moraes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2010. - *Edival José de Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS - Cuida-se de ação penal instaurada em detrimento de Moisés Conegundes, réu processado sob a acusação de uso de documento falso, infração penal apurada na Comarca de Conselheiro Pena, neste Estado.

Segundo a denúncia, recebida em 10.5.2005 (f. 28), o imputado teria apresentado à policial militar, que procedia à fiscalização regular em rodovia da região (MGT 259), carteira de habilitação (CNH) falsa, cuidando-se de contrafação conhecida do agente, delito que teria ocorrido em 21.12.2004.

Narra a inicial que o denunciado conduzia veículo pela mencionada rodovia quando foi abordado em fiscalização, apresentando CNH não autêntica, circunstância conhecida do réu e comprovada por exame técnico.

Decorrida a instrução, restou o imputado condenado nas iras do art. 304 c/c o art. 297 do Código Penal,

fixadas as penas em dois anos de reclusão, regime inicial aberto, operada a substituição, e dez dias-multa, tudo conforme sentença de f. 76/79, publicada em 13.4.2009 (f. 80).

Recorre a defesa (razões de f. 92/98), sustentando a existência no caso de crime impossível, pela falsificação grosseira da CNH apresentada pelo condenado, requerendo, alternativamente, a modificação da pena substitutiva de prestação de serviços para aquela de prestação pecuniária.

Contrarrazões ministeriais às f. 100/102, em que se requer o parcial provimento do recurso, modificando-se a sanção substitutiva eleita.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pelo improviamento do recurso, consoante parecer de f. 109/113.

O réu foi intimado mediante edital (f. 88/89), pois se encontrava no exterior (f. 86).

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão.

Não há nulidades a serem debatidas, enquanto a materialidade do crime é atestada pelos documentos de f. 17/19, havendo exame que confirma a falsidade da CNH apreendida.

O réu aceita que se valeu de referida CNH tendo consciência de que se tratava de documento falso, o que traz segurança quanto à autoria delitiva.

Veio dos EUA com uma carteira de motorista expedida naquele país e trocou-a por uma CNH nacional; que U\$300,00 é o valor que normalmente se cobra para se trocar a carteira, segundo informação da pessoa que procurou; que não saiu do aeroporto enquanto esperava a pessoa voltar com a carteira nacional; que não usou a carteira por muito tempo antes de ser apreendida pela Polícia; que um primo de BH já lhe tinha dito que a carteira "não era boa" e, por isso, não estava usando [...] Não queria entregar a carteira para o policial e queria contar a ele que a carteira era falsa, mas o policial não quis ouvir seus argumentos e apreendeu a carteira e o acusado; que de fato entregou a carteira ao policial, mas não teve condições de esclarecer os fatos (interrogatório judicial do réu - f. 30/31).

Verificamos ainda que, a despeito de existirem diferentes elementos divergentes daqueles autênticos, a carteira empregada pelo réu para tentar esquivar-se da fiscalização podia em tese enganar terceiros, sendo apta para tanto, pelo que entendemos ser o meio empregado relativamente ineficaz, e não absolutamente, como o exige a norma do art. 17 do Código Penal.

Pessoas mais acostumadas a lidar com papéis semelhantes teriam maiores chances de descobrir a falsidade da cártula empregada, como os policiais que procederam à fiscalização na oportunidade do flagrante.

Mas nada impede que um terceiro mais desavisado, sem lida constante com o referido tipo de documento,

pudesse ser ludibriado em eventual situação jurídica, o que torna o meio material hábil a alcançar a violação do bem jurídico tutelado.

Como bem previsto na sentença recorrida (f. 77), as próprias circunstâncias da fiscalização poderiam influenciar na aceitação daquela CNH, tais como condições de iluminação, hora ou mesmo experiência do servidor militar, o que ratifica a existência de meio relativamente inidôneo, não se afastando a punição penal.

Sobre o tema:

Para a caracterização do crime de uso de documento falso, é irrelevante que o agente o use por espontânea vontade ou por exigência de autoridade policial. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. No caso, o delito de uso de documento falso restou consumado com a apresentação do documento ao policial, não restando caracterizada a hipótese de crime impossível (STJ - 5º T - HC 47922/PR - Rel. Arnaldo Esteves Lima - DJU de 10.12.2007 - p. 401).

Dessa maneira, afastamos a incidência no caso da tese de crime impossível, cumprindo manter a condenação do réu Moisés Conegundes, tal como determinada na sentença vergastada, mas com breve modificação.

As penas eleitas são as menores no tipo incriminador, o que torna desnecessário tecermos maiores comentários a respeito.

Sem embargo, afigura-nos adequado modificar a sanção substitutiva prevista no julgado hostilizado, como requer o douto advogado do réu.

Desde o início do feito, e até o seu deslinde, várias provas dos autos indicam tratar-se de pessoa que reside nos EUA, sendo o comportamento comum aos moradores da região do acusado, circunstância que tornaria sem sentido adotar a prestação de serviços à comunidade.

Com efeito, apresenta-se como satisfatória à repreensão da conduta, até mesmo pelos aspectos abonadores apresentados pelo condenado, a simples prestação pecuniária, encargo que não representaria impunidade diante do fato penal constatado e, ao mesmo tempo, não ensejaria o retorno do agente ao País, possibilitando cumprir a medida alternativa eleita, sem abrir mão de seu labor naquele outro país.

Assim sendo, e reiterando o entendimento já disposto na decisão vergastada acerca da capacidade socioeconômica do agente, que não seria ruim, fixamos pena pecuniária na razão de dois salários-mínimos, solvidos em prol de instituição beneficente a ser indicada na fase de execução criminal.

A referida modificação da sanção substitutiva é realizada em virtude de circunstâncias específicas do caso, nada impedindo que seja realizada desde já, uma

vez que faz parte do capítulo da sentença atinente à fixação da pena (art. 59, IV, do CP).

Com tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, mantendo a condenação do réu nas sanções já reconhecidas em primeira instância, mas alterando a medida substitutiva para aquela do art. 45, § 1º, do CP, fixada na razão de dois salários-mínimos, a serem destinados a entidade com finalidade social, na fase de execução.

Demais disposições da condenação, mantidas.
Custas, pelo condenado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

***Habeas corpus* - Progressão de regime - Prova - Desnecessidade - Termo inicial - Data do cumprimento dos requisitos - Data anterior à sentença - Caráter declaratório - Efeito *ex tunc* - Concessão da ordem**

Ementa: *Habeas corpus*. Progressão de regime. Marco temporal. Data em que o paciente fez jus à progressão anterior. Ordem concedida.

- A decisão concessiva da progressão de regime tem caráter declaratório, e não constitutivo, pois apenas anuncia a existência dos requisitos para a progressão. Logo, é possível fixar o marco inicial para obtenção de nova progressão em data anterior à do efetivo reconhecimento na origem, produzindo efeitos a partir de quando o réu preencheu todos os requisitos.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.10.016492-0/000 - Comarca de Iturama - Paciente: Jerônimo Bento de Oliveira Miranda - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Comarca de Iturama - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Brum, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - Eduardo Brum - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de Jerônimo Bento de Oliveira Miranda, em que se aponta como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Comarca de Iturama.

Na impetração, alega-se que a guia de execução do paciente se encontra equivocada, ficando prejudicada a análise da progressão do regime prisional do paciente do semiaberto para o aberto. Pede a concessão da ordem para a devida retificação, oficiando-se ao digno Magistrado de origem para que aprecie adequadamente o pedido de progressão do regime (f. 2/4).

Liminar indeferida à f. 23.

Informações prestadas, via fax, às f. 30/56, com a posterior chegada dos originais às f. 62/88.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da ação, uma vez que a questão desafiaria o recurso de agravo em execução (f. 58/60).

Data venia, tratando-se de tema exclusivamente de direito, que não demanda investigação probatória, não há impedimento de se analisar a questão na via do *habeas corpus*. Por esse motivo, rejeito a arguição ministerial e conheço da impetração.

O cálculo de liquidação de penas de f. 76-TJ demonstra que o paciente foi condenado a uma pena total de 656 (seiscentos e cinquenta e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Para a primeira progressão, do regime fechado para o semiaberto, teria de cumprir 1/6 de sua reprimenda, que equivaliam a 109 (cento e nove) dias de reclusão.

Assim, considerando que ele ficou preso de 28.06.2007 a 30.08.2007 e de 09.11.2009 em diante, tal lapso foi implementado em 23 de dezembro de 2009, não obstante o entendimento ministerial diferente manifestado às f. 80/82, no sentido de que tal lapso somente seria completado em 13 de fevereiro de 2010.

Para a nova progressão, portanto, deveria cumprir 1/6 dos 547 (quinhentos e quarenta e sete) dias remanescentes no semiaberto, o que totalizaria mais 91 (noventa e um) dias de pena.

Pessoalmente, não vejo como deixar de considerar os graves reflexos prejudiciais que os reeducandos experimentam em decorrência da morosidade da Justiça, permanecendo mais tempo em regime prisional mais gravoso apenas porque o Estado não aprecia no momento oportuno o cabimento da progressão.

Entendo, pois, que a decisão concessiva da progressão de regime tem caráter declaratório, e não constitutivo, pois apenas anuncia a existência dos requisitos

para a progressão, não criando nem modificando nada no mundo jurídico, sendo possível fixar o marco inicial para obtenção de nova progressão em data anterior à do efetivo reconhecimento na origem.

Dessarte, se na data da sentença é que se considerou apto o condenado a merecer a benesse legal, esta decisão pode ter efeito *ex tunc*, produzindo efeitos a partir de quando o paciente preencheu todos os requisitos, que no caso dos autos ocorreu em 4 de junho de 2009.

A propósito, há precedentes nesta colenda 4ª Câmara Criminal:

Agravo em execução penal. Progressão de regime. Termo inicial para novo benefício. Marco fixado pela data em que o apenado efetivamente atingiu o estágio para a progressão. Possibilidade. Recurso ministerial desprovido.

- Não há nenhuma mácula na decisão agravada, que se mostrou justa ao computar, como termo inicial para novos benefícios, o dia em que o sentenciado efetivamente alcançou o estágio para progressão para o regime semi-aberto, e não a data em que lhe foi deferida a progressão.

- O sentenciado, que já faz jus ao regime mais brando, por preencher os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão, não pode continuar a cumprir a pena em regime mais gravoso, devido à morosidade da Justiça, sob pena de se caracterizar verdadeiro constrangimento ilegal (TJMG - Agravo em Execução nº 1.0000.09.492466-9/001 - Rel. Des. Herbert Carneiro - pub. em 04.06.2009).

Execução penal. Progressão de regime. Cumprimento de lapso exigido por lei. Atendimento do requisito subjetivo. Aplicação retroativa dos efeitos da progressão para fins de cálculo de nova progressão. Possibilidade. - O termo inicial de estágio para a progressão de regime deve ser aquele em que o condenado implementou as condições objetivas e subjetivas legais para tal, e não a data da decisão que efetivou a progressão, por ser o benefício direito público subjetivo do condenado que preencher os requisitos do art. 112 da LEP (TJMG - Agravo em Execução nº 1.0000.09.492466-9/001 - Rel. Des. Júlio Cezar Gutierrez - pub. em 30.09.2009).

Agravo em execução. Progressão de regime. Data retroativa para contagem do lapso temporal. Possibilidade. - Deve ser considerada, para fins de progressão, a data em que, efetivamente, ocorreu o cumprimento do requisito objetivo. O apenado não pode ser prejudicado pela morosidade da Justiça. Decisão mantida. Recurso desprovido (TJMG - Agravo em Execução nº 1.0000.08.475715-2/001 - Rel. Des. Doorgal Andrada - publ. em 02.09.2009).

Assim, o requisito temporal para a colocação no regime aberto ocorreria em 24 de março de 2010. E, como foi declarada a remição de 15 (quinze) dias de pena pelo trabalho, o réu poderia progredir de modalidade prisional em 09 de março de 2010, nos exatos termos do cálculo de f. 79-TJ.

Isso posto, concedo a ordem impetrada, nos exatos termos acima expostos, para retificar o cálculo de liquidação das penas do paciente, devendo prevalecer o levantamento que se vê à f. 79-TJ.

Oficie-se, com urgência, acerca desta decisão para que as providências pertinentes sejam adotadas na origem.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTIERREZ e DOORGAL ANDRADA.

Súmula - CONCEDIDO O HABEAS CORPUS.

...

Tribunal do Júri - Réu - Sanidade mental - Semi-imputabilidade - Peritos oficiais - Laudo técnico - Desconsideração pelo Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do veredicto - Novo julgamento

Ementa: Tribunal do Júri. Cassação do veredicto popular. Prova. Exame de sanidade mental. Laudo que atesta a semi-imputabilidade do acusado. Desconsideração pelo Júri. Contrariedade à prova dos autos. Ocorrência. Recurso provido para determinar a submissão do apelante a novo julgamento.

- É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que afasta o laudo técnico elaborado por dois peritos oficiais que concluíram pela semi-imputabilidade do réu.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0324.04.025692-1/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Moisés Cunha Pereira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: Jerson Gonçalves Leal, Benício Correa da Cunha, Dielinton Alex Mira, Leonardo Batista da Silva - 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, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVI-MENTO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2010. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Moisés Cunha Pereira foi julgado pelo Tribunal do Júri de Itajubá e con-

denado a cumprir pena de 04 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, sob a acusação de haver, em 31 de maio de 2003, por volta das 2h, naquela cidade, efetuado disparos de arma de fogo contra David Everton Correa, nele causando as lesões mortais descritas no acd de f. 24/26.

Inconformado, apelou o sentenciado, protestando pela realização de um novo julgamento, sob o fundamento de que o levado a efeito teve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ao rechaçarem os jurados a tese de semi-imputabilidade.

Com as contrarrazões, subiram os autos e, nesta Instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Razão assiste ao apelante.

De fato, a decisão questionada realmente se encontra divorciada da prova, especialmente no que diz respeito à negativa dos jurados quando questionados sobre a semi-imputabilidade do réu, contrariando, assim, a conclusão do exame de sanidade mental levado a efeito por especialistas, exame pericial este que, se levado em conta, levaria à redução da pena fixada.

Ao desconsiderarem por completo o resultado do aludido laudo (autos em apenso), elaborado por dois peritos oficiais, que concluíram ser o réu portador de “transtornos de personalidade (CID 10 - F 10.21)”, e, sendo, portanto, semi-imputável, os jurados decidiram ao arrepio de incontestada prova pericial.

Tal decisão se deu sem aparente sustentação probatória, pois não existe outra prova técnica capaz de amparar a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença.

Ora, os jurados não detêm conhecimento técnico-científico para a aferição de psicopatologias que possam levar ao reconhecimento do estado de inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu, não lhes sendo permitido, assim, simplesmente afastar as conclusões alcançadas pela perícia técnica.

O argumento trazido pelo Ministério Público de 1º e 2º grau, no sentido de existirem nos autos duas versões acerca da extensão da perturbação de saúde mental do apelante, não merece subsistir, pois não existe outra prova técnica que não o laudo psiquiátrico constante dos autos em apenso, laudo este que se encontra suficientemente fundamentado em suas conclusões, não deixando dúvidas quanto à semi-imputabilidade do réu, concluindo que ele não possui total capacidade de autodeterminação.

O fato de o réu se encontrar envolvido em outros delitos, de reagir de diferentes maneiras quando ameaçado e ser dado a fazer “banca de bandido”, além de procurar se eximir de suas responsabilidades no caso

concreto, ao contrário do que pensam os dignos representantes do Ministério Público, não desautorizam a conclusão a que chegaram os peritos.

Primeiro, porque não se trata de uma avaliação técnica, um diagnóstico com base científica; e, segundo, porque, a meu sentir, os comportamentos acima mencionados estão mais ligados à inteligência do que propriamente à capacidade de determinação, tendo sido o apelante reconhecido como possuidor de inteligência normal.

No mais, segundo esclarecimentos feitos pelos peritos em complementação ao laudo pericial, apesar de ser permanente a perturbação de saúde mental de que o réu é portador, tal circunstância não o obriga a cometer delitos em todas as situações e fatos de sua vida, nem ao contrário (f. 53, autos em apenso).

Consoante proclama a jurisprudência:

O juiz pode, realmente, repelir o laudo pericial ou aceitá-lo apenas parcialmente (art. 182 do CPP). Essa decisão não pode, porém, ser arbitrária, injustificada e aberrante, notadamente quando Jurados leigos contrariam, pura e simplesmente, as conclusões de profissionais habilitados, tomadas depois de acurados exames, em assunto altamente técnico e exigente de pronunciados conhecimentos científicos (TJSP - AC - Rel. Silva Leme - RT 422/100).

Nesta Segunda Câmara Criminal, encontramos os seguintes precedentes:

Apelação criminal. Júri. Cassação do veredicto popular. Laudo psiquiátrico forense que atesta a inimputabilidade do acusado. Desconsideração pelo Conselho de Sentença. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Novo julgamento. É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença que desconsidera o laudo psiquiátrico forense subscrito por dois peritos oficiais que concluíram pela *inimputabilidade* do acusado, devendo ser cassado o veredicto popular para realização de novo julgamento (Ap. Criminal nº 1.0702.96.009925-8/001 - Relator: Desembargador Renato Martins Jacob - Pub. em 28.07.2009).

Processo penal. Sentença. Fundamentação e raciocínio que dão ao acusado condições de saber os motivos de sua condenação. Aplicação da pena em obediência ao critério trifásico. Pena aplicada acima do mínimo. Possibilidade. Preliminares rejeitadas. Júri. Veredicto. Cassação. Prova. Laudo técnico elaborado por dois peritos oficiais concluindo pela semi-imputabilidade do réu. Semi-imputabilidade que requer conhecimento de caráter técnico-científico. Desconsideração do laudo pelo Júri. Contrariedade às provas dos autos, já que não detêm conhecimento e a qualificação exigida. Recurso provido (Apelação Criminal nº 1.0019.03.000301-6/001 - Relator: Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro - Pub. em 20.03.2005).

Ao impulso de tais razões, dou provimento ao recurso, para cassar a decisão popular, determinando a submissão do réu a um novo julgamento.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISIAS DE MORAIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Peculato - Tabela de cartório extrajudicial - Não recolhimento de taxa de fiscalização judiciária - Autoria - Materialidade - Prova indireta - Dolo genérico - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos

Ementa: Apelação criminal. Peculato. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Condenação mantida. Penas. Diminuição. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade.

- O delito de peculato, comumente, não deixa vestígios, impossibilitando a realização de exame de corpo de delito, bastando para a configuração do aludido crime a prova indireta. A existência de provas circunstanciais e harmônicas do fato denunciado é o suficiente para a configuração do delito de peculato.

- Fixadas as penas exacerbadamente, devem elas ser reestruturadas por este Tribunal e concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Provimento parcial do recurso que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0687.04.029567-1/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Luciano Matheus Rocha Chagas - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2010. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata a espécie de recurso de apelação interposto por Luciano Matheus Rocha Chagas, em face da sentença de f. 314/319, que o condenou nas sanções do art. 312 do Código Penal, em continuidade delitiva, às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 100 (cem) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/10 do salário-mínimo.

Inconformado, insurge-se o réu às f. 335/346, requerendo a sua absolvição por ausência de prova material do crime.

Afirma que

[...] não restou claro nos autos, se [...] no período de 01.01 a 31.03.2004, deixou de recolher ou se recolheu em atraso a Taxa de Fiscalização Judiciária, bem como não há prova sequer de que [...] cobrava a respectiva taxa e dela se apropriara.

Diz que não houve dolo em sua conduta.

Pede, alternativamente, a diminuição das penas para o mínimo, por ser primário e de bons antecedentes, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Segundo consta do processo,

[...] no período de 01/01/2004 a 31/03/2004, o denunciado, na condição e no exercício da função de Tabela de 2º Ofício de Notas [...] deixou de recolher aos cofres públicos valores referentes à Taxa de Fiscalização e aos 0,20 (vinte centavos) por ato remunerado praticado, obrigações reguladas pela Lei Estadual 13.438/99 e Portaria TJMG 11/2001, totalizando R\$ 4.239,00 [...].

A materialidade do crime vem devidamente comprovada através dos documentos de f. 24/86 e 159/181.

Ressalte-se que o peculato é delito que na maioria das vezes não deixa vestígios, circunstância que impossibilita a realização de exame pericial e elaboração de auto de corpo de delito. Nesses casos, admite-se a prova indireta.

O jurista e processualista Guilherme de Souza Nucci, a respeito, ensina com maestria:

Note-se que, de regra, a infração que deixa vestígio precisa ter o exame de corpo de delito direto ou indireto (que vai constituir o corpo de delito direto, isto é, a prova da existência do crime atestada por peritos). Somente quando não é possível, aceita-se a prova da existência do crime de maneira indireta, isto é, sem o exame e apenas por testemunhas (CPP comentado. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 340).

No tocante à autoria, o apelante não a nega, afirmando em sua defesa que está pagando os valores devidos à Fazenda Pública Estadual.

Com efeito, a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, instaurada para apurar os fatos imputados ao apelante, assim concluiu:

[...] constatou o não recolhimento de taxas de fiscalização no valor de R\$ 4.239,00, referentes aos atos realizados no período de 01/01 a 31/03/2004, bem como o valor de R\$ 0,20 por ato remunerado, destinado à remuneração dos atos praticados sob o pálio da gratuidade [...] realizou os atos e foi remunerado para tal, e simplesmente deixou de recolher ao Estado o que é devido [...].

Outrossim, as testemunhas Wantuil Gomes (f. 278) e Cláudio Ornelas Silva (f. 279) confirmam a prática delitiva por parte do acusado:

[...] a conclusão foi que ele realmente não tinha recolhido os valores correspondentes à taxa de fiscalização judiciária; que na pasta de arquivamento de guias, correspondentes às escrituras lavradas, as guias se encontravam preenchidas, mas sem o devido recolhimento dos valores junto ao banco; que o procedimento padrão é efetuar o recolhimento da taxa antes da lavratura da escritura [...]; o acusado já respondeu a outro procedimento administrativo da mesma natureza, sendo que, em um deles, não sabendo o depoente especificar qual, perdeu a delegação [...].
[...] concluíram que os fatos foram praticados [...]; a conclusão foi a partir dos depoimentos dos funcionários do cartório e depois da pesquisa nos livros; que o acusado não estava recolhendo a taxa de fiscalização judiciária [...].

Pelo que se vê, restou comprovado que o apelante, em proveito do cargo que ocupava, qual seja Tabelião do 2º Ofício de Notas da Comarca de Timóteo, apropriou-se de dinheiro público de que tinha a posse.

Lado outro, contrariamente ao alegado, a obrigação de recolhimento da Taxa de Fiscalização encontrava-se, à época, prevista expressamente pela Lei Estadual 13.438/99 e pela Portaria-TJMG 11/2001.

Relativamente à ausência de dolo, é de se observar que a referida conduta exige o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta, fato que restou comprovado nos autos.

No tocante à afirmação de que se ausentou da serventia em razão da doença da sua esposa, conforme bem ressaltado pelo il. Promotor de Justiça, em sede de contrarrazões, “deveria o apelante ter indicado um substituto que pudesse se responsabilizar pela atividade, o que não fez”.

Ressalte-se que o apelante já cometera o mesmo fato no ano de 2001.

Quanto ao pedido de diminuição de penas, não obstante o acusado ser primário e apresentar as circunstâncias judiciais favoráveis, foram elas fixadas acima do mínimo.

Embora reprovável a sua conduta, o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido

de que, em casos tais, as penas devem tender para o mínimo, razão pela qual é de se reluzi-las.

Observadas as circunstâncias judiciais constantes da sentença de f. 234/235, fixam-se as penas-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Em razão da atenuante da confissão espontânea, diminuem-se as penas em 6 (seis) meses de reclusão e 2 (dois) dias-multa.

Não existem agravantes a serem consideradas, bem como causas especiais de aumento ou de diminuição de penas, que se concretizam em 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, fixado o dia-multa em 1/10 do salário-mínimo, para cada crime.

Por terem sido os crimes cometidos em continuidade delitiva, aumentam-se as penas de um deles em 2/3, perfazendo-se um total de 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 16 dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/10 do salário-mínimo.

Finalmente, concede-se-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, e multa correspondente ao valor de 5 (cinco) salários-mínimos, a ser revertido para uma entidade assistencial existente na comarca à escolha do Juízo da Execução, ficando a seu cargo fixar as condições de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade.

Por isso, dá-se provimento parcial ao recurso para modificar parcialmente a sentença, nos termos deste voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Estelionato - Autoria - Materialidade - Prova - Prejuízo de pequeno valor - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Privilégio - Caracterização - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Prescrição da pretensão punitiva - Absolvção

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Privilégio. Concessão.

- Configurado estará o delito de estelionato quando o agente, com vontade livre e consciente de ludibriar a boa-fé da vítima, paga por mercadoria, com cheque de terceiro perdido, obtendo, com isso, indevida vantagem patrimonial em detrimento daquela.

- Não caracterizada a insignificância do prejuízo gerado pelo agente, tem-se por materialmente típica a sua conduta.

- Se o prejuízo é de pequeno valor, o privilégio beneficia o agente primário e sem antecedentes penais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0456.05.032372-8/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: Vicente de Sousa Calixto - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2010. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Vicente de Sousa Calixto, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 171, *caput*, do CP, isso porque teria ele, em 07.01.2005, na Alameda Nossa Senhora de Fátima, Bairro do Cabrais, em Oliveira-MG, obtido, mediante ardid, indevida vantagem econômica, em prejuízo do estabelecimento comercial Posto dos Coelhoos.

Narra a denúncia que o acusado teria convencido, mediante ardid, o frentista do posto de combustíveis a abastecer seu veículo automotor, no importe de R\$15,00, os quais foram pagos com um cheque no valor de R\$85,00, tendo o agente recebido, como troco, R\$70,00 em espécie.

Esclarece, ainda, a exordial acusatória que o denunciado teria encontrado, na rua, o mencionado título perdido, estando, pois, ciente de que não lhe pertencia e ainda de que não seria honrado.

Por fim, segundo a vestibular acusatória, a córtula não pode ser descontada ou compensada, porquanto sua titular, Andreia Alves Capruni, providenciou, junto à instituição financeira sacada, a contraordem ao pagamento.

Após a instrução probatória, foi o réu condenado como incurso nas iras do art. 171, *caput*, do CP, tendo sido submetido às penas: privativa de liberdade, de um ano e seis meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e pecuniária de 20 dias-multa, de valor unitário igual a um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformada, apelou a defesa, buscando, em suas razões recursais (f. 164/166), a absolvição do acusado por falta de provas da autoria delitiva ou pela aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pede a substituição da pena privativa de liberdade, aplicada, por restritiva de direitos.

Em contrarrazões (f. 169/176), o Ministério Público manifestou-se pelo desprovemento do recurso.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 185/186, também opinou pelo desprovemento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

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

A defesa pleiteia a absolvição do acusado por falta de provas da autoria delitiva.

Sem razão, contudo.

É que a autoria do crime restou positivada nos autos pela própria confissão do acusado, em ambas as fases processuais.

Inquirido em sede pré-processual, o apelante confessou haver encontrado um cheque preenchido, resolvendo, pois, para quitar uma suposta dívida, ir até o posto de combustíveis para abastecer o veículo do credor, no importe de R\$15,00, tendo recebido, em dinheiro, a diferença entre o débito e a importância constante na córtula, isto é, R\$70,50.

Vejamos:

Que há dias, quando passava próximo da Igreja de Santa Luzia, o declarante achou um cheque cuja cópia é exibida ao declarante neste momento; que ao dirigir-se para o Bairro São Sebastião, encontrou-se com Marlon, que é amigo do declarante, para o qual devia a importância de R\$15,00 (quinze reais); que resolveu usar o citado cheque para quitar a referida dívida e, estando Marlon com sua motocicleta, foi com o declarante até o Posto Oliveira, situado na Al. N. Sr.ª de Fátima, tendo o declarante solicitado ao frentista que abastecesse o aludido veículo no valor de R\$15,00 (quinze reais); que pagou com o cheque em questão e recebeu o troco; que, dias depois, foi procurado pelo gerente do posto, sendo informado de que o cheque 'era roubado'; que conhece a titular do cheque, Sr.ª Andreia, pois costuma ir ao estabelecimento comercial da mesma, que fica localizado no Bairro Elias Raimundo, nesta cidade; que pretende pagar o prejuízo que causou ao referido posto de abastecimento; que quanto a Marlon, o mesmo reside no Bairro São Geraldo, podendo indicar a localização da casa do mesmo. (f. 23-24)

Inquirido, sob o crivo do contraditório, o recorrente afirmou:

Informa o interrogando que não furtou o talão de cheques e encontrou a folha já preenchida, tanto assim que deu seu endereço correto no posto de gasolina. Não sabe ler nem escrever, não podendo ter preenchido o cheque. Estudou até a 1ª série. Já foi preso anteriormente. Esclarece que a folha de cheques estava preenchida e assinada quando a encontrou. De fato, recebeu o troco após o pagamento do combustível. O interrogando não reembolsou o valor que recebeu e não foi procurado, e sim seu pai (f.148).

Não bastasse, a proprietária da folha de cheques, Andreia Alves Capruni, em juízo (f. 147), confirmou as declarações prestadas em sede inquisitorial, segundo as quais:

[...] que em uma determinada data, sendo que a declarante retornara de uma viagem, o seu genitor, Paulo Capruni, informou-lhe acerca do desaparecimento do talonário de cheques da declarante, sendo que o mesmo ainda continha 13 folhas em branco; que seu pai informou-lhe que não tinha certeza se o talonário fora perdido ou subtraído; que, para resguardar-se de futuros problemas, a declarante solicitou a feitura de uma ocorrência, bem como compareceu à mencionada agência bancária e solicitou que o pagamento dos cheques desaparecidos fosse susgado; que, ainda, na mesma data em que adotou tais medidas, soube, através do Sr. Ernani, que é gerente do Posto Oliveira Ltda., que um dos cheques fora dado naquele estabelecimento em pagamento de combustível; que, segundo Ernani, fora o rapaz de nome 'Vicente' que fizera o pagamento; que a declarante conhece 'Vicente', que trabalha na 'Panificadora Nicácio', sendo que o mesmo frequenta o estabelecimento comercial da declarante; que, exibida cópia do cheque de nº 900767, no valor de R\$85,50, para a declarante, a mesma não reconhece a assinatura aposta ali como sendo de sua emissão, tampouco o preenchimento (f. 13).

Nesse contexto, dúvidas não restam de que Vicente efetivamente obteve, mediante artil, vantagem econômica em prejuízo do estabelecimento comercial Posto dos Coelhoos.

Ora, o acusado admitiu, em ambas as fases do processo, haver utilizado a cártula - a qual, segundo ele, já se encontrava preenchida e assinada - para efetuar o abastecimento da motocicleta de um credor (Marlon), no importe de R\$15,00, recebendo, em espécie, a importância remanescente de R\$70,00, como troco.

A propósito, evidente que o apelante, ludibriando a boa-fé do frentista, agiu com vontade livre e consciente de auferir indevido ganho patrimonial, apresentando cheque de terceiro, ciente de que não lhe pertencia, visto que achado na rua.

Assim, temos que o réu, mediante fraude (apresentação de cheque "achado"), adquiriu mercadoria e obteve vantagem patrimonial, causando prejuízo ao estabelecimento comercial.

Ora, não sendo o réu o portador legitimado do cheque, isto é, não sendo o credor do valor nominal apostado na cártula, mas utilizando-se deste para obter vantagem patrimonial, configurado encontra-se o elemento subjetivo do tipo.

Ressalte-se que o fato de o cheque ter sido encontrado não torna o réu seu legítimo possuidor, uma vez que o seu assenhoreamento é defeso em lei.

Não bastasse, impõe-se registrar que o acusado, além de ter ciência de que o valor estampado na cártula não lhe pertencia, declarou conhecer a correntista e proprietária da folha de cheque, comprovando, assim, o dolo de obter, mediante artil, indevida vantagem econômica em prejuízo do estabelecimento comercial Posto dos Coelhoos, pois, conhecendo a primeira, não lhe restituiu a cártula.

Nesse sentido, o trato pretoriano:

Estelionato. Fraude com utilização de cheque de terceiro. Pagamento de mercadorias. Crime configurado. Decreto condenatório. Cabimento. - Configura o crime de estelionato o uso de cheque de terceiro, supostamente achado, para pagamento de mercadorias adquiridas da vítima, enganada pela fraude na exibição da cártula (TJSP - Apelação Criminal com revisão nº 993.05.058531-0 - 4ª Câmara Criminal - j. em 7 de julho de 2009).

Penal. Estelionato. Condenação. Irresignação defensiva. Pedido de absolvição. Prova testemunhal e pericial. Condenação mantida. Arrependimento posterior. Devolução do bem após apreensão pela polícia. Impossibilidade. Recurso conhecido e improvido. - O agente que fornece como pagamento cheque perdido, pertencente a terceiro, na compra de veículo automotor, induzindo a vítima em erro, comete o delito de estelionato. - Não há falar em aplicação do art. 16 do Código Penal [arrependimento posterior], se o agente só devolve o bem após intervenção da Polícia (Apelação Criminal nº 1.0083.04.000970-2/001 - Relator: Des. Pedro Vergara).

Estelionato. Crime e autoria comprovados. - O recorrente confessou que entregou o cheque de terceiro (perdido por seu correntista) para pagamento de compras efetivadas em favor da pessoa que o acompanhava. Por outro lado, os depoimentos da proprietária e da funcionária da loja lesada não deixaram dúvidas de que ele se induziu em erro, ao afirmar que o cheque era de um parente, permitindo a anotação de seus dados no verso do cheque. E também usou da informação de que era conhecido de vista da funcionária. São fatos que serviram de engodo, enganando a tomadora do cheque, permitindo que o apelante obtivesse vantagem patrimonial. Estelionato caracterizado. Decisão: Apelação defensiva desprovida. Unânime (TJRS - APCRIM nº 70010224723 - 7ª Câmara Criminal - Rel. Des. Sylvio Baptista, j. em 28.5.2005).

Logo, tem-se que o réu auferiu, com a prática do golpe, lucro indevido, em prejuízo do posto de combustíveis.

Aliás, em face da não apreensão do cheque, tem-se que a materialidade delitiva, embora não destacada nos autos do processo, encontra-se suprida pela prova oral, sobretudo pelas declarações prestadas pelo réu e pela testemunha Andreia Alves Capruni, dando conta da ocorrência do injusto.

Pelo exposto, rejeito a tese absolutória fundada na alegação de ausência de provas da autoria delitiva e da ausência do dolo caracterizador do tipo.

A defesa requer, ademais, seja aplicado à hipótese o princípio da insignificância.

Melhor sorte não o socorre.

Com efeito, decompondo o conceito de tipicidade penal, tenho entendido por absolver os autores dos intitulados crimes de bagatela.

Ora, como sabido, a tipicidade penal congrega a adequação típica e a lesividade da conduta.

A adequação típica ou tipicidade formal verifica-se sempre quando a conduta - comissiva ou omissiva - do agente amoldar-se, com precisão, àquela abstratamente definida em lei como crime.

A lesividade ou tipicidade material, a seu turno, determina-se pela "repercussão" imposta, na sociedade, pela conduta do agente. Noutras palavras, a conduta será materialmente típica quando, na prática, seriamente ofender bem jurídico tutelado. Somente assim importará ao Direito Penal, que deve ser mínimo, fragmentário.

Nesse contexto, conclui-se que o mínimo valor do resultado obtido autoriza o juiz a absolver o réu quando a conduta do agente não gerou prejuízo considerável para o lesado, nem foi cometida com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. É, como esposado, o princípio do direito penal mínimo, adotado por este Relator. Ademais, desde Justiniano, de *minimis non curat praetor*.

Todavia, *in casu*, o prejuízo causado pela conduta do agente não foi insignificante.

Como se depreende da prova dos autos, o prejuízo causado ao estabelecimento comercial foi de R\$ 85,00, isto é, cerca de um terço do valor do salário-mínimo vigente, que, à época dos fatos, era de R\$ 260,00.

Assim, tem-se que o prejuízo gerado pelo agente não foi insignificante, por isso que o pedido absolutório, ancorado no princípio da bagatela, não merece acolhida.

Postas essas considerações, a condenação é medida que se impõe!

Como indicado na sentença, o crime restou cometido na forma consumada, de sorte que o agente efetivamente obteve, mediante ardid, indevida vantagem patrimonial em prejuízo do posto de combustíveis.

Observo, outrossim, que o recorrente faz jus ao benefício do privilégio, de sorte que, além de primário e sem antecedentes penais (f. 82), o prejuízo suportado pela vítima - R\$85,00 - malgrado não seja insignificante, repise-se, é de pequeno valor, visto que não ultrapassou a terça parte do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Além disso, faz jus o increpado à circunstância atenuante da confissão espontânea, de tal arte que suas declarações, aliadas às demais provas colacionadas aos

autos, foram utilizadas no reconhecimento de sua culpabilidade.

No que tange à dosimetria de penas, verifico que o Magistrado - na primeira fase da operação - laborou em equívoco na análise das circunstâncias judiciais, notadamente em relação aos antecedentes e à conduta social do agente.

Isso porque, consoante se verifica da CAC de f. 82/83, o acusado, ao tempo dos fatos, não possuía nenhuma sentença penal condenatória transitada em julgado, com ou sem força para gerar reincidência.

Aliás, ressalte-se que não podem ser consideradas, em desfavor dos agentes, ações penais em curso e inquéritos policiais, tampouco condenações transitadas em julgado em data posterior à do fato *sub judice*.

Assim, impõe-se reconhecer que o increpado, ao tempo do fato, era possuidor de bons antecedentes.

Quanto à conduta social, ao contrário do que afirmou o Sentenciante, o acusado possui ocupação lícita, pois que exerce a profissão de padeiro (f. 148).

Por fim, verifico que o Sentenciante não agiu com o costumeiro acerto ao fixar a pena pecuniária, porquanto não observou a necessária proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada.

Passo, assim, à reestruturação das reprimendas.

Na primeira fase da operação de dosimetria, preconizada no art. 68 do CP, e considerando que:

- a culpabilidade é própria do tipo;
- a conduta social do agente não pode ser avaliada, pois que nos autos inexistem elementos seguros a demonstrar seu comportamento na família e na sociedade;
- a personalidade do increpado também não há como ser avaliada através da suma documental emergente dos autos, que não reúne elementos para a averiguação do conjunto somatopsíquico do réu;
- os motivos: obtenção de lucro fácil;
- as circunstâncias em que praticado o crime foram aquelas próprias ao tipo;

- as consequências do delito foram sérias, de sorte que restou para a vítima efetivo prejuízo patrimonial;

- o comportamento da vítima em nada facilitou ou incentivou a prática do crime.

Assim, fixo as penas-base em um ano e três meses de reclusão e treze dias-multa.

Na segunda fase, concernente ao exame das circunstâncias, em face da atenuante da confissão espontânea, reduzo as reprimendas de 1/6, encontrando, dessarte, um ano e quinze dias de reclusão, e pecuniária de 10 dias-multa.

Não há agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, concernente ao exame das causas, em virtude do privilégio, e considerando que o valor do efetivo prejuízo causado à vítima (R\$85,00) é bem inferior ao do salário-mínimo vigente à época dos fatos (R\$260,00), reduzo a reprimenda de dois terços,

resultando, dessarte, quatro meses e cinco dias de reclusão e três dias-multa.

Como bem definido na sentença, mantenho o valor unitário do dia-multa no mínimo legal de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho, como na sentença, o regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade imposta ao apelante, com âncora no art. 33, § 2º, c, do CP.

Ao contrário do que entendeu o Sentenciante, penso que o réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos. Isso porque primário, e não há, nos autos, elemento a indicar que a aludida substituição não lhe seja socialmente recomendável, visto que a circunstância de responder a outras ações penais, por si só, não autoriza o indeferimento da medida, ante o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ademais, no presente caso, as circunstâncias judiciais do réu foram avaliadas, em sua maioria, favoráveis.

Posto isso, com fundamento no disposto no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por uma restritiva de direitos, na modalidade de limitação de fim de semana, devendo ser cumprida em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, nos moldes do disposto no art. 48 do CP, na forma a ser determinada pelo Juízo da VEC.

Essa pena será cumprida pelo tempo da privativa de liberdade aplicada, conforme determina o art. 55 do CP.

Por fim, tenho que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Estado, retroativamente, haja vista a data do recebimento da denúncia (23.02.07 - f. 77) e a data da publicação da sentença (10.9.09 - f. 155-v.), tendo em vista a pena aplicada (quatro meses e cinco dias de reclusão), tudo com fundamento no disposto nos arts. 107, IV, primeira figura; 109, VI e 110, §1º, todos do CP.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso para reduzir as penas impostas ao apelante, definindo-as em: privativa de liberdade de quatro meses e cinco dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos, na modalidade de limitação de fim de semana, e pecuniária, de 3 dias-multa de valor unitário mínimo legal.

Por fim, transitada em julgado a presente para a acusação, fica desde já declarada a extinção da punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na sua modalidade retroativa, com fundamento no disposto nos arts. 107, IV, primeira figura; 109, VI, e 110, §1º, todos do CP.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Tribunal do Júri - Ciúme - Motivo torpe - Caracterização - Qualificadora - Configuração - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Inadmissibilidade

Ementa: Homicídio tentado. Motivo torpe. Qualificadora incidente.

- O ciúme, para não incidir nas qualificadoras do art. 121, § 2º, I e II, do CP, tem de ser moralmente aceitável como uma emoção humana desnordeante, com carga afetiva capaz de destemperar as atitudes do indivíduo com relação ao objeto do ciúme. Porém, essa convicção não subsiste quando o sentimento que move o agente é mesquinho, resultado de um despeito ressentido e vingativo externado contra a vítima, como ocorre nos autos.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0480.04.050078-1/001 -
Comarca de Patos de Minas - Apelante: Cláudio dos Reis
Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas
Gerais - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2010. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Trata-se de apelação interposta por Cláudio dos Reis Silva contra sentença que o condenou a cumprir a pena de oito anos de reclusão, em regime semiaberto, por incurso no art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, ambos do CP.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sintética reportagem no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por subsumir-se nos seus pressupostos de admissibilidade.

O apelante alega que desconhecia o fato de a vítima Adriana Carla da Silva manter um triângulo amoroso com ele e a outra vítima, Florisvaldo; assim, entende que restou demonstrado ter agido por ciúmes ao atirar contra ambas as vítimas. Nesse sentido, afirma que o ciúme é uma emoção humana e que não pode ser considerada como motivo torpe ou fútil, consoante reiterado entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema. Assim, entende que não se apresenta, no caso em tela, a

qualificadora estabelecida no inciso I do § 2º do art. 121 do CP. Essa situação é demonstrativa de que o veredicto dos jurados foi contrário às provas dos autos, a determinar a sua cassação para levá-lo a novo julgamento.

Sobre o tema, como já me manifestei no julgamento da Apelação Criminal nº 1.0344.06.028873-7/001, tenho que o ciúme, para não incidir nas qualificadoras do art. 121, § 2º, I e II, do CP, tem de ser moralmente aceitável como uma emoção humana desnorteante, com carga afetiva capaz de destemperar as atitudes do indivíduo com relação ao objeto do ciúme. Houaiss, no seu *Dicionário da língua portuguesa*, define o ciúme como: “Estado emocional complexo que envolve um sentimento penoso provocado em relação a uma pessoa de quem pretende o amor exclusivo.” Porém, a retromencionada convicção não subsiste quando o sentimento que move o agente é mesquinho, resultado de um despeito ressentido e vingativo externado contra a vítima, como ocorre nos autos. Vejamos.

A vítima Adriana Carla da Silva, ao depor na fase administrativa (f. 38/40) e na de pronúncia (f. 132/136), relatou que havia terminado o seu namoro com o apelante antes de se relacionar com a outra vítima, Florisvaldo Gonçalves dos Santos, e nunca mais reatou com aquele, apesar de suas insistentes tentativas. Essas declarações da vítima Adriana Carla da Silva, são confirmadas pelos depoimentos da outra vítima, Florisvaldo (f. 14/16 e 137/141), e das testemunhas: Marcelino Vermeule Miranda (f. 19/20), Alessandro Rogério da Silva (f. 43/44) e Adriano Teixeira Pinto (f. 47/48 e 100). Assim, infere-se que essa prova desmistifica a tese defensiva do apelante de que, num assomo furioso e desenfreado de ciúmes, atacara Adriana e Florisvaldo. Ao contrário, a aludida prova caracteriza que o apelante agira de forma premeditada e vingativa para satisfazer o seu ressentimento pelo fim do namoro com a vítima Adriana.

Dessarte, conclui-se que torpe foi o motivo impulsionador da atitude do apelante, porquanto os seus propósitos homicidas se arrimavam na vingança pelo fim do relacionamento amoroso com a vítima Adriana Carla da Silva. Ora, verifica-se que o apelante ruminou um sentimento de vingança até que surgiu a oportunidade de se defrontar com a vítima, o que é uma característica ignóbil, caracterizando a qualificadora do art. 121, § 2º, I, do CP.

A propósito, é a lição de Fernando Capez, v. g.,

Torpe é considerado o motivo moralmente reprovável, abjeto, desprezível, vil, que suscita a aversão ou repugnância geral, por exemplo, matar alguém para receber uma herança. (*Código Penal comentado*. Ed. Verbo Jurídico, 2007, p. 221).

Enfim, vislumbro ser correta a resposta dada pelo Conselho de Sentença ao quesito 05, que reconheceu a existência da qualificadora em comento, em face de a

prova coligida no feito arrimar, amplamente, essa conclusão. Logo, não se há de falar em ineficácia do julgamento à finalidade de levar o apelante a novo Júri, como, em realidade, ele pretende. É a posição adotada por este egrégio TJMG, *verbatim*,

Homicídio. Prova da autoria. Qualificadora. Reconhecimento pelo Júri. Impossibilidade de novo julgamento. - Não é possível submeter o réu a novo Júri, se a decisão do Júri se encontra de acordo com a prova dos autos, que o aponta como o autor do crime, cometido por motivo fútil, valendo-se de recurso que dificultou a defesa da vítima. (Ap. Crim. nº 1.0378.01.000327-5/001 - Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel - DJ de 25.10.2005.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação em apreço.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDI WAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime para a forma culposa - Impossibilidade - Desconhecimento da ilicitude - Não ocorrência - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Não cabimento - Assistência judiciária - Custas processuais - Pagamento - Isenção

Ementa: Apelação criminal. Art. 38 da Lei 9.605/98. Crime contra a flora. Danos à mata atlântica. Floresta de preservação permanente. Autoria e materialidade comprovadas. Pena substitutiva. Descabimento na hipótese. Condenação mantida. Réu assistido por defensor público. Isenção do pagamento de custas.

- Atestada a materialidade do delito mediante laudo pericial, bem como a autoria pela própria confissão do acusado, não há que falar em absolvição.

- O aventado desconhecimento da ilicitude da conduta não enseja a desclassificação para a modalidade culposa do delito, podendo influir, quando muito, na culpabilidade do agente, o que também não é o caso, pois a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar tal alegação.

- Não se mostra recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando o

réu, embora não seja reincidente específico, já obteve tal benefício na condenação anterior e, poucos meses depois, voltou a delinquir, indicando que a pena substitutiva poderia servir de estímulo para a reiteração criminosa.

- De acordo com o art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.04.070461-5/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Gilson Catarina da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVI-MENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2010. - Renato Martins Jacob - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Gilson Catarina da Silva interpõe recurso de apelação em face da respeitável sentença de f. 85/91, que julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da ação penal pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando o recorrente nas sanções do art. 38 da Lei 9.605/98, fixando a pena em um ano de detenção, em regime aberto, e dez dias-multa, na mínima fração legal, negada a conversão em pena substitutiva.

Verificando o cumprimento dos requisitos do art. 77 do Código Penal, o douto Juízo a quo suspendeu a execução da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, sob a condição de o réu prestar serviços à comunidade, no primeiro ano, e comparecer em juízo mensalmente, não podendo frequentar locais de tavolagens e se ausentar da comarca por mais de quinze dias sem prévia autorização judicial.

Nas razões recursais de f. 98/104, a douta Defensoria Pública invoca o princípio da ofensividade e alega que “a área onde supostamente teriam ocorrido as ações delituosas não apresenta nenhum sinal de dano ao meio ambiente provocado por ação humana”. Diz, ainda, que o réu desconhecia a ilicitude da conduta,

razão pela qual seria imperiosa a desclassificação para a modalidade culposa do delito. Noutra giro, argumenta que o denunciado não é reincidente específico, razão pela qual não se justifica a negativa da concessão de pena substitutiva.

Ao final, pede o benefício da justiça gratuita, a absolvição do acusado, desclassificação para modalidade culposa e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito.

Contrarrazões acostadas às f. 105/110.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 116/121, opinando pelo parcial provimento do recurso, tão somente para que seja concedida a isenção do pagamento das custas processuais.

A denúncia foi recebida em 10.07.2006 (f. 42), tendo sido publicada a sentença condenatória em 16.12.2008 (f. 91-v.). Nenhuma preliminar foi arguida e também não vislumbro, de ofício, qualquer nulidade processual.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelante foi denunciado por infração aos arts. 38 e 45, ambos da Lei 9.605/98, por ter efetuado, em maio de 2004, em sua propriedade, localizada na zona rural de Rio Espera/MG, o “corte raso, sem destoca, em uma área de aproximadamente 1,00 hectare de área considerada de preservação permanente, localizada no topo do morro”, objetivando o carvoejamento.

Não houve insurgência ministerial contra a absolvição pelo delito do art. 45 da Lei 9.605/98, razão pela qual se cinge a controvérsia tão somente quanto à ocorrência do delito do art. 38 da referida lei, que tipifica a conduta de “Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”.

Inicialmente, não há dúvidas quanto à materialidade do delito, em face do laudo pericial (f. 21/23) e anexos fotográficos (f. 24/25), em consonância com o teor do boletim de ocorrência (f. 06/07). A autoria também é certa, visto que o próprio réu, quando ouvido em juízo, admitiu que “apenas fez uma limpeza em seu terreno, e a madeira que foi cortada na limpeza o interrogando usou para fazer carvão”, confirmando que não tinha autorização do órgão competente “para fazer o tal desmate” (f. 51).

A tipicidade da conduta não é posta em dúvida pelo recorrente e, de todo modo, o laudo pericial foi incisivo ao afirmar que a área desmatada integrava a Mata Atlântica e estava em área de preservação permanente:

6. A supressão da vegetação atingiu área de preservação permanente ou reserva legal? Justificar.

Sim, 060 ha se encontram em área de preservação permanente segundo o art. 10 inciso V da Lei 14.309, de 19 de julho de 2002 (topo de morro).

7. Qual tipologia da vegetação atingida?

Formada por vegetação em estágio secundário de regeneração, de floresta estacional semidecidual.

8. A supressão de vegetação atingiu espécies protegidas de corte ou áreas de domínio de Mata Atlântica (Decreto 750/93)?

A área está inserida na região de domínio de Mata Atlântica, conforme Decreto 750/93) (f. 22).

Passando ao exame das teses recursais, descabido o pedido de absolvição com base no princípio da ofensividade.

Ao que parece, a defesa sugere que a conduta não ofendeu concretamente o tipo penal. Entretanto, não vejo dessa forma. O bem jurídico tutelado no referido tipo incriminador é o meio ambiente, mais especificamente a manutenção das florestas de preservação permanente, objetos estes que foram, sim, atingidos pelo réu.

Mais uma vez, reporto-me ao laudo pericial, cujo teor em nenhum momento foi desconstituído pela defesa:

O infrator, ao efetuar este desmatamento, causou danos aos recursos ambientais, pois a floresta desmatada entre outros servia como abrigo, refúgio e fonte de alimentação dos animais silvestres e de proteção do solo, contribuindo dessa forma para um maior escoamento superficial de águas de chuvas, que certamente provocará o carreamento de partículas sólidas do solo (erosão superficial) com conseqüente assoreamento dos mananciais e curso d'água, e evitando também a infiltração da água de chuva no solo, regulando dessa forma o volume de água no lençol freático, lençol este que abastece as nascentes. Em face ao exposto, a retirada desta floresta contribuirá para a diminuição de água do lençol freático, resultando portanto na diminuição das águas naturais (f. 22).

Também não há a menor possibilidade de desclassificar o delito para a modalidade culposa (art. 38, parágrafo único, da Lei 9.605/98), *data venia*.

Isso porque não vejo nenhuma dúvida quanto à presença do dolo na conduta do agente - lembrando que, para a conformação do dolo, basta a conjugação da vontade e da consciência - e, pelas próprias palavras do réu, vê-se que ele tinha intenção de agir daquela forma, pois, no seu entender, "queria fazer uma limpeza em seu terreno" (f. 51).

Com a devida vênia, a alegação de que ele "desconhecia a ilicitude da conduta" poderia interferir, quando muito, na culpabilidade, mas não na tipicidade da conduta, sendo que a desclassificação para a modalidade culposa somente é cabível diante da configuração de alguma imprudência, negligência ou imperícia, o que, definitivamente, não é que o caso dos autos.

Porém ainda, que sob o espectro da culpabilidade, não vejo como acolher o inconformismo recursal.

A tese de que o réu desconhecia o caráter ilícito da conduta se limitou ao campo das alegações, não encon-

trando nenhum respaldo probatório, sendo sempre oportuno lembrar a lição de Júlio Fabbrini Mirabete de que:

ao acusado cabe a prova das causas excludentes da anti-juridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena (atenuantes, causas privilegiadoras etc.) ou concessão de benefícios penais (*Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 285).

Assim, estando devidamente comprovadas a autoria, materialidade e tipicidade do delito, inexistindo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, impõe-se a confirmação do édito condenatório.

A pena carcerária fixada na sentença não merece reparos, mesmo porque já se encontra no mínimo legal (um ano de detenção) e no regime mais brando.

Data venia, não procede o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Ainda que o réu não seja reincidente específico, tal conversão deve ser aplicada somente quando o juiz verificar, em face da condenação anterior, que tal medida seja "socialmente recomendável".

Ora, o réu foi condenado definitivamente pela prática do delito de furto em 15.03.2004 (f. 12), obtendo, na ocasião, o benefício da pena substitutiva. Passados menos de dois meses depois, o réu veio a praticar o delito em exame, o que, à primeira vista, já indica que conceder novamente tal benefício poderia soar como impunidade, mostrando-se incapaz de cumprir a finalidade preventiva especial da pena, como um "convite" para que ele volte a delinquir.

Nesse ponto, peço vênia para transcrever a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Considerando a grande elevação das hipóteses de substituição, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa desse requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck, prudencial, e diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. [...] A suficiência da substituição prevista pelo Código Penal está voltada diretamente para a finalidade preventiva especial. (*Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 456/457.)

Mantenho o benefício da suspensão condicional da pena concedido pelo douto Juízo *a quo*, até porque não houve insurgência ministerial a respeito.

Porém, a sentença merece reparos na condenação ao pagamento das custas processuais. Isso porque, de acordo com o art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

Considerando que o recorrente não possui condições financeiras de prover as custas do processo, por ser pobre no sentido legal, estando assistido pela operosa Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, deve ser dispensado do pagamento, *ex vi* do citado art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, fazendo jus aos auspícios da gratuidade judiciária.

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão somente, para isentar o apelante do pagamento das custas processuais, mantida, quanto ao mais, a respeitável sentença vergastada, inclusive quanto ao direito de interpor eventuais recursos em liberdade.

Custas, na forma da Lei 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Atropelamento - Viatura policial - Dever de cuidado objetivo - Inobservância - Culpa - Imperícia - Autoria - Materialidade - Prova - Nexo causal - Condenação - Inépcia da denúncia - Não configuração - Requerimento de diligências - Indeferimento - Decisão - Fundamentação - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor - Redução da pena - Proporcionalidade

Ementa: Homicídio culposo. Direção de veículo automotor. Inobservância dos deveres de cuidado. Atropelamento da vítima na calçada. Previsibilidade objetiva. Imperícia. Absolvição. Impossibilidade. Suspensão da habilitação para conduzir veículos. Diminuição do prazo. Admissibilidade.

- Clara é a conduta culposa do motorista que, sem observar os cuidados devidos, atropela pedestre na calçada, demonstrando imperícia na condução de veículo automotor.

- A pena de suspensão de habilitação para conduzir automóveis deve se subsumir à proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, quando inexistir motivação suficiente para uma imposição maior.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.03.071791-6/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Círcio Ribeiro Bonfim - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERBERT CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Brum, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2010. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo apelante, o advogado Francisco José Vilas Boas Neto.

DES. HERBERT CARNEIRO - Trata-se de apelação criminal interposta por Círcio Ribeiro Bonfim contra a sentença de f. 250/257, que o condenou nas iras do art. 302, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.503/97, às penas de 2 (dois) anos e 8 meses de detenção, em regime aberto, e 2 anos e 8 meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. A privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

Narram a denúncia e posterior aditamento que, no dia 1º de janeiro de 2003, por volta das 17 horas e 45 minutos, na Avenida Severino Ballesteros, altura do nº 500, Bairro Ceasa, em Contagem, o acusado, que se encontrava na direção do veículo automotor marca Pálio, placa GTM-8486, viatura policial, de forma imperita, inobservando cuidado objetivo exigido, atropelou a vítima Alberto Vieira, causando nele as lesões corporais descritas no relatório de necropsia de f. 48/49, as quais, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente da morte do mesmo.

Consta, ainda, f. 246, que, no local acima referido, ao efetuar uma curva, o acusado, de forma imperita, perdeu o controle do automóvel, que veio a rodar na pista, chocar-se no meio-fio e bater na cerca de arame do Ceasa, capotando a seguir.

Consta, finalmente, que durante o acidente o automóvel bateu contra a vítima, que se encontrava na calçada.

Em razões recursais de f. 275/283, pugna o apelante, em sede preliminar, pela nulidade do processo por inépcia da denúncia, por preterir a forma estipulada no art. 41 do CPP. Alega, ainda, a ocorrência de cerceamento de defesa, pelo indeferimento de diligência por ele requerida na fase do art. 499 do CPP (vigente à época).

Contrarrazões do Órgão Acusador, às f. 287/291, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 292/302, pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, conquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Das preliminares.

1) Nulidade do processo por inépcia da denúncia.

Não tem como prosperar a citada prefacial.

A denúncia, ao contrário do que alega o apelante, atende aos pressupostos legais previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, descreve crime em tese, capitula, com os requisitos e circunstâncias possíveis, de molde a possibilitar a compreensão da acusação e o exercício da mais ampla defesa.

Como cediço, somente quando se trate de omissão dos elementos fáticos essenciais à configuração dos fatos principais é que a denúncia pode ser considerada inepta, caso não possa ser suprida por outros elementos de prova, antes da sentença final, o que não ocorre nos autos.

Ademais, com o advento do édito de condenação, fica prejudicada qualquer menção à peça de ingresso que foi acolhida, ficando preclusa a matéria. Havendo sentença, contra ela deve ser dirigido o ataque, e não mais contra a inicial.

Conforme leciona Nestor Távora e Rosmar Antonni, já inclusive colacionados pela douta Procuradoria de Justiça:

Segundo o STF, a inépcia da inicial só pode ser suscitada até antes da prolação da sentença. Advindo sentença, o que se pode questionar, a partir de então, é a própria decisão condenatória, e não mais a denúncia que deu ensejo à mesma.

E prosseguem os referidos doutrinadores:

Não se deve confundir inépcia da inicial com descrição sucinta dos fatos contidos na peça. É de bom-tom que a denúncia seja clara, direta, bem estruturada e precisa. A descrição comedida, porém clara, dos acontecimentos é o que exige a boa técnica (*Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Editora Jus Podivm, 2009, p. 146-147).

Dessarte, rejeito a preliminar.

DES. EDUARDO BRUM - Anoto que estive atento à sustentação oral produzida, da tribuna, a cargo do ilustre Dr. Francisco José Vilas Boas Neto, que primou pela combatividade e garra na defesa dos interesses do ora patrocinado.

Volto a destacar que entendo diferentemente do augusto Supremo Tribunal Federal, que adota posição, *data venia*, a meu ver, simplista, no sentido de que a inépcia da inicial só pode ser arguida até antes da prolação da sentença.

Defendo que, se a peça de ingresso não atende aos requisitos do art. 41, CPP, evidentemente ela não poderá viabilizar o exercício constitucional do direito de defesa, e esta nulidade é de ordem absoluta e pode ser declarada, inclusive de ofício e na presente fase processual, tenha, ou não, sentença, ou mesmo tenha, ou não, acórdão já prolatado.

Imaginem a situação de uma denúncia substancialmente imperfeita e de uma formalmente impecável sentença posterior. Onde estará preservada a ampla defesa se apenas o réu poderá questionar a sentença em si mesma, e não o próprio nascedouro do processo de origem ilegal, pois que a denúncia não atenderia aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal?

Logo, rejeito essa tese, todavia, o caso dos autos não revela inépcia ou deficiência de denúncia, ela é apta.

Rejeito a preliminar, porém, por esse motivo.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Sr. Presidente, quero destacar que realmente a matéria não é pacífica acerca da descrição do crime culposos, mas, ao que percebo da denúncia, conforme bem o fez o em. Des. Relator, ao transcrever trecho da mesma, percebo que ela permitiu, ao ora apelante, exercer o seu direito regular de defesa. Não me pareceu inepta a denúncia.

Lado outro também, já que a matéria foi colocada em discussão, rogando vênias a V. Ex.^ª, Revisor, entendo cabível a decisão do Supremo, visto que o pressuposto da atuação da 2ª instância é uma decisão judicial, de maneira que somente contra ela pode se dirigir o acórdão, mesmo que a consequência lógica seja a absolvição do eventual condenado, por atipicidade da conduta ou qualquer outro vício que tenha nascido na denúncia e, por essa razão, estou também rejeitando a preliminar, nos termos do voto Relator.

DES. HERBERT CARNEIRO - Sr. Presidente, só registrando, já que levantado por V. Ex.^ª, no caso em particular e reforçando o argumento, não rejeito a tese da inépcia tão somente porque apresentada a destempo, mas, insisto, consta claramente de meu voto que tenho que, na espécie, restaram tranquilamente comprovados os requisitos do art. 41, de modo a receber a denúncia como efetivamente ocorreu.

2) Cerceamento de defesa por indeferimento de diligência requerida na fase do então vigente art. 499 do CPP.

Observa-se que a defesa do apelante pleiteou fosse expedido ofício aos peritos, subscritores do laudo de f. 53/57, a fim de que os mesmos esclarecessem os motivos que os levaram à conclusão de que aquele foi o responsável pela perda do domínio do veículo.

A Magistrada, de forma fundamentada, à f. 217, indeferiu o pleito, ao entendimento de que aquele não

era o momento apropriado para ser produzida a prova requerida.

Realmente, constata-se que o laudo pericial foi juntado aos autos antes mesmo do recebimento da inicial acusatória (f. 70) e, por ocasião da defesa prévia, não houve qualquer questionamento referente à regularidade do referido documento, tampouco de suas conclusões, nem mesmo houve requerimento de oitiva dos peritos em audiência para sanar eventual dúvida.

E, conforme bem observado pelo douto Procurador oficiente,

o requerimento de novas diligências - a teor do revogado, mas então vigente, art. 499 do CPP - ficaria condicionado à necessidade ou conveniência originada de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, e não daqueles que já se faziam presentes no processo antes mesmo do recebimento da denúncia e início do processo.

Ressalte-se que o requerimento de diligências é um direito garantido ao acusado, como corolário da ampla defesa e do contraditório no processo penal. Contudo, o exame de sua viabilidade cabe ao juiz da causa, o qual possui a faculdade de negá-las, motivadamente, quando entender desnecessárias.

A jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal e do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido:

Habeas corpus. Alegação de nulidade pelo cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências. Inocorrência.

Na fase do art. 499 não se tem a renovação da instrução criminal. Pelo que ao juiz do processo é conferido o poder de decidir sobre a conveniência e a imprescindibilidade da produção de outras provas, a par das que já foram coletadas.

Decisão regularmente fundamentada.

Habeas corpus indeferido (STF - HC 87.728/RJ - Relator: Ministro Carlos Britto - Primeira Turma - DJ de 22.09.2006, p. 38).

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal. Diversas nulidades apontadas. Teses não apreciadas pelo eg. Tribunal a quo. Supressão de instância. Pedido de diligências. Indeferimento fundamentado. Ausência de cerceamento de defesa.

I - Teses que não foram analisadas pela autoridade apontada como coatora não podem ser examinadas por esta Corte, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo (Precedentes do STF e do STJ).

III - No caso em tela, o MM. Juiz, de forma fundamentada, indeferiu o pedido de diligências, asseverando, com base nos elementos constantes dos autos, que não se afigurava indispensável para a solução da lide, bem como não ficou demonstrada pela defesa a necessidade de sua realização.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado (STJ - HC 75.972/GO - Relator: Ministro Felix Fischer - Quinta Turma - DJ de 03.12.2007, p. 342).

Nesses termos, por não vislumbrar no presente caso qualquer mácula ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), rejeito a referida preliminar.

DES. EDUARDO BRUM - De acordo.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Tenho ciência da rejeição da preliminar acerca de eventual cerceamento de defesa.

Acompanho o Relator.

DES. HERBERT CARNEIRO - Mérito.

O pleito absolutório não comporta acolhimento.

A materialidade do delito restou suficientemente comprovada pelo BO de f. 03/07, certidão de óbito de f. 08 e relatório de necropsia de f. 48/49.

Da mesma forma, a autoria é inconteste.

O apelante afirmou na fase administrativa,

[...] que, devido estar chovendo, a viatura em dado momento rodopiou na pista, sendo que o declarante perdeu o controle da direção e a viatura foi arrastando lateralmente até aproximar as duas rodas do lado esquerdo sobre o meio-fio, o que provocou o tombamento.

Em juízo (f. 75), revelou que “desenvolvia cerca de 70 Km/h na viatura e o acidente se deu em uma curva aberta”.

O também policial militar, Manoelito Pereira Lisboa, passageiro do veículo, afirmou à f. 127 que:

[...] encontrava-se de serviço, juntamente com mais dois componentes, sendo o soldado Círcio e o tenente Cristiano, na viatura policial, que estava sendo conduzida pelo soldado Círcio; que estavam atendendo, em cobertura, a uma ocorrência referente a assalto a uma outra viatura que acompanhava a diligência um veículo Citroen, tomado de assalto, quando a viatura em que encontrava o declarante estava em movimento pela Av. Severino Ballesteros, altura do nº 500, próximo ao Ceasa, nesta cidade de Contagem/MG, sendo que a viatura desenvolvia velocidade compatível com a via, e acredita que era aproximadamente uns sessenta Km/h; que ocorre que neste dia chovia e, ao passar por uma poça d'água, o soldado Círcio veio por perder o controle de direção, rodando sobre a via, sendo arrastada lateralmente até o meio-fio, subindo sobre o passeio e vindo a bater em uma cerca de tela de um terreno do Ceasa, vindo a capotar, adentrando sobre a via novamente, parando seu movimento totalmente virada, ou seja, de rodas para cima; que, neste momento, o declarante conseguiu sair da viatura, posteriormente o tenente Cristiano, oportunidade em que o declarante pôde observar que a viatura havia atingido duas pessoas do sexo masculino que se encontravam caídas sobre a cerca de tela [...].

Em juízo, f. 112, afirmou que

em razão de irregularidades na pista e o grande volume de água, a viatura saiu de sua direção normal, rodopiou, passando atrás de um poste vindo a colher um pedestre que estava no passeio.

O Tenente/PM, Cristiano Hudson da Silva, que também se encontrava no veículo dirigido pelo réu, de igual modo, afirmou à f.16 que

a viatura, ao passar por uma poça d'água, o soldado Bonfim veio por perder o controle de direção, rodando sobre a via, sendo arrastada lateralmente até ao meio-fio, subindo sobre o passeio e vindo a bater em uma cerca de tela de um terreno do Ceasa, vindo a capotar sobre a via novamente [...]; que o declarante pôde observar que a viatura havia atingido duas pessoas do sexo masculino que se encontravam caídas sobre a cerca de tela.

Em juízo, f. 113, afirmou não ter nada a acrescentar ao depoimento referido acima.

Segundo a testemunha presencial dos fatos, Eliane Saldanha de Abreu, "a viatura estava desgovernada e colheu as vítimas em cima do passeio". Confira-se à f. 175.

No mesmo sentido, é o depoimento da testemunha Gilmar Claudiano dos Santos, que se encontrava próximo ao local dos fatos, f. 32/33, confirmado à f. 181.

De acordo com a conclusão dos peritos subscritores do laudo de f. 53/57: "o acidente em questão teve como responsável o condutor do veículo único (Pálio), por não manter domínio sobre o veículo que dirigia".

Da prova produzida se extrai que chovia no momento do acidente, havendo poças d'água na via, o que demandaria do condutor do veículo redobrar os cuidados devidos.

Nos termos do art.28 do CTB: "o condutor deverá, a todo o momento, ter o domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito".

O nexos de causalidade objetivo entre a conduta do apelante e o resultado morte da vítima restou indubitado, porquanto as lesões produzidas em consequência do atropelamento foram a causa efetiva do óbito do ofendido, conforme ressaí da certidão de óbito de f. 08 e do relatório de necropsia de f. 48/49.

Sem dúvida, com o seu comportamento, o recorrente criou o risco da produção de um resultado danoso, risco este que efetivamente se materializou no evento morte da vítima.

Há, portanto, conduta culposa decorrente da inobservância de um dever objetivo de cuidado, resultado compreendido no âmbito de proteção do tipo penal de homicídio culposo na direção do veículo automotor e, também, nexos causal entre a conduta e o evento morte,

restando assim configurados todos os elementos da definição típica.

Outrossim, era objetivamente previsível ao apelante a ocorrência do resultado, impondo-lhe cautela e comportamento diverso, que, na hipótese, não se cuidou de observar.

Na lição de César Roberto Bitencourt:

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível. [...] A tipicidade do crime culposo decorre da realização de uma conduta não diligente causadora de uma lesão ou de perigo a um bem juridicamente protegido. Contudo, a falta do cuidado objetivo devido, configurador da imprudência, negligência ou imperícia, é de natureza objetiva. Em outros termos, no plano da tipicidade, trata-se, apenas, de analisar se o agente agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível (*Tratado de direito penal*. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 347-348).

E ainda conforme anotam Zaffaroni e Pierangeli, em *Manual de direito penal brasileiro*:

No dolo, o típico é a conduta em razão de sua finalidade, enquanto na culpa, é a conduta em razão do planejamento da causalidade para a obtenção da finalidade proposta (4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 509).

No tocante às penas aplicadas, observo que foi regularmente obedecido o critério trifásico previsto no art. 68 do CP.

A pena privativa de liberdade foi estabelecida no mínimo legal, aumentada em seguida de 1/3, nos termos do art. 302, parágrafo único, inciso II, do CTB.

A sanção corporal foi substituída por restritiva de direitos, não comportando alteração.

Contudo, com relação à suspensão da habilitação para dirigir, entendo que, inexistindo justificativa para a imposição de um prazo maior, essa deve guardar proporcionalidade com a sanção corporal.

Diante disso, reduzo, de 2 anos e 8 meses, para 2 meses e 20 dias, a suspensão da habilitação do acusado.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses a pena de suspensão da habilitação para conduzir veículos automotores imposta ao apelante, permanecendo inalterado o restante da decisão recorrida.

Custas, na forma da lei.

DES. EDUARDO BRUM - Quanto ao mérito, de acordo com o Relator.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - De acordo.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Crime contra o meio ambiente - Pesca ilegal - Atipicidade conglobante - Ocorrência - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Ausência de tipicidade material - Absolvição

Ementa: Crime ambiental. Pesca ilegal. Absolvição. Princípio da insignificância. Possibilidade.

- Ainda que o art. 225 da Constituição Federal preveja ser direito de todos os cidadãos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância para absolver a conduta do agente que, embora surpreendido em atividade de pesca em local proibido, não havia capturado nenhum peixe, não constituindo essa conduta grave ameaça ao bem jurídico tutelado.

Preliminar rejeitada. Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0382.07.076337-2/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Gilberto Batista Salgado - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Pedro Geraldo de Oliveira - 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, sob a Presidência do Desembargador Paulo César Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - Antônio Armando dos Anjos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Lavras, Pedro Geraldo de Oliveira e Gilberto Batista Salgado, alhures qualificados, foram denunciados como incurso no art. 34 da Lei 9.605/98.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/04, que, no dia 1º.5.2007, por volta das 11h15min,

Às margens do Rio Grande, jusante da barragem do Funil, zona rural do Município de Lavras, os agentes públicos lotados na 8ª Cia. Especializada do Meio Ambiente, em patrulhamento de rotina, lograram surpreender os denunciados Pedro Geraldo de Oliveira e Gilberto Batista Salgado, os quais, na ocasião, pescavam em local proibido, utilizando-se, para tal mister, de petrechos não permitidos em lei.

O representante do Ministério Público propôs ao réu Pedro Geraldo de Oliveira o benefício da suspensão condicional do processo, mediante condições constantes da ata de audiência (f. 30), o que foi aceito pelo acusado e seu defensor, tendo o MM. Juiz suspenso o processo pelo prazo de 2 (dois) anos.

Regularmente processado, sobreveio, ao final, a r. sentença (f. 79/84), julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu Gilberto Batista Salgado, como incurso nas sanções do art. 34 da Lei 9.605/98, às penas de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária.

Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs regular recurso de apelação (f. 89), pleiteando, em suas razões recursais (f. 90/100), preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva. No mérito, requer a absolvição do crime pelo qual foi condenado, ao argumento de que não há provas suficientes para manutenção do édito condenatório ou com base no princípio da insignificância. Subsidiariamente, almeja seja reconhecido o crime impossível, ou que o delito seja desclassificado para a forma tentada, reduzindo-se a pena e decretando-se a prescrição.

O representante do Ministério Público, em contrarrazões (f. 102/113), pugna pelo provimento do recurso para se reconhecer a atipicidade da conduta.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da il. Procuradora de Justiça, Dr.ª Regina Belgo, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso, para que o réu seja absolvido pelo princípio da insignificância, subsidiariamente, que o delito seja desclassificado para a forma tentada.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Ab initio, no que diz respeito à preliminar, erigida pela defesa, de nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva, além de vislumbrar solução mais benéfica no mérito, penso que não lhe assiste razão, pois vigora na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que não se anula sentença por não enfrentamento frontal das teses da defesa quando, reflexivamente, essas puderem ser tidas como implicitamente afastadas pelo enfrentamento de outras teses.

Mercê dessas considerações, rejeito a preliminar arguida.

Não foram arguidos outros questionamentos preliminares ou nulidades e, não vislumbrando qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso, já que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como visto alhures, busca o apelante a absolvição, sustentando que não há nos autos prova para embasar

um decreto condenatório, ou com base no princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da figura do crime impossível ou que o delito seja desclassificado para a forma tentada, com consequente redução da pena e decretação da prescrição.

Analisando detidamente os autos, a meu ver, razão assiste à defesa em sua pretensão absolutória, porquanto comungo com o entendimento da douta Procuradora oficiante quanto à aplicação do princípio da insignificância.

Em meus julgamentos neste Tribunal, de há muito, venho entendendo ser possível a aplicação do princípio da insignificância a casos de pouca relevância, como no caso em exame, já que o crime, como fato social que é, deve ser apreciado em sua inteireza, notadamente em relação à afetação do bem jurídico e ao desvalor da conduta.

De acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, o princípio da insignificância é conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, afastadas do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal. A propósito, sobre o assunto, mostra-se oportuno trazer a lume a doutrina de Carlos Vico Mânas:

[...] portanto, a Lei Penal jamais deve atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade como o presente, e o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desta espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra *nullum crimen sine lege*. Que nada mais faz do que revelar a natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal [...]. (MANÁS, Carlos Vico. *Princípio da insignificância como excludente da tipicidade do direito penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 56.)

Nesse mesmo sentido, com propriedade, preleciona o Min. Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 133.)

Na conformidade da doutrina citada, para que ocorra o reconhecimento do aludido princípio, necessário se faz que a conduta perpetrada pelo agente se revista de lesividade mínima, ou seja, que o bem atingido seja destituído de qualquer valor, não justificando a movimentação da máquina estatal para punir o agente.

No caso em análise, tenho que há de se aplicar o princípio da insignificância, senão vejamos:

O delito praticado pelo apelante encontra-se tipificado no art. 34 da Lei 9.605/98 (crime ambiental), *in verbis*:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
Pena - detenção, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

In casu, o apelante, juntamente com o corréu, foi surpreendido por policiais militares na margem do Rio Grande, em local de pesca proibida, munido de apetrechos de pesca não permitidos em lei, contudo nenhum peixe foi capturado, não constituindo, assim, grave ameaça ao bem jurídico tutelado.

Para que se conclua pela existência do delito, é necessário analisar os três elementos que compõem o conceito analítico de crime, ou seja, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, necessariamente nesta ordem, de forma que, inexistente o fato típico, prescindese da investigação da ilicitude e assim por diante.

Por sua vez, o fato típico é formado por quatro requisitos: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

Na espécie, o fato *sub iudice* apresenta, indubitavelmente, os três primeiros requisitos, mas a tipicidade merece análise mais acurada.

A tipicidade, classicamente, é vista apenas sob o prisma formal ou, em outras palavras, importa, tão só, saber se há perfeita adequação da conduta ao tipo penal para concluir sua existência.

Contudo, pela função precípua do Direito Penal de proteger os interesses e valores relevantes para a sociedade e evitar a sua utilização descomedida, posicionamentos doutrinários surgiram para demonstrar a prescindibilidade desse ramo jurídico na regência de certos casos concretos.

Em tais casos, cindiu-se a tipicidade em formal e material. Enquanto aquela representa o conceito clássico de tipicidade, esta é definida como a conduta formalmente típica que causa um ataque intolerável ao objeto jurídico penalmente tutelado.

Logo, malgrado a conduta do apelante se subsuma ao tipo penal do injusto, contido no art. 34 da Lei 9.605/98, e se amolde à tipicidade subjetiva, pois presente está o dolo, não ultrapassa a análise da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que, embora existente o desvalor da ação, por ter o acusado praticado uma conduta relevante, o resultado jurídico, ou seja, a lesão, é insignificante.

Aliás, como bem disse o douto Promotor de Justiça:

No caso concreto, o meio ambiente não foi afetado, e nem correu risco de ser. Ora, o apelante não capturou nenhum peixe - e, diga-se de passagem, o crime, de natureza material, somente se consuma se houver a morte ou apreensão de peixe. Mesmo que o réu tivesse capturado alguma espécie,

não se pode conceber como ofensiva ao meio ambiente e passível de causar um desequilíbrio ecológico uma ação dessa natureza, ainda que levada a efeito em local interdita para pesca.

Assim, considerando não ter ocorrido qualquer lesão ao bem jurídico tutelado e entendendo que a criminalização de uma conduta somente se justifica e se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, caso típico para aplicação do princípio da insignificância, ou da bagatela (f. 93).

Realmente, o direito penal, por sua natureza subsidiária, de última *ratio*, somente deve ir até onde seja necessária a real proteção dos bens jurídicos, não podendo, como no caso em análise, ocupar-se de ofensas inexpressivas aos valores tutelados.

Dessa forma, tenho que a ação do apelante constituiu mera infração de caráter bagatela, à qual deve ser aplicado o princípio da insignificância, que, entre nós, é tido como causa suprallegal de atipicidade penal ou, segundo a lição E. R. Zaffaroni, haveria, aí, atipicidade conglobante. A propósito, sobre o princípio da insignificância, com propriedade, doutrina o Ministro Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 133.)

Aliás, nesse mesmo sentido, tem decidido o STJ. Contudo, peço licença à il. Procuradora oficiante para trazer à colação a mesma jurisprudência por ela citada:

Habeas corpus. Penal. Crime ambiental. Art. 34 da Lei 9.605/98. Trancamento da ação penal. Princípio da insignificância. Incidência. Ausência de tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Ordem concedida. 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A conduta dos pacientes, embora se subsuma à definição jurídica do crime ambiental e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, não ultrapassa a análise da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem

jurídico se revelou inexpressiva. 4. Ordem concedida para determinar a extinção da ação penal instaurada contra os pacientes. Em consequência, torno sem efeito o termo de proposta e aceitação da suspensão condicional do processo, homologado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR. (STJ, 5ª Turma, HC 86913/PR, Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.05.2008, in DJe de 04.08.2008.)

Logo, atento à orientação doutrinária e jurisprudencial citadas, no caso em exame, há de se aplicar o princípio da insignificância, para absolver o apelante da imputação que lhe foi feita nestes autos.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso para absolver o apelante do delito que lhe foi imputado nestes autos.

Custas, *ex vi legis*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO PROVIDO, REJEITADA A PRELIMINAR.

...

Furto - Crime tentado - Estabelecimento comercial - Supermercado - Vigilância exercida por segurança - Crime impossível - Não configuração - Coisa apreendida - Valor irrisório - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Absolvção

Ementa: Apelação criminal. Furto tentado. Vigilância em supermercado. Crime impossível. Inocorrência. Objeto furtado. Valor irrisório. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Recurso a que se nega provimento.

- Para a configuração do instituto do crime impossível, mister a demonstração da absoluta ineficácia do meio empregado, o que não ocorreu no presente caso, tendo-se, portanto, a ocorrência de tentativa de furto, e não de crime impossível.

- Sendo o objeto subtraído avaliado em valor irrisório, conclui-se pela atipicidade da conduta, devendo ser aplicado o princípio da insignificância.

Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.03.108235-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Fábio Clemente Rodrigues - Relator: DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, ABSOLVER O RÉU.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - Nelson Missias de Moraes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais visando à reforma da sentença que absolveu o apelado das sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformado, requer o representante do Ministério Público a condenação do réu, aduzindo, para tanto, que no presente caso não restou caracterizada a ocorrência do crime impossível, porque, conforme ele, na verdade o apelado iniciou a execução do delito de furto, não o consumando por circunstâncias alheias à sua vontade.

Contrarrrazões às f. 192/194.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso, f. 201/209.

Esse, em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, inexistindo nulidades a serem declaradas.

Segundo consta dos autos, em 23.10.2003, o réu retirou uma garrafa de vinho da prateleira do Hipermercado Bretas, na cidade de Juiz de Fora, e a escondeu em sua jaqueta, prosseguindo pelo estabelecimento e colocando outras mercadorias no carrinho.

Entretanto, diz a denúncia que o réu estava sendo observado por um segurança do hipermercado e, ao passar pelo caixa, efetuou somente o pagamento das mercadorias que se encontravam no carrinho e dirigiu-se ao estacionamento.

Em seguida, o segurança o abordou e contactou a Polícia Militar, que o prendeu em flagrante delito, razões pelas quais entendeu o representante do Ministério Público denunciá-lo como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP.

Todavia, o douto Sentenciante absolveu o réu, por entender que restou configurado o crime impossível, uma vez que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio, é impossível consumir-se o crime, conforme estabelece o art. 17 do Código Penal”; bem como, porque a “conduta delituosa foi 100% vigiada, não possuindo o acusado chances de sucesso em seu intento”, f. 177.

A materialidade delitiva está consubstanciada no auto de apreensão e no laudo de avaliação, f. 16 e 20, que avaliou a *res furtiva* em R\$ 30,00 (trinta reais).

A autoria, por sua vez, encontra-se comprovada nos autos, pois o acusado confessa o delito tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, oportunidade em que declarou que, “após pegar uma garrafa de bebida, acabou por escondê-la em suas vestes; que, ao passar pelo caixa, efetuou o pagamento das mercadorias, à exceção da garrafa de vinho”, f. 103.

Verifico que a irresignação ministerial deve prosperar, visto que, para a ocorrência do crime impossível, necessário que o agente não atinja seu intento por dois motivos: ineficácia absoluta do meio empregado e absoluta impropriedade do objeto.

A conjugação dessas duas circunstâncias redundaria em causa de atipicidade da conduta, o que, por consequência, se entenderia como inexistência de ofensa ao bem juridicamente tutelado.

No caso em tela, o que se discute é a ineficácia absoluta do meio empregado pelo apelado, sendo que a ocorrência ou não da infração deve ser apreciada diante do caso concreto para, assim, se verificar se o meio empregado de fato impossibilitou o réu de consumir sua pretensão.

Ocorre, entretanto, que entendo despicando amparar-se à tese de que a simples presença de um funcionário do hipermercado vigiando o infrator já seria o suficiente para a não consumação do delito.

Ora, o meio empregado pelo réu ou o objeto material somente deverá ser considerado absolutamente ineficaz ou impróprio quando, pelo princípio da lesividade, não puder ao menos colocar em risco de lesão o bem juridicamente tutelado.

A prova dos autos demonstra que o vigilante do hipermercado havia suspeitado da conduta do réu e ficou supervisionando-o, acompanhando todo o *iter criminis*, anulando, assim, os meios empreendidos pelo apelado na conduta delituosa, inclusive abordando-o no estacionamento do supermercado, oportunidade em que o descobriram com a *res furtiva* e acionaram a Polícia.

Todavia, a atuação do funcionário do estabelecimento comercial, a meu ver, representa tão somente a circunstância alheia à vontade do réu, pois aquele apenas impediu a consumação do delito de furto, fator que não tem a capacidade de produzir a total ineficácia do meio empregado pelo agente.

Nesse contexto, tenho que a absoluta ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto independem de circunstâncias externas à vontade do agente, como no caso em testilha.

Além, tais condições necessárias para se aventar com a hipótese de crime impossível são propriedades objetivas, que já existem antes do início da prática delituosa, as quais, se verificadas, a inviabilizam.

Frise-se que a vigilância empregada em diversos estabelecimentos comerciais - por meios eletrônicos ou

até mesmo utilizando-se de seguranças especializados - apenas é barreira àqueles que pretendem executar seus intentos criminosos.

Ademais, não se pode deixar de considerar também que todo sistema de vigilância, por mais moderno e eficiente que seja, é passível de falhas, o que já elide a ocorrência de crime impossível em casos como o em apreço.

Nesse sentido:

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime impossível. Conduta praticada sob vigilância. Tentativa potencial. [...]

1. A vigilância da conduta do agente por preposto do estabelecimento comercial não retira a potencialidade delitiva, ainda mais quando presente, no caso, a realização e a efetivação do ato volitivo de subtração [...] (HC 81.769/SP - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 25.02.2008 - DJE de 17.03.2008).

Em outro norte, conquanto configurada a prática delituosa do agente, no presente caso, vejo outro deslinde para os fatos.

É que entendo perfeitamente possível adotar o princípio da insignificância em casos cujo bem subtraído tenha seu preço em valor irrisório, mormente levando-se em consideração os atributos da vítima.

Inicialmente, explico que, para a configuração da insignificância, mister a presença de quatro vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim, o princípio da insignificância deve ser analisado em cotejo com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, sob a perspectiva de seu caráter material.

Sobreleva-se ressaltar que o sistema jurídico deve considerar o fato de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando necessárias à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos essenciais, especificamente naqueles em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, de significativa lesividade.

Não há, diante das provas carreadas aos autos, que se admitir a hipótese da mínima ofensividade da conduta.

No presente caso, cuja *res furtiva* foi avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais), f. 20, valor este que, frente ao salário-mínimo vigente à época dos fatos (outubro de 2003), R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), representava pouco mais de 10% do referencial, não vejo como penalizar o apelado.

Trata-se, pois, de questão de política criminal, valendo reforçar que o Direito Penal não se compraz com ninharia.

Sem contar, repita-se, a inexpressividade da conduta, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Conforme o entendimento doutrinário de Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133).

Nesse mesmo sentido, colaciono julgado de relatoria da eminente Desembargadora Jane Silva:

Apelação criminal. Furto qualificado tentado. Autoria e materialidade comprovadas. Princípio da insignificância. Valor da res que não é insignificante, mas apenas pequeno. Furto de pequeno valor. Reconhecimento. Possibilidade jurídica. Acusados primários. *Res furtiva* que totaliza R\$ 120,00. Restituição à vítima. Dado provimento ao recurso.

- 1. Cabalmente comprovadas autoria e materialidade delitivas e ausentes quaisquer circunstâncias que afastem a responsabilidade penal dos acusados, imperiosa a condenação de ambos.

- 2. Para a aplicação do princípio da insignificância, quatro requisitos devem ser satisfeitos: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ.

- 3. Evidenciando-se que a *res furtiva* (quatro painelas de alumínio) é absolutamente prescindível à subsistência dos agentes, além de totalizar nada menos do que R\$ 120,00, não há que se falar em inexpressividade da lesão provocada no bem jurídico tutelado. Precedentes.

- 4. Valor irrisório não se confunde com pequeno valor, sendo este capaz, no máximo, de justificar a aplicação da figura privilegiada do furto.

- 5. É juridicamente possível o reconhecimento da figura privilegiada ao furto qualificado, pois não há qualquer óbice legal, bastando que o acusado seja primário e que o valor da *res furtiva* seja pequeno. Recentes precedentes do STF e do STJ.

- 6. Avaliada a *res furtiva* em R\$ 120,00 (a qual foi integralmente restituída à vítima), patente seu pequeno valor, o que, aliada à primariedade dos agentes, impõe o reconhecimento do privilégio ao furto qualificado.

- 7. Reconhecida a figura da tentativa e havendo a execução do delito se distanciado sobremaneira de sua consumação, impõe-se a redução da pena em dois terços.

- 8. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, necessária a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos agentes por restritivas de direitos.

- 9. Dado provimento ao recurso para condenar os apelados por furto qualificado-privilegiado tentado (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0431.08.038876-9/001 - Relatora: Desembargadora Jane Silva).

Entendimentos do STF e STJ no mesmo sentido:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de

política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade - *res furtiva* no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário-mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da Insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada -, apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O Postulado da Insignificância e a função do Direito Penal: *De minimis, non curat praetor* - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (HC 84412 - Relator: Ministro Celso de Mello - Segunda Turma - julgado em 19.10.2004 - DJ de 19.11.2004, p. 37 - Ement. v. 02173-02, p. 229 - RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 - RTJ v. 192-03, p. 963).

Penal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Aplicabilidade.

1. Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da consequente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal.

2. Em determinadas hipóteses, aplicável o princípio da insignificância, que, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412-0/SP, deve ter em conta a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. Tratando-se de furto de dois botijões de gás vazios, avaliados em 40,00 (quarenta reais), não revela o comportamento do agente lesividade suficiente para justificar a condenação, aplicável, destarte, o princípio da insignificância.

4. Recurso especial a que se nega seguimento (Ag Rg REsp nº 1.043.525 - Relator: Ministro Paulo Gallotti - DJe de 04.05.2009).

E mais: STF: HC 83526; RTJ 68/310, RTJ 119/453, RTJ 119/874, RTJ 129/187, RTJ 151/155, RTJ 169/976, RTJ 170/187, RTJ 178/310, RTJ 183/665, RTJ 184/220; Informativos 354 e 366 do STF; STJ: HC 21750, HC 23905, REsp 556046.

Dessa feita, em sendo o presente fato irrelevante para o Direito Penal, e calcado no princípio da insignificância, de ofício, absolve o réu das sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, do CP, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação. De ofício, absolve o réu.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e JOSÉ ANTONINO BÁIA BORGES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, ABSOLVERAM O RÉU.

...

Crime contra o patrimônio - Furto qualificado - Coisa móvel equiparada à energia elétrica - Ligação clandestina de telefone - Autoria - Materialidade - Prova - Laudo pericial - Testemunhas - Validade - Inversão do ônus da prova - Condenação - Arrependimento posterior - Ato voluntário - Não ocorrência - Regime de cumprimento de pena - Regime semiaberto - Alteração - Regime aberto

Ementa: Furto de coisa móvel equiparada à energia elétrica. Absolvção. Impossibilidade. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Desvio de sinal de linha de telefone público. Art. 155, § 3º, do CP. Inversão do ônus da prova. Incumbência que cabia à defesa. Art. 156 do CPP. Depoimento testeunhal. Credibilidade. Suficiência. Harmonia com o contexto probatório. Arrependimento posterior. Art. 16 do Código Penal. Inaplicabilidade. Alteração do regime prisional do semiaberto para o aberto e diminuição da pena. Possibilidade de alteração do regime. Recurso provido em parte.

- Suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade, a condenação é medida que se impõe.

- Em sede de crimes patrimoniais, que geralmente são praticados na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra das testemunhas para o reconhecimento do autor do furto, mormente quando encontra respaldo em outros elementos de prova.

- A energia elétrica que permite o funcionamento de sistema telefônico equipara-se a coisa móvel, incorrendo na prática do delito previsto no art. 155, § 3º, do CP o agente que desvia, mediante fraude, o sinal de linha de telefone público para aparelho particular, lesando a coletividade, que fica privada de utilizá-lo, assim como a concessionária do serviço público.

- Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços, se e somente se tal ato partir do denunciado, não podendo ser estendido a terceiros.

- Sendo favoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, é possível a concessão do regime aberto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.02.827498-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Cláudio Vespasiano - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Brum, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2010. - Doorgal Andrada - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta por Luiz Cláudio Vespasiano, em face da r. sentença de f. 531/550, que julgou parcialmente procedente a exordial acusatória, condenando-o nas iras do art. 155, §§ 3º e 4º, II, do CP, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente, a ser cumprida em regime semiaberto.

O apelante, em suas razões recursais de f. 590/597, nega a prática delitativa e pugna pela absolvição, sob o argumento de que não existem nos autos provas hábeis quanto à autoria nem elementos que possam gerar um juízo firme de certeza. Alega que a condenação do apelante fere os princípios do *in dubio pro reo* e renega o Estado de Direito em que vivemos.

Subsidiariamente, se mantida a condenação, requer a aplicação do art. 16 do CPB, já que o réu reparou o dano sofrido pela empresa (arrepentimento posterior) e, dessa forma, merece ser contemplado com

a redução da sanção imposta e com a alteração do regime de cumprimento de pena do semiaberto para o aberto.

Contrarrazões ministeriais, às f. 600/604, pugnano-se pelo não provimento do recurso defensivo.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso da defesa (f. 613/617).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A materialidade encontra-se consubstanciada pelo APFD (f. 07/18), laudo de constatação (f. 23/24), auto de apreensão (f. 30), boletim de ocorrência (f. 28/29), anexos fotográficos (f. 31/36), laudo pericial de constatação (f. 96/106) e pela prova oral colhida nos autos.

Embora o acusado tenha negado a prática delitativa em ambas as fases, entendo que a autoria é indubitosa.

Segundo consta na denúncia, no ano de 2002, o denunciado, agindo com dolo de subtrair coisa móvel alheia, foi contratado pelo gerente de uma empresa particular, qual seja Patrolmig Tratores Ltda., para realizar uma ligação clandestina através de uma extensão irregular de um aparelho telefônico de uso público, causando prejuízo à Telemar.

O denunciado vestia uma camisa da empresa CGC Engenharia (prestadora de serviços para a Telemar), a qual já se havia desligado, quando foi surpreendido pelos verdadeiros técnicos, enquanto inspecionava os postes da rede elétrica, supostamente a mando do gerente da referida empresa Patrolmig Tratores Ltda. de nome Demóstenes Menezes de Oliveira Júnior.

Consta ainda que, no veículo do acusado, foram encontrados, além de uma escada, vários objetos próprios para a realização de ligações clandestinas, tais como ferramentas, rolos de fio e módulos de conexão.

Foram denunciados, ainda, o gerente da empresa, Demóstenes Menezes de Oliveira, e os sócios proprietários da empresa, Wesley Fabiano de Faria e Steve Andrew de Souza.

Na sentença, os sócios proprietários foram absolvidos, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

O réu Demosthenes foi condenado à sanção do art. 155, §§ 3º e 4º, II, do CP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária.

Contudo, em sede de retratação pelo d. Sentenciante, este acolheu o pleito recursal de Demóstenes e reconheceu a extinção da punibilidade por meio da prescrição (f. 569).

Dessa forma, recorre o apelante pelas sanções do art. 155, §§ 3º e 4º, II, do Código Penal.

Da autoria e materialidade.

Ao contrário do alegado pelo apelante, percebo que os autos oferecem subsídios suficientes para ensejar sua condenação.

Com efeito, o simples fato de ter sido constatado pela perícia que o fio conectado ao aparelho de telefone público ia desembocar na sede da empresa particular favorecida pela ligação clandestina, esta que era favorecida pelas ligações clandestinas, bem como que, chamado o número respectivo, tocava o telefone de uma das salas da referida empresa, já faz presumir a autoria, a qual é corroborada, ainda, pelas provas testemunhais produzidas pela acusação.

Observa-se que o laudo pericial de constatação, de f. 96/106, mostrou que uma extensão com origem em uma das salas da empresa Patrolmig Tratores Ltda. passava por tubulação embutida na parede até o padrão Cemig e estava conectada a uma ligação telefônica irregular, esta que, por sua vez, não se encontrava em conformidade com os padrões de instalação e ligação da empresa Telemar.

O acusado, entretanto, não apresentou nenhuma justificativa plausível acerca da conclusão da perícia, restringindo-se apenas a negar a prática delituosa na fase inquisitória.

Segundo o art. 156 do CPP, como a ligação clandestina feita através de uma extensão irregular de um aparelho de telefone público foi comprovada pelo laudo da perícia, além do fato de que o acusado foi visto conferindo a fiação de 05 postes na região, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado provar de forma convincente a origem lícita do bem e/ou a sua inocência, o que, no entanto, não ocorreu no caso *sub judice*, já que o réu não produziu nenhuma prova nesse sentido, tendo apenas negado a autoria, sendo que, diante das provas produzidas, não se encontra embasamento.

A respeito do assunto, o julgado a seguir transcrito:

Apelação. Furto. Falsificação de documentos. Receptação. Absolvição. Impossibilidade. *Res furtiva* encontrada na posse dos réus. Inversão do ônus da prova. Encargo que incumbia à defesa. Delação de co-réu. Valor probatório. Recursos desprovidos.

- A apreensão da *res furtiva* na posse do acusado faz presunção de responsabilidade, invertendo o ônus da prova, de modo a transferir ao agente o encargo de provar a legitimidade da detenção do bem, mormente quando apresenta uma escusa inverossímil e não a comprova ao longo da instrução criminal.

- A delação de co-réu, se apoiada nos demais elementos probatórios, tem relevante valor no livre convencimento do juiz para a condenação do réu (TJMG - AC 1.0335.05.000634-5/001 - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - DJ de 15.03.2007).

Como o recorrente não trouxe aos autos nenhum elemento que comprovasse a sua inocência ou o porquê de ele se encontrar em situação tão suspeita, os argumentos sustentados encontram-se totalmente isolados do

contexto probatório, não se mostrando aptos a autorizar a absolvição pleiteada.

Há que se salientar, ainda, que a ocorrência do desvio de sinal de linha de telefone público foi devidamente comprovada pelo técnico de serviço de campo da Telemar, o qual ainda foi testemunha ocular do crime praticado pelo denunciado, conforme se extrai do depoimento do mesmo, confirmado em juízo:

[...] que é funcionário da empresa Esise, a qual presta serviços de segurança patrimonial para a Telemar; que, na data de hoje, fiscalizava a rede da Telemar, nas imediações do telefone público de número 3411-4661, considerando ocorrências anteriores que davam conta da possibilidade de fraude; que o depoente se encontrava exatamente na Rua Antônio Peixoto Guimarães, por volta das 12h, quando percebeu uma estranha movimentação de um cidadão que conduzia um veículo Chevrolet Chevette, de placas GVR-1549; que, acondicionada sobre o teto do referido veículo, era transportada uma escada de madeira, própria para o uso de técnicos em instalação e reparação de telefones; que, considerando que o aludido veículo não tinha qualquer identificação de prestadora de serviços para a empresa Telemar, passou a observar o comportamento do condutor, o qual, após estacionar seu carro, adentrou na empresa Patrolmig, permanecendo em seu interior durante algum tempo; que, referido elemento, ao sair do interior da empresa, agindo de forma desconfiada, transitou no quarteirão para verificar, acredita o depoente, se havia algum carro da Telemar nas imediações, e, mais tranqüilo, dirigiu-se ao seu veículo, onde, após retirar a escada, passou a subir em alguns postes (no total de cinco); efetuando possivelmente a verificação de ruídos com a utilização de um aparelho de cor clara (conforme pode ser comprovado nas fotografias apresentadas pelo depoente); que, dando prosseguimento na sua observação, sem deixar que o observado o visse, o depoente, de posse de uma máquina fotográfica, passou a registrar o que o cidadão suspeito fazia, tirando fotos dos seus gestos; que, após verificar os postes já mencionados, o suspeito dirigiu-se à empresa Patrolmig, tendo subido no 'padrão' da mesma; que, ao descer da escada, o suspeito foi abordado pelo depoente, o qual solicitou a apresentação da ordem de serviço e crachá funcional da empresa CGC Engenharia (empresa prestadora de serviços para a Telemar), uma vez que o abordado vestia, naquele momento, uma camisa com a logomarca da empresa supramencionada; que, como resposta, foi informado que o abordado não possuía qualquer ordem de serviço, sendo que, apesar de já haver trabalhado para a empresa CGC Engenharia, atualmente está desempregado; que, no momento em que abordava o sujeito, um senhor saiu do interior da empresa Patrolmig, perguntando ao depoente se o mesmo era policial para abordar alguma pessoa e solicitar apresentação de documentos; que, posteriormente, o depoente foi informado que referido senhor chama-se Demóstenes Menezes de Oliveira Júnior, o qual disse ser o gerente da empresa Patrolmig; que Demóstenes praticou todos esses gestos de forma bastante alterada, sendo que, nesse meio tempo, o suspeito (identificado posteriormente como Luiz Cláudio Vespasiano, conduzido presente) novamente adentrou no interior da empresa Patrolmig e, ao retornar, não mais foi encontrado com o mesmo o aparelho de cor clara, utilizado para efetuar a fiscalização da rede, conforme foi constatado no momento em que o suspeito subia nos postes; que, naquele instante, tam-

bém chegou ao local o Sr. Sudário Alves Filho, funcionário da Telemar, o qual havia sido acionado pelo depoente no momento em que o conduzido presente carregava a escada de um poste à outro; que, estando ainda naquele instante sentindo-se constrangido e ameaçado com a atitude de Demósthene, o depoente aproveitou para acionar uma viatura da polícia militar, que, coincidentemente, passava no local naquele exato momento; que, 'a princípio, o Demósthene estava muito nervoso, mas, enquanto ele esbravejava comigo, o Luiz Cláudio adentrou na empresa Patrolmig e, após alguma tempo, retornou; aí, quando o Luiz Cláudio saiu do interior da empresa, o Demósthene começou a se acalmar, dando a impressão que se sentia aliviado com o fato de Luiz Cláudio haver saído do interior da empresa', conforme se expressa; que, naquele momento, Demósthene mostrou-se receptivo quanto ao fato de os policiais e o técnico da Telemar efetuarem vistoria no interior da empresa; 'não posso afirmar, mas parece que o Demósthene somente se acalmou quando o Luiz Cláudio saiu da empresa, o que leva a crer que o mesmo acreditava que Luiz Cláudio já tivesse desconectado algum telefone que possivelmente estava conectado à ligação clandestina', conforme se expressa; que o técnico Sudário realizou uma verificação técnica no interior da empresa onde se encontrava a linha questionada, sendo constatado que a mesma estava ativa e se originava do telefone público retromencionado, conforme ficou evidenciado através de um contato telefônico feito de um equipamento de teste para um telefone celular; que, logo em seguida, policiais civis desta Especializada e um perito do Instituto de Criminalística desta Capital chegaram ao local, passando a acompanhar o desenrolar dos fatos e, diante da constatação feita pelo perito criminal, as partes envolvidas foram trazidas à esta Unidade Policial, local onde o depoente presenciou esta Autoridade subscritora dar voz de prisão em flagrante delito ao conduzido presente, considerando que esta teve convicção de que os supostos autorizadores da lavratura do auto de prisão em flagrante delito se encontravam totalmente preenchidos, apontando diretamente à pessoa do conduzido presente a responsabilidade pelos fatos apurados [...] (Marcelo Ferreira de Souza - f. 09/11).

Por sua vez, o depoimento confirmado em juízo da também testemunha e funcionário da Telemar, Sudário Alves Filho, não deixa nenhuma dúvida quanto à autoria do delito:

[...] que o depoente é funcionário da empresa Telemar, verificando e constatando que a existência de ligações clandestinas em telefones públicos da operadora de telefonia supra mencionada; que já sendo de conhecimento do depoente, através de comunicado interno, que o telefone público de número 3411-4661, desde o dia 18.07.2002, já apresentava irregularidades aparentando ligação clandestina destinada a uma empresa situada nas imediações, na data de ontem, o depoente se fez presente no local de instalação do referido aparelho, visando confirmar as denúncias, situação essa que também estava sendo investigada por funcionários da Esise (empresa que presta serviço de segurança patrimonial para a Telemar); que, na ocasião, o depoente teve a certeza de que os fatos eram verídicos, entretanto, não podendo precisar o desdobramento da extensão, considerando os horários da verificação [...]; que, na data de hoje, por volta das 14h, o depoente foi acionado pelo fun-

cionário Marcelo da Esise, o qual ficou encarregado de fazer a verificação da área no que concerne a essa irregularidade, sob a alegação de que a presença do depoente se fazia necessária, objetivando constatar a reativação do sinal; que, presente no local, o depoente constatou a presença de Marcelo, funcionário da Esise, outro cidadão, o qual o depoente ficou sabendo chamar-se Luiz Cláudio (conduzido presente), bem como a pessoa de Demósthene Menezes de Oliveira Júnior, o qual apresentou-se como gerente da empresa, palco dos fatos (Patrolmig); que todos se encontravam no passeio defronte da referida empresa; que bastou o declarante estacionar o veículo com a logomarca da Telemar, para que o cidadão identificado como Demósthene deixasse o local, vindo a adentrar na respectiva empresa, ficando por lá durante alguns minutos; que, em conversa com Marcelo e Luiz Cláudio, o depoente tomou conhecimento dos fatos, momento em que também chegou ao local uma viatura da polícia militar; que, nesse exato momento, Demósthene veio a sair novamente do interior da empresa, passando a participar da conversa que acontecia entre as pessoas já citadas e os policiais militares; que, nesse momento, Demósthene mostrou-se muito solícito e receptivo, vindo espontaneamente a autorizar que se adentrasse na empresa para as devidas verificações em seu interior, o que de fato foi feito, sendo que se constatou a existência de uma fiação/ligação clandestina, procedente do telefone público retromencionado [...]; que a ligação clandestina 'chegava' ao escritório da referida empresa, sendo este o mesmo local onde se encontravam os demais telefones fixos legalmente instalados; que, para certificar a existência de sinal e que o mesmo partia do telefone público retromencionado, foi conectado um aparelho de teste (conhecido por badisco) ao 'fio interno', sendo também efetuada uma ligação para um telefone celular, onde foi registrado o número do telefone público, conforme pode ser confirmado em fotografia apresentada pelo depoente; que, a todo momento, o cidadão Luiz Cláudio fugia à qualquer situação que pudesse levar o fato à sua autoria [...]; que, entretanto, presenciou quando os policiais militares civis e militares trouxeram do veículo do conduzido presente algumas ferramentas, uma escada, uma camisa com a logomarca Telemar (supondo o depoente que a referida camisa é o novo modelo de parte do uniforme utilizado pela Telemar), fios nas cores branca e preta, semelhante aos usados para efetuar ligações clandestinas, bem como uma 'enroladeira de fios jamper', a qual é utilizada normalmente nos 'armários de distribuição e centrais telefônicas', conforme se expressa; que o conduzido Luiz Cláudio vestia no momento em que foi abordado uma camisa de malha na cor cinza escuro, com a logomarca CGC Engenharia, sendo que a referida empresa é uma prestadora de serviços para a Telemar na área de instalações e reparos; perguntado se a fiação verificada no interior da empresa encontrava-se apta a fazer a sua efetiva utilização e de que forma, respondeu que a referida fiação se encontrava ativa, bastando somente a conexão de um aparelho telefônico comum para originar e receber chamadas; que informa, finalmente, que é freqüente a constatação de irregularidades na rede da Telemar, principalmente originadas de telefones públicos, o que gera grande 'evasão da receita' para a operadora de telefonia; que, no entendimento do depoente, somente pessoas com conhecimento técnico e atuante na área de instalação e reparos poderiam efetuar referidas ligações clandestinas, pois fazem a escolha de linhas públicas mais propícias para a originação das irregularidades (f. 11/13).

Em sede de crimes patrimoniais, que geralmente são praticados na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra das testemunhas para o reconhecimento do autor do furto, mormente quando encontra respaldo em outros elementos de prova, tal qual a perícia.

Devidamente comprovadas a autoria e a materialidade, impõe-se a confirmação do decreto condenatório.

Salientamos, ainda, que há depoimentos dos funcionários da empresa Patrolmig, em que, ao serem inquiridos sobre a realização de ligações telefônicas oriundas do número do telefone público, que foi utilizado para a realização do “gato”, para suas residências ou celulares, todos informam, inclusive o gerente Demóstenes, que realizavam as ligações de dentro da empresa, utilizando os telefones que lá estavam instalados (f. 73/77).

Dessa forma, não merece ser acolhido o pleito da defesa de absolvição por insuficiência probatória, visto que a materialidade delitiva e as provas orais colhidas na fase inquisitória são suficientes para sustentar um decreto condenatório. Certo é que, comprovada a autoria do delito pelo depoimento das testemunhas e outros elementos probatórios, deve ser mantida a condenação do apelante.

Nesse sentido, têm decidido os tribunais:

Furto de energia elétrica. Falsificação de documento público. Porte ilegal de arma. - Cuida a hipótese da prática dos crimes de furto de energia elétrica, falsificação de documento público e de porte ilegal de arma, havendo o apelante subtraído para si uma linha telefônica, pertencente a um telefone público instalado na Av. Suburbana, e sido preso em flagrante em sua residência, situada na Rua Ibiraci, 134, no Engenho de Dentro, após constatarem os policiais que o recorrente mantinha uma cópia autenticada da carteira de identidade de Adilson Balbino Júnior com a sua foto, e possuía ilegalmente uma pistola marca Taurus, calibre 380, devidamente apreendida. Prova segura. Apelo desprovido (TJRJ - Apelação Criminal nº 2003.050.04571 - Rel. Des. Flávio Magalhães - j. em 12.02.2004).

Participa da consumação do furto consistente na subtração de energia elétrica aquele que se utiliza de telefone clandestino ligado àquela energia e à linha de outro aparelho, acarretando prejuízo a seu proprietário, com o aumento dos impulsos, e à concessionária do serviço público (TACRIMSP - RT 622/292).

Incorre nas penas do art. 155, *caput*, c/c § 3º, do Código Penal, o agente que efetua ligações internacionais em aparelho telefônico de propriedade alheia, uma vez que a subtração de energia elétrica, como a que permite o funcionamento do sistema telefônico, equipara-se à coisa móvel (TACRIMSP - RJFTACRIM 24/206).

Furto de energia. Agente que subtrai, por meio de ligações clandestinas, teletransmissões via cabo, de considerável valor econômico. Caracterização. - O ilícito penal a que faz menção o art. 35 da Lei nº 8.977/95, pelo qual deve ser condenado o agente que subtrai, por meio de ligações clan-

destinas, teletransmissões via cabo de considerável valor econômico, é o disposto no art. 155, *caput*, c/c seu § 3º, do CP. As imagens de um serviço de televisão a cabo somente chegam ao seu destino impulsionadas por ondas eletromagnéticas, configurando sua subtração, portanto, furto de energia (TACRIMSP - Apelação Criminal nº 1334393/2 - Rel. Juiz Oliveira Passos - j. em 26.06.2003).

Assim, ao que se vê dos autos, há elementos seguros e suficientes para ensejar a condenação do acusado pelo crime de furto de coisa móvel equiparada à energia elétrica, não havendo espaço para a absolvição pleiteada e ficando afastada a tese do *in dubio pro reo*.

Da aplicação do art. 16 do CP.

O art. 16 do CP prevê que:

Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Ao que tudo consta nos autos, o pagamento da dívida oriunda da ligação telefônica clandestina foi realizado pelo sócio da empresa Patrolmig, Steve, tendo o mesmo assinado a confissão da dívida.

E, para a aplicação do arrependimento posterior, é necessário que o réu, voluntariamente, restitua o bem ou repare o dano; contudo, a reparação há de ser feita pessoalmente, pois, se feita por terceira pessoa, pode não representar a voluntariedade.

Seguimos entendimento de Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 9. ed., 2008):

Justamente para evidenciar o requisito da voluntariedade é que se exige seja a devolução ou reparação feita pessoalmente pelo agente. Se for por interposta pessoa, é preciso uma razão comprovada, pois pode não representar uma restituição voluntária.

Assim, o réu não apresentou nenhum argumento que justificasse que a reparação do dano fosse feita por terceiros, e não por ele próprio, nem se houve contraprestação do réu perante aquele que efetuou o pagamento da dívida.

Colacionamos decisão deste eg. TJMG:

Número do processo: 1.0024.03.111477- 0/001(1) - Relator: Des. José Antonino Baía Borges - Data do julgamento: 28.08.2008 - Data da publicação: 24.09.2008.

Ementa: Apropriação indébita. Provas. Suficiência. Condenação mantida. Redução da pena Pecuniária. Possibilidade. Arrependimento posterior. Art. 16 do Código Penal. Ato voluntário. Não ocorrência. Alteração de regime de cumprimento de pena. Réu reincidente. Impossibilidade. Manutenção em regime semi-aberto. Recurso desprovido.

- Tendo restado cumpridamente provados os fatos atribuídos ao réu, é de se manter a decisão que o condenou como incurso nas sanções dos art. 168, § 1º, III, por quatro vezes, na forma do art. 71 e art. 304, todos do CP.

- Não se caracteriza o arrependimento posterior se a reparação do dano causado às vítimas, ainda que feito antes do recebimento da denúncia, não é ato voluntário do réu, mas de terceiro que nem sequer obteve ressarcimento integral do valor pago às vítimas junto ao réu.

- Se para a fixação do regime prisional semi-aberto, levou-se em conta o fato de o réu ser reincidente e em razão de algumas circunstâncias judiciais lhe serem desfavoráveis, deve a sentença condenatória ser mantida, não havendo que se falar de abrandamento do regime imposto na condenação.

Nesses termos, não aplico a minorante.

Da alteração do regime e da diminuição da pena imposta.

Por fim, no que tange à dosimetria, entendo que a pena fixada para o apelante se mostrou acertada e em consonância com a análise das circunstâncias judiciais, de modo que foram estritamente observados os ditames legais dos arts. 59 e 68 do CP, encontrando-se em patamar adequado e suficiente à reprovação do ilícito.

Observa-se, a partir da CAC do apelante de f. 526/527, que este possui uma condenação definitiva posterior ao crime em questão por fato cometido anteriormente, o que configura Maus Antecedentes (Processo nº 0024.02.742117-1).

Assim, a pena-base foi fixada e mantida pelo Juiz sentenciante pouco acima do patamar mínimo, e, em razão da falta de atenuantes ou agravantes e de causas de diminuição ou aumento da pena, concretizou-se em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, decisão que considero correta e suficiente à reprovação do ilícito.

Sendo assim, não há que se falar em diminuição da pena imposta ao apelante.

Quanto ao pleito pela fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena corporal, assiste razão ao apelante.

O art. 33, § 3º, do CP, estabelece que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena se fará com observância dos critérios previstos no art. 59. Verificando-se as circunstâncias relativas ao recorrente, percebe-se que a maioria lhe é favorável, assim, deve pode-se alterar o regime para o aberto.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT CARNEIRO e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Crime de dano - Destruição de cela - Dolo específico - Princípio da insignificância - Inadmissibilidade - Reincidência - Princípio da irrelevância penal do fato - Inaplicabilidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Não reconhecimento - Substituição da pena - Impossibilidade - Sursis - Não cabimento

Ementa: Penal. Dano qualificado. Dano a cela. "Insignificância". Não acolhimento. "Princípio da irrelevância penal do fato". Não aplicação. Necessidade concreta da pena. Inexigibilidade de conduta diversa e/ou legítima defesa de terceiro. Descabimento. Normalidade das circunstâncias motivacionais. Ausência de comprovação acerca da injustiça da agressão. Substituição da pena. Reincidência. Impossibilidade. Condenação mantida. Recurso improvido.

- Para se caracterizar o crime de dano, é necessário o dolo específico de "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia", principalmente em se tratando de agente encarcerado, não sendo suficiente a presença do dolo genérico.

- O dolo específico transparece quando o acusado, insatisfeito com a negativa do Poder Público de atender pedido de transferência de unidade prisional, destrói patrimônio público pertencente a cadeia pública.

- O "princípio da insignificância" não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal, porque forjado em realidade distinta, na qual a reiteração de pequenos delitos não se apresenta como problema social a ser enfrentado também pela política criminal.

- O "princípio da irrelevância penal do fato", afeto à teoria da pena, aplicável diante da desnecessidade concreta da reprimenda, encontra fundamento em nosso ordenamento, conforme a inteligência do art. 59 do CP, embora não se aplique quando a extensa certidão de antecedentes do agente demonstra que a coerção penal se faz necessária, para restabelecer a segurança jurídica e a paz social.

- A inexigibilidade de conduta diversa demanda, para o seu reconhecimento, a anormalidade da situação de fato em que se motiva o agente, de modo a suprimir, em absoluto, a capacidade que possui de ordenar o seu comportamento ante a ordem de valores vigente.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0303.09.009568-6/001 - Comarca de Iguatama - Apelante: Mariana Cristina Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, 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 2010. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da Comarca de Iguatama, contra Mariana Cristina Oliveira, imputando-lhe a prática de fato tipificado como dano qualificado, nos termos do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 13 de novembro de 2008, por volta das 17h30min, na cadeia pública da Comarca de Iguatama, a denunciada destruiu parcialmente a estrutura e as instalações hidráulicas da cela em que se encontrava recolhida, inutilizou um interruptor de energia e deteriorou parte das paredes da cela nº 5, bens pertencentes ao patrimônio municipal.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 5/31), instaurado por meio de portaria.

Recebida a denúncia (f. 42), a acusada foi regularmente citada (f. 43-v.) e apresentou resposta escrita, à f. 45.

Em audiência de instrução, debates e julgamento foram ouvidas três testemunhas e interrogada a ré (f. 51/54).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação da ré, nos exatos termos da denúncia (f. 55/58). A defesa, a seu turno, pediu a absolvição, ao argumento da insignificância na conduta da ré, bem como pela inexigibilidade de conduta diversa à acusada. Alternativamente, pede a substituição da pena por medida restritiva de direitos (f. 59/64).

Sentença às f. 66/74, através da qual restou a ré condenada, nos termos da denúncia, a uma pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor legal.

As partes, bem como os respectivos procuradores, foram devidamente intimados da decisão (f. 75, 75-v.).

Inconformada, apelou a defesa (f. 77), em cujas razões reitera o pedido de absolvição, ao argumento da insignificância penal do fato, bem como ao argumento da coculpabilidade do Estado pelo fato. Alternativa-

mente, pede a substituição da reprimenda por medida restritiva de direitos, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena (f. 80/86).

Em contrarrazões, o *Parquet* rebate os argumentos defensivos (f. 87/92).

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso (f. 99/101).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem decretadas *ex officio*.

Mérito.

Analisando cuidadosamente o recurso interposto pela combativa defesa, verifico não lhe assistir razão, quando pede a absolvição da acusada.

A materialidade do fato é inconteste, demonstrada no exame pericial de f. 34/39. A autoria, por seu turno, restou igualmente demonstrada, em especial na confissão da apelante (f. 51).

Ademais, na espécie, verifica-se o *animus nocendi* e a consequente adequação típica da conduta, razão pela qual a defesa não se insurge contra tais circunstâncias.

Do princípio da insignificância penal do fato.

Inicialmente, resalto que não há como acolher o pleito absolutório, com base na aplicação do princípio da insignificância.

Conforme venho votando, esse princípio deve ser tido como não adequado à realidade brasileira e, portanto, não aplicável aos casos que aqui se apresentam. Nesse sentido há jurisprudência:

O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrimSP, AC, Rel. Juiz Emeric Levai, *BMJ* 84/6).

O nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime (TACrimSP. *RJDTACrim* 27/66).

Isso porque, sem dúvida, o princípio foi cunhado pelo Professor Claus Roxin num aspecto puramente objetivo, desconsiderando qualquer referência ao autor, mas não nos é permitido ignorar que a realidade alemã em muito difere da brasileira, onde há uma constatação empírica de que o Direito Penal pátrio deve, sim, se ocupar com a reiteração de pequenos delitos.

Além disso, fiel aos ensinamentos do mestre Hans Welzel, tenho que o autor do fato jamais pode ser desconsiderado, pois:

O injusto não se esgota na causação de um resultado (lesão do bem jurídico), desligada em seu conteúdo da pessoa do autor, de forma que a ação só é antijurídica enquanto obra de um autor determinado: o fim que o autor associou ao fato objetivo, a atitude em que o cometeu, os deveres que o obrigavam a esse respeito, tudo isso determina, de modo decisivo, o injusto do fato junto à eventual lesão do bem jurídico. A antijuridicidade é sempre a reprovabilidade de um fato referido a um autor determinado. O injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 75/76).

Há, ainda, outros problemas que o mencionado princípio não consegue solucionar, como, por exemplo, a punição da tentativa, quando não evidenciado o que se pretendia danificar. Aliás, toda tentativa de dano, ainda que de um bem de valor elevado, lesa de forma menos gravoso o patrimônio alheio do que qualquer dano consumado, ainda que de uma res de valor irrisório.

Diante de tantas complicações, não vejo como admitir, em face do nosso direito posto, o princípio da insignificância, sendo certo que o princípio da irrelevância penal do fato, lado outro, revela-se suficiente para evitar punições injustas, por infrações que realmente não reclamem resposta penal. Esse não é, todavia, o caso dos autos, tendo em vista a certidão de antecedentes criminais da apelante, de f. 30/31, que demonstra ser indiscutível a necessidade concreta de pena, na medida em que Mariana Cristina registra uma condenação transitada em julgado e também o trâmite de outros feitos criminais, tudo a revelar que não merece qualquer benesse despenalizadora e que a sua condenação se faz necessária para restabelecer a paz social, a coexistência, a segurança jurídica, enfim.

Com base nessas considerações, afirmo que o princípio da insignificância não encontra respaldo no direito penal pátrio, revelando-se impossível o seu acolhimento, nesta sede.

Da inexigibilidade de conduta diversa.

No mérito, verifico não assistir razão à defesa do acusado, quando pede a absolvição com fundamento na dirimente de inexigibilidade de conduta diversa, porquanto a responsabilidade pelo fato seria imputável ao Estado, agente coculpável pelo ilícito.

É que, embora admitindo a existência de causas supralégais de inexigibilidade de conduta diversa, imprevistas pelo legislador penal de 1984, mas perfeitamente compatíveis com a estrutura de uma teoria da culpabilidade fundamentada nos critérios da liberdade de escolha e do entendimento do caráter ilícito do fato, não se

pode afirmar, *in casu*, ter havido alguma anormalidade de circunstâncias suficiente para tornar inexigível à agente que se houvesse orientado conforme a norma que sabia vigente.

Como ensina o abalizado ministro Francisco de Assis Toledo, um direito penal fundado na culpabilidade condiciona a aplicação da pena à inevitabilidade do fato, consideradas as circunstâncias do comportamento ilícito, bem como à condição do agente de atender à conduta exigida na norma. Assim, a responsabilidade criminal repousa na possibilidade concreta de o agente comportar-se de modo diverso, vale dizer, de evitar o comportamento criminoso, agindo em conformidade com a norma, que assimila por intermédio de sua capacidade de entendimento.

Na memorável lição do festejado penalista:

E, agora, atente-se para o seguinte: a pena criminal assim entendida como instrumento de intimidação, isto é, como medida de prevenção geral, só adquire algum sentido se a correlacionarmos com a noção de inevitabilidade do fato praticado. Vale dizer: só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis, nocivos ao semelhante, à tribo, à comunidade, à sociedade, quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio da ameaça referida (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 218).

O que se deve medir, portanto, para a constatação da culpabilidade do agente, a par do necessário entendimento sobre o conteúdo da norma, é a possibilidade efetiva de sua autodeterminação, em face das circunstâncias motivadoras de seu comportamento. E uma impossibilidade de autodeterminar-se, impedindo que a agente oriente a ação de acordo com a consciência que adquiriu a respeito da ordem de valores vigentes, dependeria de uma especial anormalidade de circunstâncias, que afetasse a regular capacidade de motivação.

Prosseguindo com o excelente mineiro, membro da comissão revisora do Código Penal de 1984, tem-se que:

O princípio da não-exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como um corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Freudental e Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a 'motivação normal'. O que se quer dizer é que a culpabilidade, para configurar-se, exige uma certa 'normalidade de circunstâncias' que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente (*idem*, p. 328).

A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, como causa excludente de culpabilidade, limita-se a excepcionais situações de fato, em que à liberdade de

vontade do autor do fato ilícito opõem-se circunstâncias realmente insuperáveis, impelindo-o à prática do ilícito penal.

In casu, a meu sentir, não ocorreu qualquer anormalidade motivacional que pudesse autorizar o reconhecimento da dirimente.

Da substituição da pena corporal.

Pede, ainda, a defesa a substituição da pena corporal aplicada à ré.

Contudo, comprovada a reincidência, nos termos da certidão de f. 30/31, resta evidenciada a impossibilidade de substituição da reprimenda, nos termos do art. 44 do Código Penal brasileiro, nenhum reparo se devendo fazer à judicosa decisão de f. 66/74.

Do mesmo modo, incabível a concessão do benefício previsto no art. 77 do Código Penal.

Conclusão.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso, para manter, tal como lançada, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

***Habeas corpus* - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Pena - Aplicação - Pedido de redução - Matéria de revisão criminal - Inadequação do writ - Denegação**

Ementa: *Habeas corpus*. Sentença transitada em julgado. Injustiça na aplicação da pena. Matéria própria de revisão criminal. Inadequação do writ. Denegação.

- O *habeas corpus* não se mostra via adequada para sustentar condições próprias para a revisão criminal da sentença transitada em julgado, seja porque exige o completo aprofundamento nas provas, seja porque nem mesmo competência teria a Câmara Criminal isolada para produzir decisão revisional.

Denegado o *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.10.012470-0/000 - Comarca de Paracatu - Paciente: Willian Luiz dos Santos - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Paracatu - Relator: DES. FLÁVIO LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador EDI WAL JOSÉ DE MORAIS, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR O HABEAS CORPUS

Belo Horizonte, 1º de junho de 2010. - Flávio Leite - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO LEITE - O presente *habeas corpus* com pedido liminar foi ajuizado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em favor de Willian Luiz dos Santos, alegando que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Paracatu por tê-lo condenado a uma pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa pela prática do delito previsto no art. 155 do Código Penal.

Sustenta a defesa que o paciente faz jus à fixação de sua pena no mínimo legal e que lhe seja reconhecida a atenuante da menoridade relativa prevista no art. 65, inciso I, primeira parte, do Código Penal (f. 02/16).

A liminar foi indeferida à f. 35.

Informações da autoridade coatora à f. 39.

Parecer ministerial à f. 41/43 pelo indeferimento do writ.

É o breve relatório.

Decido.

Apesar das ponderações trazidas na presente impetração, a pretensão almejada na inicial (de desconstituição da sentença condenatória e revisão de pena) não pode ser acolhida na via estreita do *habeas corpus*.

O art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal autoriza a concessão de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Em princípio, o *habeas corpus*, remédio jurídico de magnitude constitucional, só se presta à defesa da liberdade de ir e vir.

Como se observa pela análise dos autos, a defesa impetrou recurso impróprio, pleiteando utilizar a ordem de *habeas corpus* como uma revisão criminal, tendo em vista que a sentença transitou em julgado em 12.07.05, conforme se depreende na certidão de f. 28.

Convém observar, como bem aponta o parecer ministerial de f. 41/43, que o paciente poderia avariar pedido de revisão criminal caso houvesse o preenchimento de algum dos requisitos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal. Porém, o *habeas corpus* não é meio legítimo de obter o provimento revisional desejava-

do. Vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça acerca do tema:

Recurso em *habeas corpus*. Denúnciação caluniosa. Dúvida acerca da inexistência do crime. Pretensão absolutória. Procedimento heróico. Inviabilidade. - A via de *habeas corpus* não se presta ao intento de absolver o réu. Uma vez assentida a condenação e passada em julgado a decisão que a reconhece, é a revisão criminal, nos termos do art. 621 do CPP, o meio adequado ao exame do material probatório por via de cognição plena. Recurso desprovido (STJ, RHC 200701727720 - (21728RS), 6º T., Rel.º Min.º Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 08.10.2007, p. 369).

Esta Egrégia Corte também não discrepa desse entendimento:

Habeas corpus. Furto. Sentença condenatória transitada em julgado. Pedido de redução da pena pela incidência de circunstância atenuante. Via inadequada. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada. - A estreita via dos *habeas corpus* não é própria para o reexame de pena fixada em sentença condenatória transitada em julgado. Não interposto recurso de apelação, o correto seria o ajuizamento de revisão criminal (*Habeas Corpus* nº 1.0000.10.005155-6/000, Comarca de Pirapora, Paciente: Fábio Alves Rocha, autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pirapora, Relator: Des. Doorgal Andrada, 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, j. em 28.04.2010).

Aliás, deixo consignado que nem mesmo competência teria esta Câmara isolada para proferir a decisão revisional pretendida, já que o órgão jurisdicional próprio dotado de competência e, portanto, o Juízo natural para a pretensão deduzida é o Grupo de Câmaras deste Tribunal.

Com essas considerações, denego a ordem.

Custas, imunes nos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - DENEGADO O *HABEAS CORPUS*.

...

Porte de arma de fogo de uso permitido - Art. 14 da Lei nº 10.826/03 - Erro de proibição - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação. Porte ilegal de arma. Art. 14 da Lei 10.826/03. Erro de proibição direto. Desconhecimento da norma proibitiva. Inocorrência. Réu com pouca instrução. Irrelevância. Ciência da proibição abstrata que emana da lei.

- A simplicidade evidenciada na falta de instrução e na humildade do agente, por si só, há muito não é capaz de retirar a consciência acerca da ilicitude de uma conduta, ainda mais quando se tratar de delito de porte ilegal de arma de fogo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0396.06.027018-0/001 - Comarca de Mantena - Apelante: José Teixeira de Andrade - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2010. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

José Teixeira de Andrade inconformado com a sentença oriunda da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mantena, que o condenou às penas de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, dela recorreu.

Narrou a inicial acusatória que, no dia 7 de outubro de 2006, por volta das 21h30min, na Rua Domingos Jório, no Município de Itabirinha, o apelante, que estava conduzindo um veículo VW Fusca, trazia no interior do mesmo uma pistola semiautomática da marca Taurus, calibre 38, municiada com 16 (dezesseis) cartuchos intactos mais um carregador sobressalente com 15 (quinze) cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A denúncia foi recebida em 14 de dezembro de 2006 (f. 36).

O feito seguiu seu curso normal e, ao final, foi proferida sentença na qual restou o acusado condenado pela prática do delito de porte ilegal de arma - art. 14 da Lei 10.826/03 (f. 57/62).

Irresignado recorreu o apelante pleiteando o reconhecimento do erro de proibição e, subsidiariamente, a redução da pena aplicada (f. 79/81).

Em contrarrazões o Ministério Público se manifestou pelo desprovimento do recurso (f. 84/87).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (f. 88/90).

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso por preencher os pressupostos legais.

III - Mérito.

Busca a defesa, inicialmente, o reconhecimento do erro de proibição ao argumento de que o apelante, pessoa humilde, não tinha consciência de que transportar arma de fogo em seu veículo seria crime.

Antes, vale o registro de que a autoria e a materialidade estão devidamente comprovadas nos autos, tanto que nem sequer foram alvo do inconformismo defensivo.

O erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal, consoante ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, pode ser:

direto, quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva (um sujeito ignora que o adultério é proibido no Brasil; um sujeito ignora que trocar de fechadura de um imóvel para impedir a entrada do legítimo possuidor é delito); ou indireto, quando recai sobre a permissão da conduta, podendo consistir na falsa suposição de existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei (um sujeito crê que se alguém lhe entrega o automóvel para conserto e não o retira dentro de certo prazo por sua própria conta pode vendê-lo, para ressarcir-se do valor do serviço; outro crê que lhe é permitido vender a mercadoria do empregador para cobrar-se dos salários atrasados), ou em admitir falsamente uma situação de justificação que não existe (são as chamadas justificantes putativas: um sujeito crê que é agredido e que se defende, quando na realidade trata-se de uma brincadeira de amigos; outro crê ser ameaçado de morte por um incêndio porque está trancado e quebra uma janela, quando na realidade podia sair tranquilamente pela porta). ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 638/639.

In casu, então, o que pretende a defesa é o reconhecimento do erro de proibição direto, baseado, portanto, na ausência de conhecimento da norma proibitiva.

Data venia da argumentação exposta, razão não assiste ao combativo defensor, pois, a meu ver, a simplicidade evidenciada na falta de instrução, já há muito não é capaz de retirar a consciência acerca da ilicitude de uma conduta, ainda mais quando se trata de delito envolvendo porte/posse de arma de fogo.

Quando muito, tais circunstâncias poderiam impossibilitar o conhecimento sobre a letra da lei, hipótese que, por não se confundir com a proibição abstrata que dela emana, não justifica sua transgressão.

Sobre o assunto, a jurisprudência:

Posse ilegal de arma de fogo. Erro de proibição. Inexigibilidade de conduta diversa. Não caracterização. Condenação mantida. - É inaplicável o art. 21 do CP - erro sobre a ilicitude do fato ao crime de posse ilegal de arma de fogo - pois é irrelevante o grau de cultura do agente, pouco

importando seja estudado, analfabeto, matuto, para que ele traga a seu favor o desconhecimento da ilicitude de sua conduta, sendo a lei aplicada para todos, hipótese rechaçada pelo art. 3º da LICC. O fato de o indivíduo viver em meio rural, mais vulnerável por sua localização, precisando da arma para se defender, não se presta a caracterizar a excluyente da inexigibilidade de conduta diversa, bastando justificar sua necessidade e solicitar autorização à autoridade competente (TJMG - Ap. 1.0439.03.018704-1/001 - Rel. Des. William Silvestrini - 2006).

Arma de fogo. Alegação de que o réu, diante de sua condição pessoal muito simples e sem muita escolaridade, desconhecia a legislação. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 3º do Decreto-lei 4.657/42. 'Ementa da Redação : A tese da defesa de que o réu desconhecia integralmente a legislação sobre armas de fogo, diante de sua condição pessoal muito simples e sem muita escolaridade, não merece lograr êxito, pois ninguém pode escusar-se da aplicação da lei alegando ignorância, conforme prevê o art. 3º da LICC, tendo aplicabilidade o princípio *exceptio ignorantiae juris* (TJSP - AP. 289.697-3/000 - Rel. Djalma Lofrano - j. em 19.01.2000 - RT 776/580).

De mais a mais, *in casu*, percebe-se claramente que o acusado sabia que sua conduta não era "correta", tanto que, quando ouvido na Polícia, disse que "só conduzia sua arma de fogo quando ia para sua propriedade rural" - f. 11.

Assim sendo, mantenho a condenação do apelante nas iras do art. 14 da Lei 10.826/03.

De outro lado, deixo de analisar o pleito referente à confissão espontânea, visto que já devidamente reconhecida na sentença de primeiro grau.

Em relação à pena aplicada, melhor sorte não assiste à defesa, tendo em vista que a reprimenda já restou fixada em seu mínimo legal, reconhecida a atenuante cabível, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixado o regime aberto, bem como o valor do dia-multa em 1/30 do valor do salário-mínimo, substituída, ainda, a pena afliitiva, por outras duas restritivas de direito, nos termos do art. 44 do CP.

IV - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo para manter, *in totum*, a sentença vergastada.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e PEDRO VERGARA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Homicídio - Tentativa - *Iter criminis* - Cogitação - Execução do crime - Início - Ausência - Absolvição sumária

Ementa: Apelação criminal. Homicídio tentado. Absolvição sumária. Ausência do início da execução. Inexistência do crime. Recurso da acusação desprovido.

- Não há que se falar em punição, nem mesmo em prática do crime de homicídio na forma tentada, se o réu não chegou a praticar qualquer ato preparatório externo, não passando da cogitação à ação objetiva.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0153.04.032833-5/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Luciano Melo Machado, Flávio Rodrigues Dutra, Marco Aurélio de Oliveira - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, 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 2010. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Pela r. sentença de f. 604/609, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Cataguases absolveu sumariamente os acusados Flávio Rodrigues Dutra, Luciano Melo Machado e Marcos Aurélio de Oliveira por ter ficado comprovada a inexistência da infração penal descrita na denúncia (art. 121, *caput*, do CP).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação para reformar a sentença de primeiro grau no sentido de serem os réus pronunciados nos termos da denúncia.

A defesa do acusado Flávio Rodrigues Dutra (f. 646/649) e a dos acusados Luciano Melo Machado e Marco Aurélio de Oliveira (f. 657/660) apresentaram contrarrazões, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

A d. Procuradoria manifestou-se pelo conhecimento do apelo, mas pelo seu desprovimento, mantendo-se a respeitável decisão (f. 665/673).

Conheço do recurso.

A acusação ofereceu denúncia ao fundamento de que, no dia 04.04.2003, por volta das 15h30min, na

comarca de origem, os recorridos teriam tentado praticar o crime de homicídio contra a vítima Jorge Druda Gomes.

Após um cuidadoso exame dos autos, verifica-se que não existem elementos suficientes a apontar que qualquer dos recorridos tivesse dado início à execução do crime descrito na denúncia.

Há, na verdade, apenas algumas testemunhas que afirmam terem ouvido os acusados articularem a morte da vítima.

A testemunha Sérgio Mendes Batalha, às f. 12/13, diz "que não deu para a gente pegar o barbudinho porque apareceu uma viatura na hora", ou seja, segundo seus depoimentos, ele e os corréus teriam abandonado a suposta empreitada criminosa, não chegando sequer a praticar qualquer ato de execução.

No mesmo sentido, são as declarações da testemunha Eugênia Francisca dos Santos, afirmando, sob o contraditório, que "a mulher que informou acerca do possível atentado contra o Juiz e o Promotor não deu detalhes da ação que teria sido iniciada contra o primeiro" (f. 508/509).

Por sua vez, a vítima Jorge Druda Gomes, em juízo, afirmou que

em conversa telefônica com o subtenente Alceu obteve a informação de que sua irmã de nome Lira tinha ouvido uma conversa entre Berre e Tadeu onde Berre dizia estar planejando a execução do depoente (f. 532).

Dispõe o art. 14, II, do CP:

Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Tecendo comentários sobre a questão, Mirabete ensina que:

Para a realização do crime, há um caminho, um itinerário a percorrer entre a idéia e a sua realização e a consumação. Esse caminho, a que se dá o nome de *iter criminis*, é composto de cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação. A cogitação não é punida, nem mesmo a externada a terceiro, salvo quando constitui ela, de *per sí*, um fato típico. Os atos preparatórios são atos materiais, externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva. Também não são puníveis, a não ser quando constituem fatos típicos. Os atos de execução são os atos materiais dirigidos diretamente à prática do crime. Para distinguir entre os atos preparatórios e os atos de execução, a lei adotou o critério do início da realização da conduta do núcleo do tipo. [...] A conduta só pode ser reconhecida, aliás, quando a conduta é de tal natureza que não deixa dúvida quanto à intenção do agente, exigindo-se que tenha ocorrido um ataque ao bem tutelado juridicamente (in *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 144).

Dessa forma, ao meu juízo, corretamente decidiu o d. Magistrado ao não considerar a suposta cogitação como ato inicial de execução, sendo certo que, entender o contrário, seria verdadeira ampliação ou extensão incriminadora do art. 14, II, claramente vedada pelo princípio penal da reserva legal.

Do exposto, por não existir a infração penal descrita na denúncia, nego provimento ao recurso do Ministério Público, impondo-se a manutenção da sentença absolutória.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Restituição de coisa apreendida -
Impossibilidade - Sentença condenatória -
Trânsito em julgado - Inocorrência - Interesse ao
processo - Art. 118 do Código de Penal**

Ementa: Apelação criminal. Restituição de bens apreendidos. Impossibilidade. Interesse ao processo. Art. 118 do CPP. Recurso desprovido.

- A teor do art. 118 do CPP, "antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo".

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0338.08.079830-3/001 -
Comarca de Itaúna - Apelante: Juliano Ferreira da Silva
- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Relator: DES. EDUARDO MACHADO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2010. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de apelação criminal interposta contra a r. decisão de f. 74,

que indeferiu o pedido de restituição de veículos apreendidos do apelante, objeto, em tese, do crime de adulteração de sinal identificador de automotores.

Consoante razões recursais de f. 77/81, pugna o apelante pela reforma da r. decisão para que os veículos apreendidos lhe sejam restituídos, sustentando, em apertada síntese, que não sabia da remarcação de chassi dos veículos. Afirma, ademais, que a prova pericial já foi realizada nos veículos, diante disso, não mais interessa ao processo.

Contrarrazões recursais, às f. 83/86.

Manifesta-se a d. Procuradoria de Justiça, às f. 94/97, pelo conhecimento e não provimento do recurso. É, em síntese, o relatório.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Infere-se dos autos que o apelante está sendo processado pela suposta prática do delito previsto no art. 311 do CP, visto que, consoante os autos, no dia 10 de outubro de 2008, por volta de nove horas e trinta minutos, na Rodovia MG 050, Km 89, no Município e Comarca de Itaúna, o apelante Juliano Ferreira foi interceptado, em operação da Polícia Militar, na condução do veículo Scania/TRA/C, Trator, placa MRP-6737, acoplado ao semirreboque SR/Iderol, placa GLL-4021, oportunidade em que se constatou que o referido condutor era inabilitado para direção de veículos automotores e ainda que as unidades motoras apresentavam sinais de adulteração na numeração de chassi.

Constata-se, ainda, que, submetidos os veículos à perícia, se verificou que os números dos chassis estavam adulterados.

Por meio do presente recurso, espera, agora, o recorrente a restituição dos veículos apreendidos, indeferida em primeira instância.

Entretanto, a despeito das judiciosas ponderações defensivas, forçoso reconhecer que o pedido de restituição não merece prosperar.

Inicialmente, registre-se que, no presente momento, não importa se o apelante foi o autor da adulteração ou se o mesmo adquiriu os veículos nessa condição, pois fato é que os veículos apreendidos estavam com os chassis adulterados, encontrando-se, dessa forma, ilegais, impedidos, assim, de circularem.

Ademais, a teor do art. 118 do CPP, "antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo", não há como acolher o pedido defensivo.

Pondere-se que, embora demonstrado que o apelante é proprietário dos caminhões apreendidos, por outro lado, há indícios de que os chassis foram adulterados, tornando duvidosa a boa-fé invocada, *permissa venia*.

Pondere-se, mais, que, o laudo pericial constatou e concluiu haver adulteração.

Em suma, como a coisa apreendida (os caminhões) ainda interessa ao processo, inviável se torna, por ora, a pretendida restituição.

Em situações similares, já decidiu este eg. Tribunal:

Ementa: Penal. Processual penal. Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Restituição de coisa apreendida. Impossibilidade. Recurso desprovido. - Inviável a restituição de bem apreendido enquanto interessar ao processo (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0223.08.241433-3/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, v.u., j. em 04.06.2008, DOMG de 18.06.2008).

Ementa: Apelação criminal. Restituição de aparelho celular. Pedido indeferido. Bem vinculado a processo criminal sobre delito de tráfico de drogas. Recurso desprovido (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0145.07428051-5/001, Rel. Des. Eduardo Brum, v.u., j. em 05.08.2008, DOMG de 12.08.2008).

Impõe-se, dessa forma, a manutenção da decisão. Feitas essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, integralmente, a r. sentença fustigada. Custas, na forma da lei. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Roubo majorado (concurso de pessoas e emprego de arma) - Quadrilha armada - Art. 288, parágrafo único, do Código Penal - Condenação - Não cabimento - Concurso de majorantes - *Bis in idem* - Inadmissibilidade - Participação de menor importância - Não ocorrência - Divisão de tarefas - Teoria do domínio final do fato

Ementa: Participação de menor importância. Impossibilidade. Divisão de tarefas. Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de pessoas. Formação de quadrilha. Concurso das majorantes do roubo com as da quadrilha. *Bis in idem*.

- De acordo com a teoria do domínio final do fato, se o que houve foi uma divisão de tarefas entre aqueles que participaram do delito e sendo que cada um deles poderia influenciar em seu resultado final, não há que se falar em participação de menor importância, mas sim em coautoria.

- Não pode haver concurso entre quadrilha e roubo, ambos qualificados, por concurso de pessoas ou emprego de armas, por redundar em dupla qualificação pelo mesmo fato.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.08.262970-8/001 - Comarca de Divinópolis - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Sandra Mara Alves dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Sandra Mara Alves dos Santos - Corréus: Michel Alves Cabral, Fernando Cesar Dutra, Cristiano Marchi Machado, Clélia de Souza Caravelli Dutra - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O PRIMEIRO RECURSO EM PARTE E NÃO PROVER O SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2010. - Paulo César Dias - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Provavelmente, se a 2ª apelante, que é a Dona Sandra, estiver presa desde a data que está constando do processo, caso tenha bom comportamento carcerário, ela terá progressão de regime. É só requerê-lo na execução de pena que, certamente, ela será liberada. Fazendo essas observações, o meu voto é o seguinte.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra Michel Alves Cabral, Sandra Mara Alves dos Santos, Fernando César Dutra, Cristiano Marchi Machado e Clélia de Souza Caravelli Dutra, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 288, ambos do Código Penal.

Narram os autos que, durante o ano de 2008, os acusados se associaram com o objetivo de cometer crimes, especialmente o roubo de pessoas que saíam de bancos, após realizarem grandes saques em dinheiro. Constatou-se que, pelo *modus operandi* da quadrilha, alguns agentes adentravam na instituição financeira e prestavam atenção aos clientes que sacavam grandes quantias em dinheiro. Detectada uma vítima, aqueles que estavam dentro do banco avisavam aqueles que estavam do lado de fora, que, com o emprego de arma de fogo, roubavam a vítima. Logo depois, todos fugiam em veículos estrategicamente posicionados.

No dia 16.01.2008, por volta das 15 horas, os denunciados Sandra e Michel se dirigiram até o banco

Bradesco S.A., situado no centro da cidade de Divinópolis, e no interior da agência ficaram observando os clientes que realizavam grandes saques em dinheiro. Os acusados Clélia e Cristiano aguardaram do lado de fora do banco.

Sandra e Michel verificaram que a Sr.^a Zélia Gomes Godinho efetuou um saque no valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) e, logo após, o entregou a sua funcionária Josenith da Silva. Os réus, então, passaram a seguir Josenith e a abordaram em uma autoescola, também situada no centro da cidade. Lá, o denunciado Michel, empunhando uma arma de fogo (revólver calibre 38), subtraiu a bolsa da vítima, na qual estava o dinheiro, e fugiu na companhia de seus comparsas, que o esperavam na esquina.

Ainda de acordo com os autos, os réus se dirigiram até a residência dos também denunciados Clélia e Fernando, onde dividiram o dinheiro.

Restou comprovado que a quadrilha atuava em várias cidades da região, como Belo Horizonte, Contagem, Pirapora e Piumhi, onde também respondem a processo criminal, com o mesmo *modus operandi*.

O processo foi desmembrado em relação à acusada Sandra às f. 244/246, dando origem a estes autos.

Após regular processamento do feito, o Magistrado sentenciante, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, decotou as majorantes do emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, por entender que sua incidência, juntamente com o delito do art. 288 do Código Penal, caracterizaria *bis in idem*. Ainda, considerou que a participação de Sandra seria de menor importância, motivo pelo qual aplicou a ela a minorante do § 1º do art. 29 do Código Penal.

Dessa forma, o Juiz sentenciante considerou a acusada como incurso nas sanções dos arts. 157, *caput*, e 288, ambos do Código Penal, aplicando-lhe, em concurso material, a pena de 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

A pena de multa foi fixada no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado, o Ministério Público apelou às f. 506/517, pugnando pelo conhecimento, ao crime de roubo, das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas. Ainda, requereu o decote da minorante da participação de menor importância.

Já a acusada Sandra apelou às f. 534/540, pugnando por sua absolvição por falta de provas.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 541/550 e da acusada Sandra às f. 531/543.

Nesta instância, manifestou-se a Procuradoria de Justiça, através do parecer de f. 559/565, pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo provimento do apelo do Ministério Público e pelo não provimento do recurso da defesa.

Uma vez presentes os requisitos de admissibilidade de ambos os recursos, conheço-os.

Analisando o apelo interposto pela recorrente Sandra em primeiro lugar.

A materialidade delitativa restou absolutamente comprovada pelo BO de f. 06/08, pelo auto de apreensão de f. 68, pelo laudo de eficiência da arma de f. 69, pelo auto de reconhecimento de f. 84 e pelos depoimentos da vítima e das testemunhas.

Após uma análise detida das provas constantes nos autos, verifiquei que a pretensão de absolvição feita por Sandra não merece prosperar.

É que existem nos autos provas mais do que concretas da sua participação específica na empreitada criminosa, consistente na observação, perseguição e abordagem da vítima, além de auxiliar o executor direto do roubo em sua fuga.

É fato que Sandra, em todos os momentos em que foi ouvida nos autos, negou seu envolvimento no crime de roubo e sua participação na quadrilha. Entretanto, ela confessou que manteve um relacionamento íntimo com o chefe da quadrilha, o denunciado Michel, e confessou que a tatuagem “Sandra” que este possui em seu braço se refere a sua pessoa. Sandra ainda afirmou que não tinha conhecimento das atividades criminosas de Michel, que no dia dos fatos não estava na cidade de Divinópolis e que não é ela a pessoa que aparece na foto de f. 83.

Entretanto, todas as demais provas dos autos contradizem o afirmado por Sandra e indicam que ela, na verdade, é a atual namorada de Michel e que teve efetiva participação nos crimes cometidos pela quadrilha.

Nesse sentido é o depoimento do próprio denunciado Michel. Ele, à f. 41, delatou a participação de Sandra ao dizer:

[...] que na cidade de Divinópolis, o assalto foi na agência do Bradesco, quando a vítima retirou a quantia de seis mil reais, sendo que o declarante e a ‘Chiquinha’ foram quem a observaram quando o interior do Banco e fora do Banco ficaram a Sandra e o Fernando, [...].

Importante depoimento foi o prestado pela vítima Josenith da Silva, às f. 406/407. Ela disse que quando entrou na autoescola com a bolsa contendo dinheiro, foi seguida por Sandra e Michel. Disse que Michel foi quem subtraiu sua bolsa, mas que Sandra o ajudou a fugir. A vítima, ao ver as fotos e fitas do vídeo de segurança do banco, expressamente reconheceu a acusada.

Como se não bastasse, há o depoimento da testemunha Rejane Cunha, recepcionista da autoescola onde o crime aconteceu. À f. 396, ela disse que o autor dos fatos (Michel) entrou no local na companhia de uma mulher e que, depois de algum tempo, saiu e voltou usando um capacete. Disse que ele foi logo em direção à vítima Josenith e lhe exigiu o dinheiro. A recepcionista informou, ainda, que a mulher que estava com ele, nesse

momento, o esperava do lado de fora, em uma moto, na qual ambos fugiram. Disse se lembrar de uma tatuagem com o escrito "Sandra" no braço de Michel.

Diante de todo o exposto, não há como prevalecer a tese defensiva de absolvição formulada por Sandra. Restou comprovado nos autos sua autoria no delito de roubo e sua participação na quadrilha. A delação de Michel e os depoimentos das testemunhas, em especial o da vítima Josenith, que reconheceu Sandra nos vídeos de segurança do banco, não deixam dúvidas de que ela realmente participou da empreitada criminosa.

Assim, agiu certo o Magistrado de 1º grau em reconhecer sua autoria, sendo impossível se falar em absolvição por falta de provas.

Passo, agora, ao exame do recurso interposto pelo Órgão Ministerial.

Razão possui o Ministério Público quando se insurge contra a decisão do Juiz de 1ª instância, que reconheceu a participação de menor importância da ré.

Conforme se viu das provas constantes dos autos, a acusada Sandra não teve participação de menor importância, uma vez que vigiou a vítima, a seguiu, a ajudou juntamente com Michel e, posteriormente, o ajudou a fugir em uma moto.

Não há dúvidas de que se está diante de uma nítida divisão de tarefas, caracterizadora de indiscutível autoria pela teoria do domínio final do fato, surgida no finalismo de Welzel e depois aprofundada por Claus Roxin. Sandra e Michel estavam juntos no momento da empreitada criminosa, previamente combinados, e, ainda que ela não tenha praticado agressões contra a vítima, assumiu o risco da produção do resultado.

Dessa forma, não há que se falar em participação de menor importância.

A propósito:

Não se poderá falar, portanto, em co-autoria de menor importância, a fim de atribuir a redução de pena a um dos co-autores. Isto porque, de acordo com a posição adotada pela teoria do domínio funcional do fato, observando-se o critério de distribuição de tarefas, co-autor é aquele que tem o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído pelo grupo, sendo a sua atuação, assim, relevante para o sucesso da empreitada criminosa. Dessa forma, toda atuação daquele que é considerado co-autor é importante para a prática da infração penal, não se podendo, portanto, falar-se em participação de menor importância (GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 70-71).

Entretanto, razão não assiste ao representante do *Parquet*, quando requer a condenação da apelante pelo delito de roubo qualificado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma com o crime de quadrilha ou bando, pois isso, de fato, acarretaria inconfundível *bis in idem*.

Nesse sentido já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

Não pode haver concurso entre quadrilha e roubo, ambos qualificados, por concurso de pessoas ou emprego de armas, pois redundaria em dupla qualificação pelo mesmo fato. (STF, HC 61.858, RT 594/441). No mesmo sentido: HC 61.859, DJU 19-08-84, RTJ 110/1067; HC 62.653, DJU 30-08-85, p. 14346; HC 62.570, DJU 01-04-85, p. 4.282; HC 62.598, DJU 26-04-85, p. 5890.)

O concurso de agentes no roubo praticado por integrantes do bando não pode ensejar a majorante do primeiro delito, pois, neste caso, é inegável o *bis in idem* (STJ, RT 767/553).

Posto isso, passo, agora, a adequar a pena da ré.

Quanto ao crime de roubo simples, previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, levando-se em consideração a análise das circunstâncias judiciais feita pelo Juiz de 1ª instância, mantenho a pena-base de Sandra em 4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa. Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas, nem majorantes ou minorantes, motivo pelo qual mantenho a reprimenda nesse patamar. De acordo com o previsto no art. 33, § 1º, alínea c, do Código Penal, fixo-lhe o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Quanto ao delito do art. 288 do Código Penal, também levando em consideração a análise das circunstâncias judiciais feita pelo juiz de 1ª instância, fixo a pena-base de Sandra em 1 (um) ano de reclusão. Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Diante da majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, aplico a reprimenda em dobro para fixá-la, definitivamente, em 2 (dois) anos de reclusão. De acordo com o previsto no art. 33, § 1º, alínea c, do Código Penal, fixo-lhe o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Tendo em vista o concurso material de crimes, aplico à acusada Sandra a pena total de 6 (seis) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, em regime semiaberto.

Incabível a substituição de pena e o *sursis*.

Isso posto, nego provimento ao recurso da segunda apelante e dou parcial provimento ao recurso do primeiro apelante para decotar a minorante do § 1º do art. 29 do Código Penal e fixar a reprimenda da ré, em virtude do concurso material de crimes, em um total de 6 (seis) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, em regime semiaberto.

Custas, na forma da lei.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Fiz a revisão deste processo e confesso que também fiquei um tanto perplexo com o pedido da filha da ré, que compareceu a este Tribunal, pedindo para que a mãe fosse solta, o que levou o Des. Relator a retirar o processo de pauta. Contudo, após uma nova análise do caso, o Des. Relator manteve a condenação da ré e, da revisão que fiz dos autos e do voto, cheguei

à mesma conclusão do eminente Relator, razão por que acompanho S. Exa.

DES. FORTUNA GRION - De acordo.

Súmula - PRIMEIRO RECURSO PROVIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO O SEGUNDO RECURSO.

...

Júri - Competência - Homicídio qualificado e ocultação de cadáver - Conexão - Corré pronunciada apenas pelo crime conexo - Morte do corréu - *Perpetuatio jurisdictionis* - Manutenção

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime doloso contra a vida conexo com ocultação de cadáver. Corré denunciada apenas pelo conexo. Pronúncia de réu e corré. Morte do réu pronunciado pelo crime de homicídio. Cessação de competência do Júri. Impossibilidade. Competência já firmada. Recurso ministerial provido.

- Havendo a decisão de pronúncia, determinando o Júri popular do réu denunciado por crime de homicídio e ocultação de cadáver, bem como da corré pelo crime de ocultação, sobrevivendo a morte do réu acusado do homicídio, continua prevalecendo a competência do Júri para julgar a corré pelo crime de ocultação de cadáver, pois essa competência já restou firmada antes da morte do acusado principal, tendo em vista a *perpetuatio jurisdictionis*.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0672.07.274230-3/001 - Comarca de Sete Lagoas - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrida: Neide Francisca das Chagas - 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, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2010. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra r. decisão primeva que declarou cessada a competência do

Tribunal do Júri para o julgamento do crime conexo ao homicídio, tendo em vista a morte do pronunciado pelo crime de homicídio (f. 318/319)

Inconformado, recorre o Ministério Público da r. decisão e, nas suas razões de f. 322/326, requer a modificação da sentença, sustentando que se confirmou a competência do Júri com a decisão de pronúncia.

A defesa, em contrarrazões, pugna pelo provimento do recurso ministerial, por entender que lhe cabe razão (f. 340/341).

Em juízo de retratação, foi mantida a decisão objurgada (f. 345).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso ministerial (f. 350/353).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, em face de seu ajuste legal.

Não foram arguidas preliminares e tampouco vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, motivo pelo qual passo ao imediato exame do mérito recursal.

Segundo a denúncia de f. 02/03, no final do mês de novembro de 2007, na quadra 145, lote 20, Bairro Cidade de Deus, em Sete Lagoas/MG, o denunciado Warley Santana dos Santos matou a pedradas e pauladas a vítima José Roberto Ferreira e, posteriormente, em conluio com a corré Neide Francisca das Chagas, ocultaram o cadáver da vítima, arrastando-o para um buraco, após o que tamparam o mesmo com terra e pedaços de pedras.

Regularmente processados, foram pronunciados, sendo que Warley no art. 121, § 2º, III e IV, e art. 211 do CP, e Neide no art. 211 do CP (f. 195/202).

Transitada referida decisão, foi dado o despacho saneador, designando a sessão do Júri para 11.06.2009, f. 257/260 e, posteriormente, alterada para o dia 29.09.2009, f. 290.

Porém, chegou aos autos notícia do falecimento do acusado Warley, f. 316, havendo, assim, a decretação de extinção da sua punibilidade. Porém, entendeu o nobre Magistrado que, com a morte do acusado do crime doloso contra a vida, estava cessada a competência do Tribunal do Júri quanto ao crime conexo imputado à corré.

Acolho recurso ministerial, pois com razão o ilustre representante do *Parquet*, tendo em vista que, após a decisão da pronúncia, firmou-se a competência do eg. Tribunal do Júri para julgamento dos delitos, inclusive os conexos, atendendo-se à *perpetuatio jurisdictionis*.

Nesse sentido leciona Greco Filho:

Esta regra consagra o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que tem por fundamento o próprio princípio do juiz natural, que repele interferências estranhas na fixação do juiz competente, e, em especial, impede o afastamento do juiz eventualmente indesejável para a parte (*Manual de processo penal*. 8. ed. Saraiva, p. 157).

A princípio, se houver desclassificação na fase da pronúncia, ou se o juiz impronunciar o réu ou absolvê-lo sumariamente, fica cessada a competência do Tribunal do Júri para julgar os delitos conexos, como determina o art. 81 do CPP.

Todavia, a situação dos autos é diversa, pois já houve decisão de pronúncia e, após o julgamento já designado, é que o acusado do crime doloso contra a vida veio a falecer. Assim, continua o Tribunal do Júri, através do Conselho de Sentença, competente para julgar o crime conexo da corrê, aplicando-se a *perpetuatio jurisdictionis*.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso ministerial, mantendo a competência do eg. Tribunal do Júri para o julgamento da corrê pelo crime de ocultação de cadáver.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Revisão criminal - Roubo majorado - Pena - Aumento - Limite legal extrapolado - Critério legal - Não observância - Redução - Possibilidade - Pedido revisional - Deferimento - Efeitos - Extensão aos corrêus

Ementa: Revisão criminal. Majorantes do crime de roubo. Aumento das penas em 2/3 (dois terços). Limite legal extrapolado. Inobservância do critério legal. Redução das penas. Possibilidade. Extensão dos efeitos aos corrêus.

- Constatado erro técnico, evidente injustiça ou flagrante inobservância aos critérios legais no tocante à aplicação da pena, deve-se, em sede de revisão criminal, reduzir a reprimenda aplicada ao condenado.

- Por analogia ao art. 580 do CPP, é possível estender o deferimento do pedido revisional a corrêu não peticionário.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.0000.09.505282-5/000 - Comarca de Uberaba - Peticionário: Cristiano Soares da Silva - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR O PEDIDO, ESTENDENDO OS EFEITOS AOS CORRÊUS.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2010. - Adilson Lamounier - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de pedido revisional interposto por Cristiano Soares da Silva em face de acórdão proferido no processo nº 0701.03.037.884-1 oriundo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba, em que a 2ª Câmara Criminal deste egrégio Tribunal negou provimento ao recurso de apelação do peticionário para manter a sentença recorrida que o havia condenado às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, com o valor unitário no mínimo legal permitido, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Interposta a presente revisão criminal por meio de defensor constituído, pugna o peticionário pela redução da pena aplicada, adotando-se o limite mínimo de 1/3 (um terço) em face das majorantes do delito de roubo, e não a elevação em 2/3 (dois terços) adotada na sentença.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 113/114, é pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

Decido.

Conheço da presente revisão criminal, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Conforme relatado, requer a defesa a redução da pena imposta ao peticionário, especialmente, a redução do *quantum* fixado em decorrência do reconhecimento das majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, pugnando pelo aumento mínimo previsto em lei.

Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal,

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Assim, em sede de revisão criminal, a redução da reprimenda imposta somente é admissível quando vislumbrado erro técnico, manifesta injustiça na decisão ou afronta a texto expresso da lei penal.

Trata-se de condenação pelo crime de roubo, qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, nos termos do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Na sentença condenatória constante às f. 61/77, o d. Magistrado *a quo*, considerando a incidência das duas majorantes, elevou a pena-base do petionário em 2/3 (dois terços), resultando uma pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 16 (dezeses) dias-multa.

Em análise, verifica-se que tal condenação deixou de observar corretamente os critérios legais, visto que, nos termos do § 2º do art. 157 do Código Penal, a pena do crime de roubo, em razão das majorantes, será aumentada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade), e não em 2/3 (dois terços), como entendido pelo Magistrado sentenciante.

Nesses termos:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

[...]

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância;

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Assim, em razão do limite expresso trazido no tipo penal, não poderia o Magistrado ter extrapolado o *quantum* de aumento, merecendo ser reconhecida a inobservância aos critérios legais, de molde a justificar o acolhimento do pedido formulado, com a consequente redução da reprimenda.

Sobre tal possibilidade, os seguintes julgados deste egrégio Tribunal:

Revisão criminal. Redução de pena. Possibilidade. - Permite-se a redução da reprimenda em sede de revisão criminal, quando ela é flagrantemente injusta ou contaminada por erro técnico. Pedido conhecido e deferido. (TJMG, Revisão nº 1.0000.05.422382-1/000, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, 12.12.2005.)

Revisão criminal. Pena. Homicídio simples. Erro e injustiça na fixação. Redução autorizada. - Demonstrada a existência de erro e flagrante injustiça na aplicação da pena do petionário, a diminuição, através da via revisional, é imperativa.

(TJMG, Revisão nº 1.0000.06.434895-6/000, Rel.º Des.º Beatriz Pinheiro Caíres, 21.08.2006.)

No mesmo sentido, a Súmula Criminal nº 68 deste Tribunal:

Salvo casos de erro técnico ou evidente injustiça, em sede de Revisão Criminal não se deve reduzir a reprimenda imposta ao condenado com obediência dos critérios legais.

Desse modo, considerando a pena-base fixada, 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, majoro a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 6 (seis) anos de reclusão.

No tocante à pena de multa, considerando a pena-base fixada em 10 (dez) dias-multa, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, majoro a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 13 (treze) dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto fixado na sentença, bem como a vedação à substituição por pena restritiva de direito.

Registro que, conforme já externei em outros julgados, tenho entendimento de que o critério a ser utilizado para majorar as reprimendas deve ser o qualitativo, ou seja, deve ser levada em conta a gravidade do meio empregado na prática delitiva, e não pura e simplesmente o número de majorantes do crime de roubo.

No caso dos autos, o concurso de agentes e o uso de arma de fogo não revelaram gravidade que legitime majoração por fração superior à de 1/3 (um terço), considerando o uso de apenas um revólver e a abordagem da vítima somente por dois agentes (o petionário e o corréu José Leônidas).

E, por analogia ao disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, considerando que “não há impedimento que na instância revisional se estenda o seu deferimento a corréu que não peticionou” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2008, p. 713), de ofício, estendo o benefício da redução das penas aos corréus José Leônidas Ribeiro Júnior e Wellington Aparecido Silva Martins.

Quanto ao réu José Leônidas, considerando a pena-base fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, majoro as penas em 1/3 (um terço), tornando-as definitivas em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Quanto ao réu Wellington Aparecido, considerando a pena-base fixada, 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, majoro as penas em 1/3 (um terço), tornando-as definitivas em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Diante do exposto, defiro o pedido revisional para reduzir as penas do peticionário para 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, estendendo, de ofício, a redução das penas aos corréus, nos termos acima expostos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING, JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ, DOORGAL ANDRADA, HERBERT CARNEIRO, EDUARDO MACHADO, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, MARIA CELESTE PORTO e EDUARDO BRUM.

Súmula - DEFERIRAM O PEDIDO, ESTENDENDO OS EFEITOS AOS CORRÉUS.

...

Falsificação de documento público - Carteira nacional de habilitação - Venda - Intermediação - Confissão - Concorrência para a prática do delito - Absolvição - Inadmissibilidade - Pena - Redução - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Não cabimento - Manutenção - Regime prisional - Art. 33, § 2º, Código Penal - Abrandamento

Ementa: Penal. Falsificação de documento público. Carteira Nacional de Habilitação. Venda. Intermediação. Concorrência para a prática do delito. Preliminar rejeitada e recurso provido em parte.

- Aquele que intermedeia a compra e venda de carteira nacional de habilitação falsa concorre para o crime de falsificação de documento público, em consonância com o disposto no art. 29 do CP.

- O condenado não reincidente cuja pena é inferior a quatro anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto, máxime se as circunstâncias judiciais são majoritariamente favoráveis ao agente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0123.02.001390-0/001 - Comarca de Capelinha - Apelante: Juarez Afonso Caldeira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Marcelo Aparecido Gomes - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Brum, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2010. - *Júlio Cezar Gutierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Juarez Afonso Caldeira, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 297 do CP, porque, em 29.11.00, o corréu Marcelo Aparecido Gomes, ao ser surpreendido em posse de uma Carteira Nacional de Habilitação falsificada, afirmou tê-la adquirido do denunciado pela importância de R\$ 900,00 (novecentos reais).

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Capelinha julgou procedente o pedido contido na denúncia e o condenou a cumprir a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa (f. 108/122).

Inconformada, a defesa recorreu, suscitando a nulidade do laudo pericial e pleiteando a absolvição, por insuficiência probatória, ou a redução da pena ao mínimo legal, mitigando-se o regime prisional para o aberto (f. 130/131).

Em contrarrazões, bate-se o Ministério Público pelo conhecimento e desprovemento do recurso (f. 133/138). No mesmo sentido opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Cássio Murilo Soares de Carvalho (f. 142/144).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

Inicialmente, há uma questão preliminar a ser enfrentada.

1 - Preliminar:

A defesa suscita, *en passant*, a nulidade do laudo pericial, e, ao que se pode deduzir como razão da arguição, alega-se que o exame foi realizado em dezembro de 2000, bem depois dos fatos, que teriam ocorrido no ano de 1998.

A questão, entretanto, não tem fundamento nem dá ensejo à nulidade invocada.

O exame pericial documentoscópico (f. 14) foi realizado em 05.12.00, aproximadamente uma semana após a apreensão do documento em poder do corréu, quando a falsificação veio a lume, sendo, pois, oportuna a feitura da perícia.

Rejeito a preliminar.

2 - Mérito.

No mérito, a defesa alega a insuficiência de provas para a condenação e a ocorrência de excesso na fixação da pena-base e do regime prisional.

2.1 - Absolvição.

O pedido de absolvição não pode ser acolhido, se não vejamos.

Narra-se na denúncia que, em 29.11.00, o corréu Marcelo Aparecido Gomes compareceu no Setor de Trânsito da Delegacia de Capelinha, em posse de uma Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do Estado da Bahia, com o objetivo de transferir seu prontuário para o Estado de Minas Gerais; contudo, o documento foi apreendido por suspeita de autenticidade e foi comprovado tratar-se de documento falsificado.

Questionado sobre a origem da CNH, o corréu informou (f. 07/07-v.) tê-la adquirido do ora apelante Juarez Afonso Caldeira pela importância de R\$ 900,00 (novecentos reais), tendo este providenciado a falsificação do documento no Estado da Bahia.

A materialidade do crime se consubstancia no laudo de exame pericial documentoscópico (f. 14) e no auto de apreensão (f. 37).

A autoria se faz estreme de dúvidas em face das declarações do corréu (f. 07 e 64), cuja delação se reveste de especial credibilidade, uma vez que não procurou livrar-se da sua cota de participação no intento criminoso.

O apelante, por sua vez, embora sustente a versão de que apenas conduzia os candidatos até Eunápolis/BA em seu táxi para a realização dos exames, confessa ter intermediado a compra de CNHs falsas, corroborando as declarações do corréu, conforme declarou em juízo:

[...] que de fato houve duas ou três pessoas desta cidade que não foram até o Estado da Bahia e consequentemente não se submeteram a qualquer exame, sendo que para essas pessoas o interrogando levou Xerox dos documentos pessoais para Jesus Maria Guimarães, sendo que posteriormente dele recebeu as CNHs e as entregou na região aos destinatários [...]; o interrogando cobrava dos interessados entre setecentos e oitocentos reais, dos quais ficava com apenas cem reais, repassando o restante para Jesus, o qual por sua vez distribuía entre os funcionários do Detran (f. 55).

No termo de acareação de f. 39, o apelante confirma ser o corréu Marcelo uma das pessoas a quem entregou o documento nessas condições, ou seja, sem qualquer exame prévio.

Lado outro, o fato de o apelante não ter praticado os atos propriamente executórios do delito, como o fabrico e a alteração de documento público, não afasta a participação no crime em tela, a qual se mostra, *in casu*, equivalente à conduta daqueles que falsificaram a CNH, uma vez que a intermediação da venda do documento falso contribuiu de forma decisiva para a consumação do delito.

Assim, em conformidade com o disposto no art. 29, *caput*, do CP, acertada a condenação do apelante pelo crime tipificado no art. 297 do CP, na qualidade de coautor do delito de falso.

Nesse sentido, colhem-se decisões deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Aquele que de algum modo agencia clientes para a compra de Carteiras de Habilitação falsas concorre para o crime de falsificação de documento público, nos termos do previsto no art. 29 do Código Penal (TJMG - AP. 1.0301.01.003554-3/001 - Rel. Delmival de Almeida Campos - j. em 28.01.2009).

Não havendo qualquer resquício de dúvida de que o apelante mesmo não participando diretamente na contrafação, contribuiu decisivamente com a mesma, visto que forneceu aos falsificadores subsídios de ordem material, sem os quais a falsificação não seria possível, de acordo com o previsto no art. 29 do Código Penal, torna-se partícipe da ação, pois tinha pleno conhecimento da ilicitude que intermediou, ainda que a título gratuito fosse (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0074.01.000756-0/001 - Relator Des. Antônio Armando dos Anjos).

Ementa: Apelação criminal. Falsificação de documento público. Carteira Nacional de Habilitação. Intermediação. Agente que concorreu para a execução do crime. Condenação. Autoria atribuída ao corréu. Não comprovação. Inexistência do documento falso. Absolvição. - Responderá pelo crime de falso, na forma do art. 29 do Código Penal, aquele que, embora não tenha praticado a conduta prevista no núcleo do tipo do art. 297 do Código Penal, tenha concorrido para a falsificação, ao intermediar a venda do documento falsificado a terceiros. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0480.01.022220-0/001 - Relatora Des.ª Beatriz Pinheiro Caires).

2.2 - Fixação da pena.

Tampouco assiste razão à defesa quanto ao pedido de redução da pena.

A pena-base foi fixada em 3 (três) anos de reclusão, e a eleição desse patamar foi devidamente justificada na sentença em face de três circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao agente, a saber, a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social.

Os fundamentos adotados pelo e. Julgador procedem, podendo-se acrescer, quando à culpabilidade, que recai contra o apelante juízo de reprovação adicional pela sua condição de policial militar na época dos fatos (f. 83), a quem se deve exigir ainda maior retidão e compromisso com a Justiça.

Os antecedentes não são bons, na medida em que o réu possui ao menos uma condenação definitiva por fato anterior (CAC - f. 103/105), o que é suficiente para caracterizar má antecedência criminal, a meu ver.

A conduta social não foi tida em boa conta em face dos testemunhos colhidos nos autos, podendo-se acrescentar que os demais registros constantes da certidão de antecedentes criminal, a saber, inúmeros processos em instrução e outras condenações, também repercutem desfavoravelmente no juízo de valoração da conduta do acusado.

Assim, concluo que a eleição do *quantum* da pena-base, estabelecida, reitere-se, 1 (um) ano acima do mínimo legal, não se revela arbitrária no caso em questão,

muito pelo contrário, havendo motivo suficiente a legitimar tratamento jurídico desfavorável na primeira fase de aplicação da pena.

Portanto, entendo que a pena-base não está a merecer a redução pretendida pela defesa.

2.3 - Regime prisional.

Melhor sorte socorre à defesa, que pleiteia a alteração do regime prisional, do semiaberto para o aberto.

Consoante o disposto no art. 33, § 2º, c, do CP, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

É certo que o juiz deverá observar as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, podendo fixar o regime inicial semiaberto ao não reincidente à luz desta avaliação, mas, no caso dos autos, em que pese a existência de três moderadoras negativamente avaliadas, as circunstâncias judiciais são preponderantemente favoráveis ao agente, pendendo em favor da fixação do regime aberto.

3 - Conclusão.

Por essas razões, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao apelo, apenas para conceder ao réu o regime aberto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e HERBERT CARNEIRO.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Estelionato - Autoria e materialidade comprovadas - Confissão extrajudicial - Retratação parcial em juízo - Irrelevância - Delação de corrêu - Absolvção - Inadmissibilidade - Crime impossível - Art. 17 do Código Penal - Flagrante preparado/forjado - Não ocorrência - Desclassificação para a forma tentada - Não configuração - Mudança da esfera de vigilância dos bens - Consumação - Participação de menor importância - Reconhecimento - Inviabilidade - Prática de atos de execução - Qualidade de coautor - Suspensão condicional do processo - Não cabimento

Ementa: Estelionatos continuados. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Confissão extrajudicial do apelante. Retratação parcial em juízo. Irrelevância. Delação de corrêu. Validade. Absolvção. Impossibilidade.

- Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos perpetrados, a condenação é medida que se impõe, não merecendo prosperar o pleito absolutório, uma vez que a confissão extrajudicial do réu, parcialmente retratada em juízo, se corroborada com outras provas coligidas sob o crivo do contraditório, sobretudo pela válida delação do corrêu, tem valor probante a embasar a condenação.

Estelionatos continuados. Pretensa desqualificação em função de participação de menor importância. Coautoria. Impossibilidade.

- Impossível que a participação se mostre de menor importância se ao apelante foi atribuída determinada tarefa imprescindível para o sucesso da prática criminosa, quanto mais se há confissão expressa de que sua ação foi desenvolvida para prestar apoio aos demais agentes, ficando patente a hipótese de coautoria, e não de participação.

Estelionatos continuados consumados. Desclassificação para tentativa. Inviabilidade.

- O crime de estelionato consuma-se quando o agente obtém a vantagem econômica indevida, em prejuízo de outrem, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente, desimportando, para tanto, o efetivo enriquecimento, bastando o dano patrimonial ao ofendido.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.06.151820-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: José Márcio Borges Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corrêu: Lindomar Evangelista dos Santos Júnior - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2010. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Márcio Borges Júnior contra a sentença de f. 389/396, que julgou par-

cialmente procedente o pedido contido na denúncia, para condená-lo como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, (quatro vezes) c/c o art. 71, ambos do Código Penal, impondo-lhe a pena final de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, esta à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Entendendo presentes os requisitos legais, o culto Julgador deferiu ao réu a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais (f. 419/438), a defesa requer a absolvição do réu, sob o argumento de ter havido crime impossível, tendo em vista que os agentes da Polícia Federal o seguiram em toda sua trajetória de deslocamento, aguardando do lado de fora da agência dos Correios a retirada das encomendas, em absoluto controle da situação, nos termos do art. 17 do Código Penal. Bate-se ainda a douta defesa pela inexistência de prova da atuação do réu no delito, devendo ser desconsiderada sua confissão policial, visto que feita sem a presença de advogado e sem que tivesse a oportunidade de lê-la, não a respaldando qualquer prova produzida na fase judicial. Alternativamente, pugna a defesa pela desclassificação do crime para a modalidade tentada, ou pelo reconhecimento de mera participação de menor importância, com a consequente suspensão condicional do processo, alegando que o fato de as mercadorias terem sido encontradas em poder do réu não quer dizer que os verdadeiros autores da ação a interromperam, tratando-se de mero partícipe.

O recurso foi contrarrazoado às f. 439/449.

Nesta instância revisora (f. 457/469), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Preliminarmente, conheço do recurso, presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Nos termos do apelo voluntário, pretende o réu ser absolvido, com base no brocardo *in dubio pro reo*, ou pela configuração de crime impossível. Eventualmente, busca a desclassificação para a forma tentada e o reconhecimento da participação de menor importância, por não ter domínio final do fato, mas se tratava apenas de um laranja.

Narra a denúncia que:

[...] No dia 15.03.2006, por volta das 17h40, o primeiro denunciado foi preso em flagrante delito logo após retirar na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, agência João Pinheiro, fazendo uso de carteira de identidade ideologicamente falsa, encomendas enviadas por Sedex, consubstanciadas em três aparelhos de telefone celular, adquiridos fraudulentamente, via internet, através do site: <www.mercadolivre.com.br>.

No dia anterior, os denunciados já haviam retirado uma outra mercadoria, contendo em seu interior um aparelho telefônico, utilizando o mesmo *modus operandi* acima descrito.

O primeiro denunciado admitiu ter sido contratado por Lindomar Evangelista dos Santos Júnior para fornecer seu endereço residencial em uma transação a ser realizada pela internet, visando à aquisição de telefones celulares. Admitiu, ainda, ter afixado sua fotografia na carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho (f. 06/07).

O segundo acusado, por sua vez, narrou pormenorizadamente como funcionava a fraude, dizendo ter ido com José Márcio até a agência da EBCT, ocasião em que retiraram um aparelho de telefone celular que ficou em seu poder. Admitiu, ainda, ter conseguido a carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho (f. 27/29).

De início, quanto à sustentada tese de ocorrência de crime impossível, invocando-se para tanto o art. 17 do Código Penal, trata-se de questão já rebatida, como se vê do julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo apelante, decidido às f. 103/105 pelo Juiz Federal, evidenciando-se a inoportunidade de flagrante preparado ou forjado, mas tão somente atividade investigatória da Polícia.

Como venho sustentando, para a existência de flagrante preparado, é indispensável a presença do agente provocador, que, doutrinariamente, é a designação que se dá ao indivíduo que instiga, ou cria as circunstâncias propícias para outrem praticar atos executórios da infração penal, a fim de, ao depois, surpreendê-lo no momento da execução.

Na hipótese dos autos, em momento algum os agentes da autoridade policial induziram o recorrente a praticar o delito em questão.

Ao contrário. Limitaram-se os policiais apenas a observar e seguir o recorrente, em momento algum intervindo na execução do crime, configurando apenas o flagrante esperado, que não tem o condão de tornar impossível a consumação como argumenta a defesa, mesmo porque foi o réu preso na posse das encomendas e da carteira de identidade falsa.

Nesses termos, a conduta delituosa preexistia à ação dos supostos agentes provocadores. Em outras palavras, se a prisão do apelante se deu em decorrência de atividade investigatória da Polícia, não há que se falar em flagrante preparado, mas esperado.

Lado outro, a materialidade delitiva vem consubstanciada pelos autos de apresentação e apreensão de f. 21/23 e 44/46, pela declaração de entrega de celular de f. 29, pela cópia da identidade falsificada de f. 39, pela cópia do e-mail do mercado pago, informando a respeito do pagamento feito em nome de Paulo Roberto, no endereço do apelante (f. 112), pelo comprovante de

envio de correspondência de f. 113, pela cópia de recibo do sacado de f. 114 e pelas cópias da nota fiscal e do comprovante de envio de correspondência de f. 254.

No tocante à autoria, malgrado a defesa do réu tente afastar a condenação, verifica-se que as provas dos autos apontam, de forma cristalina, para o acusado, restando demonstrada a contento, mormente pela confissão policial, com riqueza de detalhes, na presença do advogado João Luiz Pereira:

[...] hoje, por volta das 17h40, descia a Rua João Pinheiro, quando foi abordado dirigindo seu veículo por uma viatura da Polícia Federal; que os policiais, ao darem busca pessoal, encontraram na carteira do interrogado duas cédulas de identidade, uma em nome de Paulo Roberto Filho contendo a sua fotografia e outra em nome de José Márcio Borges Júnior, sem fotografia; que o interrogado disse aos policiais que se chamava José Márcio Borges Júnior; que os policiais encontraram dentro do veículo três caixas de encomendas Sedex, que o interrogado acabara de retirar da agência dos Correios da Rua João Pinheiro, contendo cada, em seu interior, um telefone celular, conforme descrito no auto de apresentação e apreensão; que os telefones celulares não são de propriedade do interrogado; que o interrogado foi contratado pelo seu conhecido de nome Lindomar Evangelista dos Santos Júnior, que possui uma moto e faz serviços de mototáxi, morador do Bairro Alfredo Freire, pedindo-lhe para fornecer seu endereço residencial em uma transação que iria fazer via internet para aquisição de telefones celulares; que, na data de ontem, o interrogado recebeu um aviso dos Correios dizendo que tinha uma encomenda para ser entregue em nome de Paulo Roberto Filho; que o interrogado então entrou em contato com Júnior, perguntando-lhe como retiraria a encomenda em nome de outro, foi quando este lhe entregou a Carteira de Identidade nº MG-13.158.047/SSP/MG, já em nome de Paulo Roberto Filho, contudo, sem fotografia; que o interrogado então colocou sua fotografia na carteira de identidade de Paulo Roberto, usando-a na tarde de ontem para retirar uma encomenda da agência dos Correios; que, na manhã de hoje, por volta das 12h30 o interrogado contactou Lindomar, dizendo que haviam chegado mais três encomendas nos Correios e que iria retirá-las; que o primeiro telefone retirado dos Correios Lindomar acompanhou o interrogado e ficou com a mercadoria, a qual foi arrecadada no dia de hoje pelos Policiais Federais; que Lindomar disse para o interrogado que quem bolava toda a transação via Internet era uma pessoa chamada Maikel, contudo nunca viu tal pessoa, não sabendo fornecer suas características; que o interrogado disse a Lindomar que o fato de usar sua fotografia e uma identidade falsa iria dar boletim de ocorrência, recebendo como resposta que não, visto que a mercadoria já havia sido enviada pelo Correio e era somente retirar; que o lucro obtido pelo interrogado seria a venda dos telefones que coubessem para sua parte, não sabendo quantos viriam, pois, segundo Lindomar, Maikel teria dito que iriam chegar várias mercadorias, dentre elas câmeras de filmar, telefones celulares, máquinas fotográficas, dentre outros aparelhos eletrônicos; que, neste ato, mostrados ao interrogado três recibos de entrega de encomendas dos Correios, reconhece a assinatura contida no mesmo em nome de Paulo Roberto Filho como sendo a mesma que produziu quando da retirada dos telefones [...] (f. 12/13).

Em juízo, sob o patrocínio do mesmo advogado, retratou-se parcialmente o recorrente, sem qualquer justificativa plausível, tentando minimizar sua responsabilidade, mas, por via transversa, deixou clara sua atuação na prática delitiva, visto que reconheceu o engodo utilizado para pegar as mercadorias no Correio, ou seja, passar-se por outra pessoa, para tanto ele mesmo inserindo sua foto no documento original em nome de Paulo Roberto Filho, embora afirmando não ter ciência do caráter ilícito dos objetos retirados e que não receberia vantagem em dinheiro para tal, apenas proposta de emprego:

[...] é parcialmente verdadeira a imputação contida na denúncia; o interrogado relata que, na realidade, entrou em uma 'enrascada' e frisou que não entende nada de computador; que foi procurado por Lindomar Evangelista, segundo acusado, para que lhe fizesse um favor consistente na busca de uma mercadoria, cujo conteúdo ignorava, no dia 14 de março de 2006; a um primeiro instante, não achou estranho o presente pedido, já que se tratava de mercadoria já despachada. Por outro lado, o que realmente o interrogado achou estranho foi o fato de adotar o procedimento relativo à adulteração de uma identidade, vale dizer, a condição para o interrogado apanhar a mercadoria era se passar por uma outra pessoa, de nome Paulo, que constava numa identidade, cuja foto foi substituída pela do interrogado. Resistiu o interrogado em adotar tal procedimento, mas, diante da insistência reiterada do segundo acusado, acabou por decidir em fazer tal favor; esclarece o interrogado que não recebeu proposta em dinheiro para efetuar a aludida operação, mas de outro lado, recebeu proposta de emprego, pois com as mercadorias iria montar uma loja; que, no dia 14 de março de 2006, efetuou a busca da mercadoria na agência dos Correios, ignorando o seu conteúdo, e entregou-a para o segundo acusado. No dia seguinte, por volta das 10h15 da manhã, recebeu um aviso de Sedex e imediatamente entrou em contato com Lindomar e se encontrou com ele; recebeu a mesma proposta do dia anterior, e o interrogado, de igual forma, resistiu igualmente, mas, diante da insistência de Lindomar, acabou efetuando a busca da mercadoria, dizendo que seria a última vez que adotaria tal procedimento. O interrogado tanto no dia 14 quanto no dia 15 não detinha consciência do caráter ilícito do procedimento de adulteração da identidade antes mencionada. Atribui também responsabilidade pelos atos descritos na denúncia à pessoa de Maikel, pois Lindomar estava em realidade prestando favor à sua pessoa pelos fatos ocorridos nos dias 14 e 15 de março de 2006. O interrogado indagado pelo MM. Juiz se teria mais alguma coisa para alegar em prol de sua defesa, afirmou que ficou muito constrangido com tudo o que aconteceu e também diante da repercussão do fato e de sua prisão em flagrante; que, no depoimento prestado perante a Polícia, não teve oportunidade de contactar advogado, aliás, foi proibido de contactar qualquer pessoa no momento em que foi abordado, por volta das 18h até as 2h da manhã, ocasião em que foi transferido de unidade, e, nesse contexto, pôde entrar em contato com a sua mãe e sua esposa [...]; que o interrogado não viu nada de mais em apanhar mercadorias para um conhecido; que os avisos de Sedex vinham em nome da pessoa que constava na identidade adulterada (Paulo); que quem afixou a foto na identidade foi o próprio interrogado; que, apesar de não ter tido

consciência do caráter ilícito do procedimento de adulteração da identidade, o interrogado achou estranho e que poderia dar algum tipo de problema; que ignora o fato de ter chegado mais mercadorias em nome de Paulo no dia 16 de março de 2006 no endereço fornecido pelo acusado [...]; o interrogado não tinha consciência da quantidade e natureza das mercadorias que iriam chegar [...] (f. 125/128).

A confissão extrajudicial do apelante encontra conforço nas demais provas colhidas, a começar pela delação do corréu Lindomar, feita em ambas as fases, respectivamente:

[...] na última segunda-feira, dia 13/03, o interrogado foi procurado por um seu conhecido de nome Maikel, que mora no mesmo Bairro Alfredo Freire, o qual lhe propôs ganhar um telefone celular caso conseguisse o endereço e uma pessoa para retirar algumas encomendas que chegariam pelos Correios; que o interrogado então lembrou de seu conhecido José Márcio propondo-lhe um telefone celular caso ele emprestasse seu endereço para receber umas mercadorias que iriam chegar pelos Correios; que, no dia 14, José Márcio ligou para o interrogado dizendo que havia chegado um aviso de encomenda dos Correios, e, naquele mesmo dia, à tarde, os dois compareceram à agência dos Correios, da Rua João Pinheiro, e retiraram uma caixa de Sedex contendo, em seu interior, um telefone celular; que este telefone ficou em poder do interrogado, sendo o mesmo que nesta data foi entregue pelos seus pais ao policial federal que compareceu em sua casa; que, na manhã do dia 15, hoje, Maikel procurou o interrogado para avisar-lhe que estariam chegando mais encomendas pelos Correios; que foi o interrogado quem arranjou a carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho, a qual foi usada para retirar as encomendas dos Correios; que Paulo Roberto é um conhecido do interrogado, que deixou a carteira em garantia do empréstimo de R\$ 5,00; que José Márcio tinha conhecimento da irregularidade dos fatos, pois foi o próprio quem colocou a fotografia em lugar da existente na carteira de Paulo Roberto; que, neste ato, o interrogado toma conhecimento do nome completo de Maikel como sendo Aires Maikel Santos Moraes; que era Maikel quem organizava todos os pedidos pela internet e somente comunicava ao interrogado que a entrega iria ser feita no endereço fornecido [...] (f. 34/35).

[...] é verdadeira a imputação contida na denúncia; o interrogado atribui também a responsabilidade pelos fatos ocorridos à pessoa de Maikel; que Maikel, na realidade, foi quem contratou os serviços do interrogado e do primeiro acusado; que a pessoa de Maikel é um mero conhecido do interrogado, tendo uma relação distante com ele. Afirma que foi de inocente em relação aos fatos narrados na denúncia; explica o interrogado que Maikel prometeu benefícios comerciais ao interrogado; que tais benefícios comerciais não induziram na pessoa do interrogado a ciência do caráter ilícito da proposta então acordada [...]; a mercadoria apanhada no dia 14 de março de 2006, consistente num celular, ficou com a pessoa do interrogado; que há uns seis meses atrás Paulo pegou emprestada determinada quantia em dinheiro do interrogado e, em garantia, lhe entregou a sua identidade; foi assim, então, que o interrogado conseguiu a identidade de Paulo; que, no dia 14 de março de 2006, foi juntamente com o primeiro acusado apanhar a mercadoria perante os Correios; que, no dia 15 de março de 2006, por outro lado,

não pôde acompanhar o primeiro acusado aos Correios, por razões de trabalho; que o interrogado não efetuou qualquer pedido de mercadoria pela internet [...] (f. 129/131).

Incontestavelmente, as declarações de corréu, quer na fase indiciária, quer na fase judicial, têm pleno valor probatório quando, sem intuito de beneficiar-se, confessa sua participação nos fatos incriminados, envolvendo também os que neles cooperaram como autores, desde que, evidentemente, essa admissão de culpa encontre respaldo nos demais elementos de convicção, como no caso concreto, em que o próprio apelante, por via transversa, deixou clara sua participação nos fatos, como visto alhures.

Sobre o tema, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Delação do co-réu. Condenação baseada no conjunto probatório: possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Ordem denegada. [...]

3. Firme, também, o entendimento deste STJ quando a inexistência de nulidades decorrente da delação do co-réu, desde que o decreto condenatório seja lastreado, também, em provas outras.

4. Precedentes deste STJ e do STF.

5. Ordem denegada (STJ - HC 40984-RJ - 6º T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU de 15.08.2005).

Habeas corpus. Delação de co-réu. Inocorrência. Apelação. Acréscimo de fundamentação. Cognição ampla. Ordem denegada.

1. Não há falar em nulidade, quando o decreto condenatório, também se encontra fundamentado em provas outras, diversas da confissão do co-réu (HC 76.156/SP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ de 08.05.98) [...].

3. Ordem denegada (STJ - HC 24780-MS - 6º T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU de 10.05.2004).

E as provas não param por aí.

O menor que acompanhava o réu, quando este retirou as mercadorias em questão, no Correio, confirmou o fato, lembrando-se de que o segundo saiu do referido local com três caixas de papelão, escrito Sedex, sendo abordado e preso por policiais, após abrirem-nas e certificarem-se de que continham um celular em cada (f. 24/25).

Segundo informou o policial condutor, Antônio Pinto de Souza Júnior, no auto de prisão em flagrante delito, durante investigações acerca de pagamentos simulados pela internet, chegou até o endereço do apelante, este que no dia anterior recebera mercadoria no Correio, lesando o patrimônio do vendedor, e, no dia da prisão, seguido pelos policiais, foi flagrado se deslocando novamente à agência dos Correios, onde resgatou três encomendas Sedex, para tanto, valendo-se de carteira de identidade falsa, em nome de Paulo Roberto Filho. Afirmou, ademais, que o réu delatou todo o esquema e os demais envolvidos, evidenciando que quem o contratara para pegar as encomendas seria o corréu

Lindomar, este que disse ter sido contratado por Aires Maikel Santos Moraes (f. 08/10).

Sob o crivo do contraditório, o condutor confirmou integralmente seu relato anterior, salientando, ainda, que ambos os réus admitiram a responsabilidade delituosa perante a autoridade policial (f. 306).

Ratificando integralmente as palavras do condutor, os testemunhos dos agentes da Polícia Federal, Marco Paulo Fernando França e Daniel Castanheira (f. 11).

João Mosca Sobrinho, uma das vítimas da fraude pela internet, deixou claro não haver recebido o valor correspondente à mercadoria que vendeu através do Mercado Livre, embora a tenha despachado após mensagem de pagamento feito pelo comprador (f. 253, ratificando em juízo, à f. 335).

Por seu turno, a tia do réu, ouvida na fase judicial, disse não haver presenciado os fatos, limitando-se a atestar a boa conduta social do mesmo e a afirmar que ele não tem computador em casa (f. 356).

Nesse contexto, em que pese a visão da defesa, a retratação parcial do apelante em juízo não suscita a suposta ausência de provas, nem o almejado reconhecimento de mero inadimplemento de negócio cível, mormente quando a confissão deste, perante a autoridade policial, mostra-se harmônica com os demais elementos sensíveis dos autos, demonstrando, à saciedade, terem sido as vítimas enganadas mediante falsa compra através do Mercado Livre, sendo muito comum o temor decorrente da própria imposição condenatória em função das consequências naturais para a liberdade individual.

Devo ressaltar que o réu estava acompanhado de advogado, que inclusive assinou a confissão espontânea policial, e, prestando informações, evidenciou o Delegado de Polícia ser inverídica a afirmação de que manteve afastado o causídico, conforme se vê às f. 209/212.

Como venho sustentando, aquele que confessa, ao se retratar, tem o dever de demonstrar que a prova foi obtida de forma ilícita ou espúria, ou demonstrar sua correspondente imprestabilidade para fins axiológicos de fundar o convencimento, por sérios elementos de convicção.

No caso dos autos, o réu apresenta justificativa que não corresponde à realidade, já que foi desmentido pela autoridade policial, que deixou clara a presença do advogado do réu na ocasião, tanto que, juntamente com ele, assinou o termo respectivo.

O art. 200 do Código de Processo Penal prescreve que a confissão é divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Assinala Tourinho Filho que, além de divisível, a confissão é retratável. O seu valor, entretanto, é relativo. Tanto na confissão como na retratação, o juiz tem abso-

luta liberdade de pôr em confronto a confissão ou a retratação com os demais elementos de prova carreados aos autos a fim de constar sua veracidade (*Código de Processo Penal comentado*, 5. ed. atual., p. 405).

O elemento fundamental da confissão, como de qualquer ato jurídico, repousa numa vontade livre e consciente. Se mentalmente capaz o confitente, a retratação somente poderá ser aceita se evidenciada ter sido gerada pela influência de qualquer uma das causas que viciam a vontade, quais sejam erro, dolo ou coação.

Sempre louvável a lembrança da preciosa lição de Ferri:

[...] o réu inocente tem sempre uma atitude retilínea, como o vôo da andorinha. O réu culpado, ao invés procede em ziguezague; tergiversa, contradiz-se, procura remediar as mentiras tornadas patentes; tem, sempre, uma atitude sinuosa, como o vôo do morcego (*Defesas penais*. 1925, v. 2, p. 289).

Segundo o escólio de José Frederico Marques:

[...] o inocente negará a imputação e poderá fazê-lo com absoluta competência, porque nenhum crime praticou. Ao culpado, a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginástica de dialética que acabarão por deixar vestígios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais (*Elementos de direito processual penal*. Editora Bookseller, p. 299).

Também nesse ponto, vale invocar elucidativo esclarecimento do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, cuja obra é marcada pela sensatez e pelo equilíbrio. Acerca da valoração do interrogatório, diz o mestre que:

[...] se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes nos autos (*Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 302).

E, mais à frente, conclui o brilhante doutrinador que é: “[...] inquestionável o fato de ser admissível a valoração do depoimento, até mesmo em prejuízo do réu, diante de eventual inconsistência” (ob. cit.).

De fato, verifica-se que a nova versão do réu em juízo se encontra totalmente desamparada de qualquer outro elemento de convicção porventura colhido, sendo as provas e as circunstâncias em que ocorreram os fatos contundentes no sentido de atribuir a ele a autoria das ações criminosas continuadas.

Do mesmo modo, a pretensão da defesa de afastar a autoria do delito ancorada na tese de participação de menor importância não tem sustentação.

De acordo com as provas colhidas e a própria confissão e delação levadas a efeito nestes autos, o apelante estava ajustado previamente para as práticas delitivas

com o menor infrator A.M.S.M., este que, agindo como *hacker*, manteve em erro vendedores anunciantes da página da internet Mercado Livre, para tanto, valendo-se da imprescindível colaboração do réu para o sucesso das empreitadas criminosas, já que sua tarefa era buscar as mercadorias no Correio, valendo-se de uma identidade falsa e fornecendo o seu endereço, não havendo que se falar que nada sabia da conduta delitiva por este último desenvolvida, sendo descabida, pois, a pretensão de aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal.

Na lição de Nilo Batista:

Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato: desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o se e o como; apenas, em face da operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se, entretanto, afirmar com Roxin que 'cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, através de sua função específica na execução do sucesso total, porque, se recusasse sua própria colaboração, faria fracassar o fato' (*Concurso de agentes*. 1979, p. 77).

Por sua vez, Rogério Greco afirma que:

Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo [...].

Em última palavra, podemos falar em co-autoria quando houver a reunião de vários autores, cada qual com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, de acordo com o critério de divisão de tarefas (*Curso de direito penal*. 2003, p. 481-482).

Cezar Roberto Bitencourt, dissertando sobre a coautoria, aduz que ela se fundamenta no princípio da "divisão de trabalho" em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor (*Tratado de direito penal*, 2003, v. 1, p. 389-390).

As provas colhidas nos autos não deixam sombra de dúvida de que o réu colaborou de forma decisiva para a prática dos estelionatos continuados, praticando, inclusive, atos de execução, tanto que ele mesmo colocou a foto na carteira de identidade de terceiro para que conseguisse dar conclusão à fraude iniciada pelo menor A., de modo a tornar patente que deve responder pelo delito, na qualidade de coautor, restando descabido o pleito de aplicação do § 1º do art. 29 do Código Penal

em seu favor e, por conseguinte, de suspensão condicional do processo, com base na Lei Federal 9.099/90.

Tampouco há que se reconhecer a tentativa no caso dos autos, uma vez que o réu, anteriormente à sua prisão em flagrante, já tinha recebido outra mercadoria, além do que as vítimas sofreram prejuízo com a ação dos agentes, e, como ensina Mirabete,

[...] consuma-se o crime de estelionato quando o agente obtém a vantagem econômica indevida, em prejuízo de outrem, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente [...]. Irrelevante, para a consumação, o efetivo enriquecimento do agente, bastando o dano patrimonial ao ofendido (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 1.104-1.105).

Ficou patente, em outras palavras, que as mercadorias já tinham saído da esfera de vigilância e disponibilidade das vítimas, o que, sem dúvida, caracteriza a consumação do crime e inviabiliza a pretensa redução de pena pela figura da tentativa.

Logo, vistas sob todos os ângulos, não há como prevalecerem as pretensões recursais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e FLÁVIO LEITE.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Furto - Tentativa - Supermercado - Vigilância - Crime impossível - Absolvição - Inadmissibilidade - Absoluta impropriedade/ineficácia do meio - Não ocorrência - Possibilidade de consumação - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Aplicação - Não cabimento - Falta de previsão legal - Furto privilegiado - Art. 155, § 2º, do Código Penal - Reincidência - Não cabimento - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais favoráveis - Possibilidade - Tentativa - *Iter criminis* percorrido - Redução mínima - Manutenção

Ementa: Furto tentado. Crime impossível. Vigilância em supermercado. Absolvição. Inadmissibilidade. Possibilidade de consumação do delito. Condenação mantida. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Inadmissibilidade. Redução da pena-base. Possibilidade. Circunstâncias judiciais favoráveis.

Manutenção da redução da pena em 1/3 (um terço) pela tentativa. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Quando a subtração não ocorre porque o agente é detido por vigilante do supermercado, inexistente crime impossível, e sim tentativa de furto, visto que havia a possibilidade de consumação do delito.

- Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos.

- Sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal favoráveis ao agente em sua totalidade, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal.

- Mantém-se a redução mínima da pena pela tentativa, se o agente percorreu grande parte do *iter criminis*, ficando perto da consumação do delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.592270-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leonardo Felipe Ramos dos Santos - 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, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Leonardo Felipe Ramos dos Santos como incurso nas sanções do art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 23 de abril de 2009, por volta das 10h55min, no local denominado por Supermercado Carrefour, situado no Shopping Cidade, na Rua São Paulo, nº 957, Bairro Centro, nesta Capital, o apelante tentou subtrair para si 4 (quatro) peças de picanha, somente não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/03).

Recebida a denúncia foi o apelante devidamente citado e apresentou a defesa prévia de f. 48/58 (f. 30 e 45/46).

Durante a instrução foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, e o apelante foi interrogado (f. 94/97 e 105/106).

Nas alegações finais pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da inicial com a suspensão dos direitos políticos do apelante, rogando a defesa a absolvição pelo reconhecimento do crime impossível ou pela insignificância e alternativamente a fixação da pena no mínimo legal e do regime aberto (f. 108/112 e 122/126).

Proferida a sentença, foi o apelante condenado nas sanções do art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato no regime semiaberto (f. 128/142).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante objetivando a absolvição pela insignificância ou pelo reconhecimento do crime impossível e alternativamente a fixação da pena-base no mínimo legal e a sua redução no patamar de 2/3 (dois terços) pela aplicação da causa de diminuição de pena da tentativa, rogando o Órgão Ministerial a manutenção da sentença condenatória, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 146/157, 171/184 e 190/205).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para a sua admissão.

II - Das preliminares.

Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito.

Cuida-se de delito de furto, na modalidade simples e na forma tentada, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição do apelante pelo reconhecimento do crime impossível ou pela insignificância e alternativamente da fixação da pena-base no mínimo legal e da sua redução no patamar de 2/3 (dois terços) pela tentativa.

No que concerne ao crime impossível, estatui o art. 17 do Código Penal que não se pune a tentativa, quando é impossível consumir-se o crime por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto.

O crime impossível ou tentativa inidônea ocorre quando os meios utilizados à prática delituosa não causam perigo de lesão ao bem jurídico por sua ineficácia ou impropriedade absoluta.

Conforme lúcido posicionamento doutrinário, a denominada teoria objetiva temperada exige para a impunibilidade da tentativa a absoluta ineficácia do meio ou a absoluta impropriedade do objeto, concluindo-se

que, sendo esta relativa, perfeito estará o tipo tentado em face da possibilidade objetiva de o agente consumir o delito.

Sobre o assunto anota Marcelo Semer:

Para a teoria objetiva temperada, em resumo, crime impossível é tentativa realizada com meios absolutamente inidôneos ou dirigidos a um objetivo inidôneo. Em ambas as situações está ausente o perigo real que deve acompanhar, em todo caso como conseqüência, tanto o crime consumado como o tentado. A tentativa, pois, não seria punível, eis que ausente seu caráter objetivo. *A contrario sensu*, a tentativa está caracterizada - afastado, portanto, o delito impossível - quando os meios forem relativamente inidôneos (p. 36-38, *apud* Guilherme de Souza Nucci. *Código Penal comentado*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 172).

Pelas próprias declarações do apelante tanto na fase inquisitiva (f. 08/09), quanto em juízo (f. 105/106), dizendo que tentou subtrair as peças de picanha no interior do Supermercado Carrefour e que passou pelos caixas sem efetuar o pagamento, sendo abordado em seguida por funcionários da segurança, não restam dúvidas quanto à tentativa de furto, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Inassiste dessa forma razão ao apelante porquanto tinha ele a possibilidade de consumir a subtração não logrando êxito pela intervenção da vigilância da loja, quando era perfeitamente viável a sua fuga.

A respeito do tema cabe registrar respeitáveis julgados em situações semelhantes:

Para efeito de reconhecimento de crime impossível, o Código Penal adotou o caráter absoluto, quer da ineficácia do meio, quer da impropriedade do objeto, portanto, não se caracteriza a figura do art. 17 do CP na hipótese em que o agente de furto é surpreendido por segurança do estabelecimento-vítima, pois a adoção de sistemas de prevenção antidelituais atua como obstáculo exterior relativo, de ocasião, e não como interdito absoluto da conduta, não configurando franquia para tentativas criminais malsucedidas (TACrimSP - AC 1318967.1, 11ª Câmara, Rel. Ricardo Dip, DJ de 24.06.2002).

Não há falar em crime impossível pelo fato de a acusada ter sido vigiada, sob suspeita, posto que o meio não é absolutamente ineficaz, haja vista a possibilidade de enganá-lo (Apelação Crime nº 70014101976, 8ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, j. em 08.03.2006).

No mesmo sentido o precedente desta Corte:

O fato de ser possível ao acusado obter a consumação do delito, caso consiga se desvencilhar da vigilância do segurança, obsta o enquadramento do delito como crime impossível (AC 00.516021.6/000 - Rel. Edival José de Moraes - 4ª Câmara Criminal).

A figura do crime impossível é excepcional no direito penal brasileiro tanto que, para o seu reconhecimento, como já ressaltado, a ineficácia ou a impropriedade do meio ou do objeto utilizado deve ser "absoluta".

A vigilância exercida sobre a *res furtiva*, portanto, não desnatura a tentativa de subtração, muito embora possa dificultar consideravelmente a ação do sujeito ativo, tanto é que, em inúmeras situações, apesar da existência de severos esquemas de segurança inclusive tecnológicos, a consumação do furto é lograda, do que decorre a relatividade do meio empregado para tanto.

No que se refere ao princípio da insignificância, melhor sorte não socorre o apelante, porque tal construção doutrinária não encontra assento no direito penal brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, confrontando-se com o próprio tipo penal do art. 155 do codex, que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do privilégio.

Sobre o assunto não é ocioso ressaltar nobre julgado pretoriano ao qual adiro:

É impossível o reconhecimento da atipicidade do crime de furto por aplicação do princípio da insignificância ou de 'furto de bagatela', não consagrados pela legislação penal brasileira, de modo que, violada efetivamente norma penal, deve ser responsabilizado o agente infrator, inimportando o valor da coisa subtraída e sua insignificância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu, não implicando a ausência de lesão em discriminação, pois, independentemente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização do agente que se dispõe a burlar a lei penal são os valores morais, cobrados pela sociedade (TACrimSP, AC. 1330533/5, Rel. Luis Soares de Mello, 11ª Câmara, DJ de 11.11.2002).

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

Penal. Furto. Absolvição. Impossibilidade. Declarações da vítima corroboradas pelas demais provas dos autos. Desclassificação para a forma tentada. Impossibilidade. *Res* retirada da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima. Crime impossível. Inocorrência. *Res furtiva* dotada de valor econômico. Princípio da insignificância. Não aplicação. Redução da pena. Impossibilidade. - Correta aplicação pelo juiz diante das circunstâncias judiciais e da existência de agravante. As declarações da vítima, quando corroboradas pelo depoimento das testemunhas e por indícios, são suficientes para a condenação. O crime de furto consuma-se com a retirada do bem, ainda que momentaneamente, da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima, não importando, para sua caracterização, a livre disponibilidade do agente sobre a coisa. Não há que se falar em crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, no crime de furto, quando a *res* é dotada de valor econômico. O princípio da insignificância, adequado à realidade européia, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal. Recurso improvido. (Apelação Criminal nº 2.0000.00.486673-9/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 03.09.2005).

O próprio legislador já ponderou situação em que, havendo um grau menor de ofensa ao bem jurídico, aliado às circunstâncias subjetivas favoráveis ao agente, aplica-se o privilégio com o benefício da substituição da pena de reclusão pela de detenção ou, alternativamente, a diminuição de dois terços da mesma ou, ainda, aplica-se exclusivamente a pena de multa.

Não é o caso em questão, *data venia*, uma vez que, embora os bens subtraídos possuam pequeno valor, a reincidência do apelante inviabiliza a aplicação do privilégio determinado no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Sobre o tema destaquem-se os ensinamentos doutrinários de Guilherme de Souza Nucci:

Primariedade - É o primeiro requisito para o reconhecimento do furto privilegiado. A primariedade é um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente. Portanto, quem não é reincidente, é primário. A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento da nova infração penal. Conferir os arts. 63 e 64 do Código Penal. É preciso anotar que a lei foi bem clara ao exigir somente a primariedade para a aplicação do benefício, de modo que descabe, em nosso entendimento, clamar também pela existência de bons antecedentes. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 655).

Amparando a tese, decidiu esta Corte:

Ementa: Furto. Condenação. Irresignação defensiva. Absolvição. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Privilégio. Inviabilidade. Réu reincidente. Reestruturar pena corporal. Recurso conhecido e provido parcialmente. - Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos. Não se pode falar em absolvição, quando as provas carreadas aos autos ensejam certeza da autoria e da materialidade do crime. Não há falar em aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, quando o sentenciado é reincidente. - Justifica-se a fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, em quase sua totalidade, favoráveis ao agente. - O regime de cumprimento de pena, para o réu reincidente poderá ser o semi-aberto, conforme se extrai da leitura do art. 33, § 2º, c, do Código Penal e da Súmula 269 do STJ. - Não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, se o agente é reincidente nos termos do inciso II do artigo 44 do Código Penal (TJMG - Apelação Criminal 1.0342.03.033542-2/001 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - 5ª Câmara Criminal - DJ de 12.08.2008).

A reincidência do apelante impossibilita, portanto, a aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal.

Em relação à redução da pena-base, razão assiste à defesa, visto que inexistentes *in casu* razões que justifiquem a sua fixação em proporção distante do mínimo legal.

Nesse sentido, verifica-se que o digno Magistrado sentenciante ao analisar as circunstâncias judiciais considerou a culpabilidade reprovável, os seus maus antecedentes, a personalidade com tendência delitiva, além dos motivos e circunstâncias desfavoráveis, fixando a pena-base em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

No que concerne à culpabilidade, todavia, entendendo que não existem nos autos elementos suficientes para aferi-la, devendo ser considerada "normal ao tipo", *data venia*.

Os maus antecedentes tratam de toda e qualquer condenação transitada em julgado, que não configure a reincidência.

Sobre a questão em voga segue o entendimento firmado pelo STJ:

[...] Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial (HC 31.693/MS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 6/12/2004, p. 368). [...] (RESP 884812/DF - Recurso Especial 2006/0196055-4, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do STJ, DJ de 07.05.2007, p. 364).

Amparando a tese já decidiu esta Corte:

[...] Consideram-se maus antecedentes apenas as condenações transitadas em julgado, por fato anterior, que não sejam aptas a gerar a reincidência. [...] (Apelação Criminal nº. 1.0145.01.006015-3/001, Rel. Des. Hércio Valentim - 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 17.12.2005).

Em no caso *sub examine* a certidão de antecedentes criminais acostada às f. 40/42 registra apenas 1 (uma) condenação transitada em julgado antes do delito em análise (0024.08.235742-7) sendo certo que ela deverá ser considerada para fins da reincidência, não estando apta a configurar seus maus antecedentes, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

As circunstâncias e os motivos, outrossim, são inerentes ao próprio delito de furto perpetrado, crime contra o patrimônio, não havendo nada de extraordinário a se considerar, inexistindo, portanto, razões para um *plus* de reprovabilidade.

Já a personalidade, nos dizeres de José Antônio Paganella Boschi,

é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, porque além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia,

medicina, psiquiatria e, de outro lado, aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. Isso tudo para não falarmos, por hora, na tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

E, continuando na linha de raciocínio do citado autor,

sem nenhuma pretensão de, com as respostas, dar o problema por resolvido, queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam (obra citada, p. 212).

Não há assim registro nos autos quanto à personalidade do apelante.

Considerando-se dessa forma favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, impõe-se a reestruturação da pena-base fixada ao apelante.

No que se refere à tentativa, por sua vez, razão não socorre o acusado, uma vez que percorreu grande parte do *iter criminis*.

Constata-se que o apelante entrou no supermercado e colocou as peças de picanha dentro da mochila, chegando a passar pelos caixas sem pagar pelas mercadorias, somente não logrando êxito na subtração porque os vigilantes do referido estabelecimento comercial o interceptaram.

Verifica-se assim que o apelante chegou perto da consumação do crime, razão pela qual mantenho a redução da pena no patamar de 3/8 (três oitavos).

Nesse sentido ressaltem-se os ensinamentos do ilustre Júlio Fabbrini Mirabete:

A redução da pena referente à tentativa deve resultar não das circunstâncias do crime, que são consideradas na fixação da pena base, mas das circunstâncias da própria tentativa, ou seja, da extensão do *iter criminis* percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação do resultado; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução. A maior ou menor redução deve ser motivada pelo juiz (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 147).

Atente-se ademais para o entendimento jurisprudencial:

[...] Tendo o apelante percorrido o *iter criminis* quase que em sua integralidade, estando próximo de atingir a consumação do delito de furto, a redução da pena em razão da tentativa deve se dar no patamar mínimo legal. [...] (Apelação

Criminal nº. 1.0223.04.154948-4/001, Rel. Vieira de Brito, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 12.12.2006).

Passo a fixar a pena do apelante da seguinte forma:

Na primeira fase, reporto-me à análise acima realizada e fixo a pena-base no mínimo legal de 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.

Na segunda fase, promovo a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e mantenho a pena inalterada.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento de pena, mas, em razão da tentativa, reduzo-a no mesmo patamar utilizado pelo digno Magistrado, qual seja pela fração de 3/8 (três oitavos), concretizando-a em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 6 (seis) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo atualizando-se na forma da lei.

Mantenho o regime semiaberto nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal c/c a Súmula nº 269 do STJ *in verbis*:

Súmula nº 269 - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Com essas considerações dou parcial provimento ao recurso apenas para reestruturar a pena do apelante, mantendo as demais disposições da r. sentença.

Custas, *ex lege*.
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Crime contra as relações de consumo - Venda de mercadoria imprópria para o consumo - Medicamento com prazo de validade vencido - Fixação da pena - Anulação da sentença - Omissão - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reestruturação da pena - Supressão de instância - Impossibilidade - Prestação pecuniária - Substituição - Pena de multa - Cabimento

Ementa: Penal. Apelação. Venda de mercadoria imprópria para o consumo. Recurso da defesa interposto fora do quinquídio legal. Preceito secundário que comi-

na de forma alternativa pena privativa de liberdade ou de multa. Pena incorretamente fixada pelo Juízo monocrático. Ausência de pedido da acusação para que a sentença fosse anulada na parte referente à dosimetria da pena. Impossibilidade de o Tribunal anular a decisão, inexistindo recurso ministerial nesse sentido, se houver prejuízo para o réu. Retificação da pena de multa. Sistema de dias-multa. Valor do dia-multa. Recurso da defesa não-conhecido. Apelo ministerial parcialmente provido.

- O recurso de apelação interposto fora do quinquídio legal não deve ser conhecido em razão de sua intempestividade.

- O preceito secundário do tipo formalmente incriminado no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990 cominou, de forma alternativa, à conduta delitiva as penas de privação da liberdade ou de multa.

- Hipótese em que o Juiz monocrático não fixou pena privativa de liberdade a ser substituída, mas aplicou prestação pecuniária em forma de salários mínimos ao réu.

- Inexistindo recurso do Ministério Público no sentido de anular a parte da sentença atinente à fixação da pena, o Tribunal de Justiça não pode fazê-lo de ofício, em razão do princípio que veda a *reformatio in pejus*, assim como não pode fixar pena privativa de liberdade suprimindo instância.

- A prestação pecuniária é espécie de pena restritiva de direitos e, por sua própria natureza, somente pode ser aplicada em substituição a uma privativa de liberdade.

- A pena de multa, conforme dispõe o artigo 49 e seguintes do Código Penal, deve ser aplicada em obediência ao sistema de dias-multa.

- A escolha da quantidade de dias-multa pauta-se pela análise do juízo de reprovação da conduta do agente.

- O valor unitário é fixado em razão da capacidade econômica do réu.

- Não conhecido o recurso da defesa e dado parcial provimento do recurso do Ministério Público para retificar a pena de multa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0629.07.035142-0/001 - Comarca de São João Nepomuceno - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) José Henrique do Carmo - Apelados: 1º) José Henrique do Carmo, 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO MINISTERIAL EM PARTE E NÃO CONHECER DO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2010. - Jane Silva - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JANE SILVA - Temos dois recursos.

José Henrique do Carmo foi condenado ao pagamento de dezesseis salários-mínimos, como incurso nas iras do art. 7º, IX, parágrafo único, da Lei 8.137/1990.

O primeiro apelo foi interposto pelo Ministério Público, por meio de seu representante legal, o qual, inconformado com a sentença, requereu a modificação da pena aplicada para uma privativa de liberdade e, em substituição a ela, a consideração da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, aplicando-se, ainda, cumulativamente, a pena de multa.

Contrarrazões defensivas, f. 119/120, para que se negue provimento recurso ministerial e para que o acusado seja absolvido.

O segundo recurso foi aviado por José Henrique do Carmo, o qual, inconformado com a sentença condenatória, pleiteou a absolvição ou, alternativamente, a redução da pena.

Contrarrazões ministeriais, às f. 115/116, para que o recurso não seja conhecido, em razão de sua intempestividade e, no mérito, para que a ele seja negado provimento.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 10 de abril de 2006, Nilce Helena da Rocha adquiriu da Drogaria São Judas Tadeu, de propriedade de José Henrique do Carmo, localizada na Rua Coronel José Dutra, 459, Centro, Comarca de São João Nepomuceno, os medicamentos Targifor e Cambiron.

Ao administrar o medicamento Targifor nas suas filhas N.C.R. (10 anos) e H.S.R. (7 anos), as crianças se queixaram de dores na barriga e diarreia. A ofendida, ao verificar que o medicamento Targifor C infantil L 304359 estava com a data de validade vencida em 07/2005, imediatamente levou suas filhas ao PAM local, para serem medicadas.

De acordo com a Sr.ª Nilce, a médica de plantão afirmou que os sintomas apresentados por N. e H. provieram do medicamento com a data de validade vencida. A vítima não comprou este remédio com receituário médico, mas, segundo o acusado, ele foi vendido por se

tratar de medicamento vitamínico, sem contraindicações.

A denúncia foi recebida em 11 de maio de 2007, e a sentença condenatória foi publicada em 20 de outubro de 2008.

O feito transcorreu nos termos da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu dela pessoalmente intimado, f. 101.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso da defesa, por ser intempestivo. No mérito, pugnou por seu não provimento. Em relação ao recurso acusatório, opinou pelo provimento, f. 129/132.

Quanto ao conhecimento do recurso de José Henriques do Carmo.

Assiste razão ao Ministério Público quando sustenta a intempestividade da interposição do apelo defensivo.

Verificamos que a sentença foi publicada no diário oficial, para conhecimento do advogado constituído, no dia 21 de outubro de 2008 e que o réu foi pessoalmente intimado da sentença condenatória no dia 7 de janeiro de 2009, contando-se o prazo de cinco dias para a interposição do recurso dessa última data.

A apelação foi interposta no dia 19 de janeiro de 2009, f. 102.

Sendo o dia 12 de janeiro de 2009 o último hábil para a interposição da apelação, pode-se afirmar que transcorreu *in albis* o prazo sem que a defesa tivesse aviado a apelação.

Interposto o recurso após o prazo legal, não deve ser conhecido.

Posto isto, conheço apenas do recurso do Ministério Público, porque previsto em lei, cabível, adequado, e o recorrente tem interesse recursal, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis ao seu processamento.

Analisei atentamente as razões recursais acusatórias, as contrarrazões defensivas, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e, sempre atenta aos elementos coligidos, entendo que o pleito ministerial deve ser parcialmente provido, pelos motivos que passo a expor:

O acusado foi condenado pelo crime do art. 7º, IX, parágrafo único, da Lei 8.137/1990 à pena de dezesseis salários-mínimos.

O preceito secundário da referida norma incriminadora comina pena de detenção de 2 a 5 anos ou multa ao agente.

O Juiz sentenciante, depois de considerar o réu responsável pela conduta delitativa, aplicou a ele a pena de dezesseis salários-mínimos, sem esclarecer, contudo, qual era o quantitativo de pena privativa de liberdade considerado como pena a ser substituída por uma restritiva de direitos, no caso, a prestação pecuniária.

Por outro lado, é cediço que a pena de multa deve ser aplicada pelo critério de dias-multa e que a reprimenda imposta em forma de salários-mínimos consiste em prestação pecuniária, espécie de pena restritiva de

direitos que, por sua própria natureza, substitui uma privativa de liberdade, que deveria ter sido aplicada em primeiro plano.

Há, portanto, enorme confusão em relação à pena fixada; não se podendo afirmar que ela se trate de prestação pecuniária ou de multa.

O Juiz *a quo*, ao responder aos embargos declaratórios do Ministério Público, afirmou que havia feito opção pela prestação pecuniária, entretanto, repita-se, não fixou pena privativa de liberdade que pudesse ser substituída.

Considerando que o Ministério Público não pleiteou a anulação da parte da sentença referente à dosimetria da pena, entendemos que não podemos fazê-lo de ofício, visto que ocasionaria visível prejuízo ao réu, que, repita-se, até o momento não tem contra si uma pena privativa de liberdade. Não podemos também, nessa instância recursal, suprimir instância fixando pena privativa de liberdade que inexistente na sentença monocrática.

Sendo assim, na ausência de uma pena privativa de liberdade, que poderia ter sido substituída por uma restritiva de direitos, consideraremos que o Magistrado optou pela pena de multa, entretanto, a fixou de forma equivocada, distanciando-se do sistema de dias-multa.

Verificamos que na espécie a opção pela pena pecuniária (multa) é realmente a mais indicada ao caso, tendo maiores chances de atingir a finalidade da pena, prevista na parte final do art. 59 do Código Penal, que é a reprovação e prevenção do crime.

Entendemos que as condições em que o delito foi praticado não recomendam a imposição de pena privativa de liberdade, bastando para a emenda do agente a de multa.

Também é de se frisar não ser possível nesse caso a imposição de pena privativa de liberdade cumulativamente com a de multa, uma vez que o preceito secundário do art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990 comina as duas espécies de pena de forma alternativa, e não cumulativa.

Considerando-se, pois, as peculiaridades desse caso, passaremos à fixação da pena de multa da forma correta, prevista no Código Penal.

A culpabilidade do réu, tomada como juízo de reprovação de sua conduta, deve ser considerada elevada para a espécie delitativa praticada, isso porque o agente que atua diuturnamente com a venda de medicamentos deve cercar-se de maior zelo, cuidado e atenção com sua atividade, de forma a não lesionar a incolumidade das pessoas que adquirem medicamentos em seu estabelecimento comercial.

Os antecedentes do agente são imaculados.

Sua conduta social, considerada como os papéis que desempenha na coletividade, é boa.

Não há elementos técnicos que possibilitem aferir a personalidade do réu.

Os motivos e circunstâncias são normais para o tipo. As consequências podem ser consideradas desfavoráveis, uma vez que as duas crianças que ingeriram os medicamentos vencidos foram expostas a riscos de saúde concretos, inclusive manifestaram reações ao medicamento.

As vítimas não contribuíram de qualquer forma para o delito.

Considerando-se a análise das circunstâncias judiciais, mas, sobretudo, o grau de reprovação da conduta delitativa do agente, fixo a pena-base em cinquenta dias-multa.

Inexistem atenuantes ou agravantes a serem consideradas na segunda etapa da fixação da reprimenda.

Na terceira fase, por ter sido o crime praticado na modalidade culposa, prevista expressamente no parágrafo único do art. 7º da Lei 8.137/1990, mantenho a redução da reprimenda na fração de um quinto, totalizando a pena em quarenta dias-multa.

Considerando a satisfatória condição econômica do réu, proprietário de estabelecimento comercial, fixo o valor unitário do dia-multa em meio salário-mínimo, vigente à época dos fatos.

Posto isto, não conheço do recurso defensivo (2º) e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público (1º) para retificar a pena de multa imposta ao réu, totalizando-a em quarenta dias-multa, fixado o valor da unidade em meio salário-mínimo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE E NÃO CONHECIDO O DEFENSIVO.

...

Crime de trânsito - Embriaguez ao volante - Perigo abstrato - Inconstitucionalidade - Não ocorrência - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Cassação da sentença - Prosseguimento do feito

Ementa: Apelação criminal. Absolvição sumária. Crime de trânsito. Art. 306 do CTB. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Prosseguimento do feito. Recurso provido.

- O art. 306 do CTB, com a nova redação dada pela Lei 11.705/08, ao suprimir o elemento normativo "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", não se transmudou para crime de perigo abstrato, tendo em vista que ainda há a necessidade de demonstração

do risco concreto de dano à segurança viária, razão pela qual sua vigência não pode ser negada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.09.089074-6/001 - Comarca de Araxá - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Carlos Magno Bitencourt - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Fernando Starling, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2010. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivamente aviado.

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público estadual contra decisão que absolveu sumariamente Carlos Magno Bitencourt, nos termos do art. 386, III, c/c art. 397, ambos do CPP, ao fundamento da inconstitucionalidade da norma penal incriminadora (art. 306 do CTB).

Pretende o *Parquet* a anulação da decisão ao argumento de que a redação do art. 306 do CTB não padece de vício de inconstitucionalidade, devendo o feito ser regularmente instruído até a sentença de mérito.

Passo à decisão.

Carlos Magno Bitencourt viu-se denunciado pela prática do delito previsto no art. 306 da Lei 9.503/97.

Segundo a peça de ingresso, no dia 05.04.2009, na Rodovia BR 262, km 682, zona rural de Araxá/MG, o denunciado conduzia o veículo Fiat/147, placa GRX-6180, em via pública, sob influência e com concentração de álcool superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, gerando perigo a segurança viária.

Analisando detidamente os autos, tenho que razão assiste ao Ministério Público.

O MM. Juiz absolveu sumariamente o réu por entender que da ação do acusado não resultou qualquer evento naturalístico e que o art. 306 do CTB é inconstitucional.

Contudo, pedindo vênha ao MM. Juiz *a quo*, entendo que o tipo penal em discussão não padece da alegada inconstitucionalidade.

Isso porque o crime disposto no art. 306 do CTB, mesmo com a alteração procedida pela Lei 11.705/2008, exige a comprovação do perigo concreto de dano à segurança viária, isto é, exige a prova da situação de risco contra o bem juridicamente protegido.

A nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, dada pela Lei 11.705/08, assim determina:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A simples supressão pelo legislador da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” não transmudou a classificação do delito para o de perigo abstrato.

Para estar configurado o ilícito penal disposto no art. 306 do CTB, não é suficiente que o condutor tenha ingerido bebida alcoólica, sendo imprescindível demonstrar que ele dirigia de maneira anormal, expondo a perigo a incolumidade pública. Vale ressaltar que o efetivo dano potencial (perigo concreto) é justamente o que diferencia esse crime da sanção administrativa regulada no art. 165 do mesmo diploma, que exige somente a conduta de dirigir sob influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

A propósito, o escólio de Luiz Flávio Gomes:

Disciplinando a infração administrativa de dirigir embriagado o novo artigo 165 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) diz o seguinte: ‘Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência’. O artigo 306 do mesmo Código, ao cuidar do delito de embriaguez ao volante, não fez expressa referência ao ‘estar sob a influência’ de álcool. Apesar dessa lacuna, não há como deixar de reconhecer que ambas as infrações exigem, necessariamente, o ‘estar sob a influência’. Seria um absurdo afirmar que a infração administrativa - que é o menos - faz tal exigência enquanto o delito - que é o mais - se contentaria com o simples perigo abstrato. Se a infração administrativa, que é o menos, exige o ‘estar sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância’, com muito

mais razão essa premissa (essa elementar típica) tem que ser admitida para a infração penal (que é o mais). O ‘estar sob a influência’, conseqüentemente, é uma elementar típica implícita do artigo 306 [...] (GOMES, Luiz Flávio. *Embriaguez ao volante* (Lei 11.705/2008): exigência de perigo concreto indeterminado. Disponível em <http://www.lfg.com.br, 02/07/2008>).

Dirigir embriagado, abstratamente é conduta perigosa, mas, no caso, continua-se a exigir a demonstração de que tal perigo tenha concretamente ocorrido, caso contrário, a conduta em questão será atípica e estaremos diante da infração administrativa prevista no art. 165 do CTB.

Noutras palavras, não nego vigência à nova redação do art. 306 do CTB, pois, mesmo com ela, imperiosa é a demonstração do perigo concreto.

Certo é que outros elementos e provas ainda serão produzidos durante a instrução criminal, corroborando ou não o teor da denúncia, e eventual discussão sobre a natureza do delito poderá ser ressurgida no momento da sentença, quando da análise do mérito.

Assim, ausentes as hipóteses previstas no art. 397 do Código de Processo Penal, impõe-se o desenvolvimento regular do processo para elucidação dos fatos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, até ulterior decisão judicial.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para cassar a decisão recorrida, determinando-se o prosseguimento regular do feito até sentença final de mérito.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e DOORGAL ANDRADA.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal - Recurso especial - Tráfico de entorpecentes - Tipo subjetivo - Especial fim de agir (fins de mercancia) - Desnecessidade - Desclassificação do delito - Impossibilidade

I - O tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento. (Precedentes.)

II - O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, este sim, como *delictum sui generis*, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes.)

Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.943 - MG (2009/0131067-5) - Relator: MINISTRO FELIX FISCHER

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: José Carlos Teixeira. Advogado: João Herique Duarte Batista Simão.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet* Estadual, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da *Lex Fundamentalis*, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da

Lei nº 11.343/06, às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. Em sessão de julgamento realizada em 03/03/2009, a c. Quinta Câmara Criminal do e. Tribunal *a quo*, por maioria, deu parcial provimento ao apelo. Eis a ementa do v. acórdão recorrido:

Apelação - Tráfico de entorpecentes - Ausência de prova da mercancia - Desclassificação para uso. Deve ser desclassificada a conduta do acusado quando nenhuma prova idônea é produzida em juízo confirmando a atividade comercial ilícita do réu com suposta venda de substância entorpecente. V.V.P.

Penal - Tráfico de entorpecentes - Autoria e materialidade comprovadas - Testemunho de policiais - Validade - Privilégio do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 - Necessidade de motivação na eleição da fração redutora - Diminuição da pena no grau máximo - Regime de cumprimento de pena - Tráfico privilegiado - Crime não hediondo ou equiparado - Regra geral do CP - Aplicação - Regime aberto - Adequação - Substituição da pena - Vedação legal - *Sursis* - Cabimento - Requisitos legais do art. 77 do CP - Preenchimento - Recurso a que se dá parcial provimento. - Evidenciada por perícia a materialidade delitiva, a prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção dos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório lançado por crime de tráfico de droga. - A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam motivos no sentido de incorreção em sua conduta, ou de que tivesse algum interesse em incriminar falsamente o réu. - Na aplicação do privilégio previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, a escolha da fração redutora fica a critério do juiz, que deverá motivar a decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito à diminuição da pena no grau máximo na instância revisora. - O regime de cumprimento de pena em sede de condenação por crime de tráfico de droga privilegiado deve ser definido segundo as regras gerais pertinentes previstas no Código Penal, porque não se trata de delito hediondo. - Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da expressa vedação legal, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. É cabível a concessão da suspensão condicional da pena no tráfico privilegiado, desde que preenchidos os requisitos do art. 77 do CP. Recurso parcialmente provido. (Fl. 137.)

Daí o presente apelo nobre no qual o recorrente alega que, ao desclassificar o delito de tráfico para o de uso de entorpecentes, sob o fundamento de que não restou demonstrada a destinação mercantil da substância ilícita apreendida, a e. Corte Estadual negou vigência ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, que trata do tráfico de drogas, crime formal que dispensa a demonstração do especial fim mercantil. Requer, ao final, o restabelecimento da r. sentença condenatória.

Contrarrazões às fls. 172/178.

Admitido na origem, os autos subiram a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 189/193, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso Especial. Denúncia e condenação por tráfico de drogas. Desclassificação para o crime de uso de entorpecente efetivada pelo Tribunal de Justiça. Pedido de reforma do acórdão a fim de que prevaleça o que foi decidido na sentença. Pleito que exige aprofundada incursão em seara probatória. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Parecer pelo não conhecimento do pedido.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator) - Nas razões do presente apelo excepcional, o recorrente pugna pela reforma do v. acórdão objurgado, que desclassificou o delito de tráfico para o de uso de entorpecentes.

O recurso comporta provimento.

A *quaestio* cinge-se à prescindibilidade ou não da demonstração do fim de mercancia (ou traficância) para a configuração do delito insculpido no art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Vejamos.

Analisando o tipo subjetivo (art. 12) diz Vicente Greco Filho (*in* "Tóxico Prevenção - repressão", Saraiva, 8^o ed., p. 98) que a lei não prevê o dolo específico (vale dizer, o especial fim de agir). O tipo subjetivo se esgotaria no dolo genérico (na concepção finalista e pós-finalista, dolo ou dolo natural). É, segundo Menna Barreto (*in* "Lei de Tóxicos. Comentários por Artigo", Freitas Bastos, 5^o ed.):

De modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria 'integridade da estirpe', conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico. (Fls. 73.)

Este, também, é o entendimento (acerca do tipo subjetivo) de Heleno C. Fragoso (*in* "Lições de Direito Penal", PE, vol. II, p. 263, 1989, Forense), dizendo que o tipo subjetivo

é constituído pelo dolo, ou seja, vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações incriminadas, sabendo o agente que atua sem autorização legal ou regulamentar.

O art. 12 da Lei 6.368/76 é tipo misto alternativo. A narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Isto é óbvio. A referida figura delitiva não exige especial fim de agir, digamos, da mercancia ou da traficância. É um tipo congruente (cfe. Mir Puig, Maurach/Zipf e G. Jakobs) ou congruente simétrico (cfe. taxionomia de E. R. Zaffaroni). O tipo subjetivo se realiza tão só com o dolo (*dolus naturalis* ou avalorado). Nas figuras "adquirir, guardar" ou "trazer consigo", basta que não haja a finalidade do exclusivo uso próprio. Já, o tipo desenhado no art. 16, *delictum sui generis* em relação ao do art. 12, é que se mostra incongruente ou congruente assimétrico, exigindo o dolo mais o propósito do exclusivo uso próprio.

Desse modo, despicienda para a caracterização do crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos a demonstração do especial fim de agir (*in casu*, traficar).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. Pretório Excelso:

Habeas Corpus - Tráfico de entorpecente - Maconha - Quantidade pequena - Irrelevância - Cessão gratuita a terceiros da substância tóxica - Configuração do crime de tráfico (Lei n^o 6.368/76, art. 12) - Laudo pericial e auto de constatação fundamentados - Reexame de prova - Inidoneidade do *writ* constitucional - Pedido indeferido. - A juntada do laudo de exame toxicológico após a produção das alegações finais não constitui causa de nulidade se, já havendo no processo o auto de constatação pericial, este identificou a substância entorpecente e atestou-lhe a potencialidade ofensiva. A posterior anexação do laudo pericial apenas atua, em tal situação, como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar. - A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canábica ('maconha') equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei n^o 6.368/76. O conceito jurídico de tráfico de entorpecentes, que emerge do texto da Lei n^o 6.368/76, revela-se amplo, na medida em que se identifica com cada uma das atividades materiais descritas na cláusula de múltipla tipificação das condutas delituosas a que se refere o art. 12 do diploma legal em questão. Disso decorre que a noção legal de tráfico de entorpecente não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização. A condenação pelo crime de tráfico - que se constitui também pelo fornecimento gratuito de substância entorpecente - não é vedada pelo fato de ser o agente um usuário da droga. - Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. - O *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo

penal de conhecimento. (HC 69.806/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/06/1993.)

Habeas Corpus. Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de 'ter em depósito, sem autorização'. O rito especial e sumário do *habeas corpus* não o habilita para simples reexame de provas. *Hábeas corpus* conhecido, mas indeferido. (HC 70.344/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 22/10/1993.)

Competência - *Habeas Corpus* - Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Crime - Tráfico - Posse e venda de entorpecentes. Não se tem a figura de crime impossível quando utilizada, pelos policiais, a estratégia de passarem-se por traficantes para surpreenderem os verdadeiros com a posse da droga. O núcleo que é posse, entre tantos previstos (dezoito) no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, não se confunde com o da venda, em si, em relação à qual se poderia falar na impossibilidade da prática delituosa, tendo em conta a figura do pseudocomprador. Precedentes: *Habeas Corpus* nº 67.908, 73.898, 75.517 e 72.824, relatados pelos Ministros Célio Borja e Maurício Corrêa (os dois primeiros), por mim e pelo Ministro Moreira Alves (os dois últimos), perante a Segunda (os três primeiros) e Primeira Turmas, com acórdãos publicados nos *Diários de Justiça* de 19 de abril de 1990, 16 de agosto de 1996, 17 de abril de 1998 e 17 de maio de 1996, respectivamente. (HC 78.107/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09/04/1999.)

E, nesta Corte:

Penal. Processual penal. *Habeas Corpus*. Art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6368/76. Laudo toxicológico. Ausência de materialidade. Desclassificação. Aplicabilidade da Lei nº 8.072/90. I - Não há que se falar em ausência de provas de materialidade apenas em razão da falta do exame toxicológico, se evidenciada, *in casu*, a comprovação da materialidade do delito, tanto por meio de laudo provisório como do definitivo de constatação de substância entorpecente. (Precedente.) II - O tipo subjetivo, no art. 12, § 1º, inciso II da Lei nº 6.368/76, se esgota no dolo, sendo despidianda a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros. Trata-se de tipo congruente. A incriminação está aí, também, voltada para o combate à divulgação e disseminação do uso de droga. Já o tipo subjetivo, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, restrito (como tipo misto alternativo) nos núcleos de adquirir, guardar ou trazer consigo, é que exige a finalidade adicional do exclusivo uso próprio. Trata-se, neste caso, sim, *delictum sui generis*, de tipo incongruente. (Precedentes.)

III - Aplica-se o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ao crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. (Precedente.)

Writ denegado. (REsp 846.481/MG, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 30.04.2007.)

Penal. Processual penal. *Habeas Corpus*. Art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6368/76. Laudo toxicológico. Ausência de materialidade. Desclassificação. Aplicabilidade da Lei nº 8.072/90. I - Não há que se falar em ausência de provas de materialidade apenas em razão da falta do exame toxicológico, se evidenciada, *in casu*, a comprovação da materialidade do delito, tanto por meio de laudo provisório como do definitivo de constatação de substância entorpecente. (Precedente.) II - O tipo subjetivo, no art. 12, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.368/76, se esgota no dolo, sendo despidianda a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros. Trata-se de tipo congruente. A incriminação está aí, também, voltada para o combate à divulgação e disseminação do uso de droga. Já o tipo subjetivo, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, restrito (como tipo misto alternativo) nos núcleos de adquirir, guardar ou trazer consigo, é que exige a finalidade adicional do exclusivo uso próprio. Trata-se, neste caso, sim, *delictum sui generis*, de tipo incongruente. (Precedentes.)

III - Aplica-se o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ao crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. (Precedente.)

Writ denegado. (HC 47495/TO, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 13.02.2006.)

Processual penal e penal. Tráfico de entorpecentes. Desclassificação para uso. Reexame de provas. Inviabilidade em sede de *Habeas Corpus*. Ordem denegada.

- Na fase em que se encontra a causa, com sentença condenatória em curso, sujeita inclusive a reexame em grau de apelação, afigura-se totalmente inapropriado discutir-se a justiça dos fundamentos decisórios em via de remédio heróico. A desclassificação sugerida alcançaria a visualização do material cognitivo, bem assim a descon sideração dos argumentos do juízo singular, fato que indica a inexistência de constrangimento a ser reparado de plano.

- É certo que a impetrante/paciente aduz em defesa a quantidade mínima da droga, cerca de oitocentos miligramas de crack, encontrada em seu poder. Contudo, firmou-se através da instrução que a sua intenção e a sua conduta revestiu-se na venda do produto à terceira pessoa, independentemente da porção. Rebatê-lo e reformar essa conclusão do juízo sentenciante, sem o devido comprometimento probatório e de forma superficial, não se coaduna com os princípios que regem o aparato judiciário.

Ordem denegada. (HC 24194/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24.03.2003.)

Criminal. Recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecente. Tipo de conteúdo múltiplo. Prática de mais de uma ação descrita no tipo penal. Crime único. Flagrante que impediu a colocação do entorpecente no mercado. Alegação de crime impossível. Súmula 07/STJ. Dosimetria. Ilegalidade vislumbrada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I. O tipo do art. 12 da Lei de Entorpecentes contém dezoito núcleos que representam a atividade ilícita, podendo o crime ser considerado consumado se realizada qualquer uma delas.

II. A simples menção, na sentença, da prática de mais de uma das condutas relacionadas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, não implica dizer que o réu tenha sido condenado por três crimes diferentes.

III. É irrelevante a efetiva mercancia da substância ou, sequer, a presença do *animus* de revenda da droga para a caracterização do crime de tráfico.

IV. Entendendo o Tribunal *a quo*, em sede revisional, não ter havido julgamento contrário à prova dos autos, qualquer outra ilação a respeito de ser, ou não, a conduta praticada pelo recorrido considerada como crime impossível, ficaria obstada pela aplicação da Súmula nº 7 – que veda o reexame aprofundado de provas.

V. Evidencia-se ilegalidade na dosimetria da pena quando insuficientemente fundamentada a exacerbação da pena-base pela sentença - aplicada acima do dobro do mínimo legal, a réu primário e sem maus antecedentes, sob os singelos argumentos de ‘motivos egoísticos’, ‘conduta censurável’ e ‘consequências de monta’.

VI. Sentença que deve ser anulada, somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida, com a devida e suficiente fundamentação, mantida a condenação.

VII. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator. (REsp 220011/TO, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17/06/2002.)

Na espécie, o paciente foi condenado pelo magistrado de primeiro grau como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *decisum* reformado pelo e. Tribunal de origem, que desclassificou o delito de tráfico para o uso de substância entorpecentes, conforme o previsto no art. 28 da referida legislação. Ocorre que na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da revogada Lei nº 6.368/76, razão pela qual deve ser restabelecida a condenação imposta originalmente ao recorrido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a r. sentença condenatória e determinar seja concluído o julgamento do recurso de apelação.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no DJe de 17.05.2010)

...

Habeas corpus - Crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas - Réu que permaneceu preso durante o transcorrer da ação penal - Apelação exclusiva da defesa parcialmente provida pelo Tribunal *a quo* - Ausência de trânsito em julgado - Execução provisória da pena - Princípio da não culpabilidade - Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal - Requisitos da custódia cautelar - Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal

1. Segundo a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.” (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/02/2010.)

2. A manutenção da custódia cautelar do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Precedente.

3. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 124.077 - MG (2008/0278479-0)
- Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Impetrantes: Obregon Gonçalves e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Fabiano da Silva.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de abril de 2010 (data do Julgamento). - Ministra Laurita Vaz - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de

Fabiano da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O ora Paciente foi condenado em primeira instância à pena de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo.

O Impetrante alega, em suma, que a despeito de o recurso de apelação defensivo ter sido conhecido, independentemente de o acusado se recolher à prisão, nos termos da ordem concedida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 78.490/MG, em decorrência do julgamento do apelo, a Corte mineira expediu novo mandado de prisão em desfavor do Paciente. Afirma inexistirem os requisitos autorizadores da prisão preventiva, além de não se mostrar razoável a decretação da prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Requer, em liminar e no mérito, o direito de recorrer em liberdade.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 143.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 145/149, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - A controvérsia ora apresentada restou apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 84.078/MG, no qual restou decidido que a custódia cautelar, mesmo após a sentença condenatória mantida em segundo grau e sem trânsito em julgado, só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A referida orientação é adotada como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência, passando a exigir-se fundamentação explícita para a prisão processual, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, afastando-se a idéia de “prisão provisória obrigatória”, assim entendida aquela decorrente do regramento disposto no art. 594 do mesmo diploma legal, que, aliás foi revogado pela Lei nº 11.719/2008.

Desse modo, se o réu respondeu ao processo em liberdade e, não tendo sido demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tem o direito de assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquentes’.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] Ordem concedida. (STF, HC 94408, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/03/2009.)

Processo penal. Sentença condenatória confirmada em segunda instância. Expedição de mandado de prisão. Execução provisória da pena. Ordem concedida.

1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que ‘ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP’ (HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534).

3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora.

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida. (STF, HC 98166, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 18/06/2009.)

Na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal é a jurisprudência mais recente desta Corte Superior de Justiça:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Réu que respondeu ao processo em liberdade. Julgamento do recurso de apelação. Expedição de mandado de prisão tão só pelo esgotamento da instância ordinária. Direito de aguardar o trânsito em julgado em liberdade. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. É pacífica a compreensão de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte já vinha proclamando que a circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia antecipada seja devidamente motivada.

3. Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, afirmando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da segregação cautelar em decisão fundamentada, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (HC nº 84.078/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Informativo nº 534.)

4. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 105.084/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 30/03/2009.)

Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 17 da Lei nº 7.492/86. Alegação de nulidade no julgamento do recurso de apelação, em razão da juntada de documentos, por parte do *Parquet*, sem que a defesa sobre eles pudesse se manifestar. Inocorrência da apontada nulidade, haja vista que o e. Tribunal *a quo* não utilizou, em momento algum, o material probatório juntado aos autos para fundamentar a condenação imposta ao paciente. Execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação. Constrangimento ilegal verificado de acordo com recente entendimento do c. Supremo Tribunal Federal.

I - A juntada de documentos, em fase recursal, sem vista à parte contrária para manifestação, não acarreta prejuízo à defesa se os referidos documentos não foram utilizados pelo e. Tribunal *a quo* para a formação do convencimento da

culpa, motivo pelo qual não é caso de decretação da nulidade (Precedentes desta Corte e do STF).

II - Além disso, quanto à alegação de que os documentos juntados poderiam, inclusive, ser utilizados em favor da própria defesa do paciente, verifica-se que na estreita via de cognição do *habeas corpus* se mostra inviável concluir, peremptoriamente, que tais documentos, se apreciados pelo e. Tribunal *a quo*, poderiam resultar na manutenção da absolvição do paciente. A matéria demanda, impreterivelmente, o confronto de todo o conjunto probatório constante dos autos, não sendo suficiente, para se concluir em sentido diverso daquele acolhido pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento do recurso de apelação, a simples leitura, quer da decisão proferida em processo administrativo pelo Banco Central do Brasil, quer da r. sentença proferida em ação civil pública, Essa discussão poderá, quando muito, ser levantada e devidamente debatida em eventual revisão criminal, mas, frise-se, não em sede de *habeas corpus* cujo limitado campo de cognição já foi destacado.

III - Ressalvado o entendimento pessoal do relator, tendo em vista recente decisão proferida pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, 'Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP' (Informativo nº 534/STF - HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau).

Habeas corpus parcialmente concedido para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC 103.429/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 23/03/2009.)

Na hipótese dos autos, contudo, a necessidade de manutenção da prisão provisória do Paciente foi assim justificada:

[...] o réu é pessoa de periculosidade acentuada, líder do tráfico de drogas no Aglomerado de Ventosa, e que se mostra capaz de ameaçar testemunhas e vítimas. Aliás, está ele com a prisão preventiva decretada desde a fase de oferecimento da denúncia (fls. 253).

Noto, ainda, que na r. sentença condenatória o MM. Juiz manteve a custódia processual, condicionando eventual recurso de apelação ao recolhimento de Fabiano ao cárcere (fls. 559).

Em *habeas corpus* impetrados neste eg. TJMG e também perante o agosto STJ, a medida de segregação foi mantida, tendo o conspícuo Superior Tribunal de Justiça determinado, porém, que se afastasse 'a exigência de recolhimento do ora paciente à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação' (fls. 668).

Ou seja, a ordem prisional permanecia validam, mas, se o réu apelasse sem se recolher ao cárcere, ainda assim seu recurso deveria ser admitido e julgado.

Por interpretação equivocada do r. *decisum*, porém, determinou-se o recolhimento do mandado de prisão (fls. 669).

Isso posto, considerando que há motivos para a prisão preventiva – conforme já chancelado por este eg. TJMG e também pelo ilustrado STJ –; que a condenação do apelante está sendo mantida por esta colenda Câmara – sendo caso de se aplicar o art. 399 do RITJMG –; e que, por derradeiro, o r. *decisum* do eg. Superior Tribunal de Justiça somente afastava a necessidade do recolhimento à prisão como requisito de admissibilidade do apelo ora julgado, determino seja reexpedido o mandado de prisão (fl. 70).

Como se vê, a fundamentação da Corte de origem demonstra a subsistência dos motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva do Paciente, os quais já foram analisados por esta Corte Superior, nos autos do HC nº 64.361/MG e do HC nº 78.490/MG, e considerados aptos para justificar a medida constritiva.

Com efeito, a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pelos Impetrantes, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

A propósito:

Processual penal. *Habeas Corpus*. Execução provisória da pena. Apelar em liberdade. Princípio da não culpabilidade. Decisão do plenário do STF. Exceção. Custódia cautelar. Requisitos do art. 312 do CPP. Ordem pública. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ordem denegada. [...]

3. Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, 'ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP (Informativo 534).

4. Inexiste constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a custódia cautelar no art. 312 do CPP, reconhecidas as circunstâncias desfavoráveis, em face dos vários antecedentes criminais registrados contra o paciente, da evasão procedida pelo período de 9 anos e 41 mandados de prisão expedidos.

5. Ordem denegada. (HC 114.260/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 16/11/2009.)

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no DJe de 17.05.2010.)

...

Processual civil - Administrativo - Responsabilidade civil do Estado - Incêndio no interior de estabelecimento de casa destinada a shows - Desafio ao óbice da Súmula 07/STJ - Ausência de nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano/incêndio - Culpa de terceiros - Violação ao art. 535 do CPC - Não configurada

1. Ação indenizatória por danos morais e materiais, em face de Município, em razão de incêndio em estabelecimento de casa destinada a shows, ocasionando a morte do marido e pai dos autores.

2. A situação descrita não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concorrentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na caracterização da responsabilidade civil do Estado.

3. "O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório" (Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na *Revista Genesis* - de Direito Processual Civil, Curitiba-n. 35, p. 128/145).

4. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se

no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. Precedentes: (REsp 721439/RJ; DJ 31.08.2007; REsp 471606/SP; DJ 14.08.2007; REsp 647.493/SC; DJ 22.10.2007; REsp 893.441/RJ, DJ 08.03.2007; REsp 549812/CE; DJ 31.05.2004).

5. In casu, o Tribunal de origem entendeu tratar-se da responsabilidade subjetiva do Estado, em face de conduta omissiva, consoante assentado: “[...] insta ressaltar que o direito de polícia da administração pública é indisponível. É obrigação do Estado diligenciar no sentido de fiscalizar os estabelecimentos comerciais, devendo fazer cumprir as determinações legais, sendo de direito o fechamento dos mesmos caso se encontrem em situação irregular. a omissão estatal ocorre quando o ente público deixa de fazer algo que é obrigado em virtude dessa negligência decorre um dano. O incêndio narrado na peça inaugural ocorreu em casa de shows que funcionava irregularmente, mesmo sob o olhar do município, que tinha conhecimento formal da falta de alvará de localização e funcionamento. Caso houvesse ocorrido a devida fiscalização, com conseqüente fechamento do local, o sinistro não teria ocorrido, o que demonstra que a falta de sinalização foi causa eficiente do sinistro. Assim, a tese recursal de que o evento danoso teria acontecido por culpa dos produtores do espetáculo, ou mesmo dos integrantes da banda que se apresentava no local, não têm sustentáculo legal para excluir a responsabilidade do município. [...]” (f. 550).

6. Desta forma, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a circunstância de que o evento ocorreu por ato exclusivo de terceiro, não havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano ocorrido.

7. Deveras, em se tratando de responsabilidade subjetiva, além da perquirição da culpa do agente há de se verificar, assim como na responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade entre a ação estatal comissiva ou omissiva e o dano. A doutrina, sob este enfoque preconiza: “Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as

causas de exclusão do nexo causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, ad impossibilia nemo tenetur. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. [...]” (pág. 63). E mais: “[...] é preciso distinguir ‘omissão genérica’ do Estado e ‘omissão específica’ [...] Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. [...]” (pág. 231) (Sérgio Cavalieri Filho, in “Programa de Responsabilidade Civil”, 7ª Edição, Editora Atlas).

8. In casu, o dano ocorrido, qual seja o incêndio em casa de shows, não revela nexo de causalidade entre a suposta omissão do Estado. Isto porque, a causa dos danos foi o show pirotécnico, realizado pela banda de música em ambiente e local inadequados para a realização, o que não enseja responsabilidade ao Município se sequer foram impostas, por este, exigências insuficientes ou inadequadas, ou na omissão de alguma providência que se traduza como causa eficiente e necessária do resultado danoso.

9. O contexto delineado nos autos revela que o evento danoso não decorreu de atividade eminentemente estatal, ao revés, de ato de particulares estranhos à lide.

10. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

11. Recurso especial provido.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.040.895 - MG
(2008/0058355-0) - Relator: MINISTRO LUIZ FUX**

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogados: Carolina Cardoso Guimarães Lisboa e outros. Recorridos: A. M. de S. e outros. Advogados: Giovanni Frederico Altimiras e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2010 (data do julgamento) - Luiz Fux - Relator.

Relatório

MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto por Município de Belo Horizonte, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Indenização - Incêndio do Canecão - Casa de show - Danos morais e materiais - Negligência do município configurada - Ocorrência de dano - Responsabilidade subjetiva configurada. - O poder de polícia, que é inerente ao Município, acarreta a sua responsabilidade não só pelos atos de gestão, como pela *faute du service*. A fiscalização cuja obrigação decorre de lei é dever inalienável da administração pública. Dá-se a responsabilização civil do Município pelos danos decorrentes de seus atos omissivos, sempre que houver a constatação de que, não fora a omissão, o dano não teria ocorrido.

Noticiam os autos que Aparecida Maria de Souza, Fabrício S. Soares de Souza, Felipe S. Soares de Souza e Jéssica Silva de Souza ajuizaram ação de reparação por danos morais e materiais em desfavor do Município de Belo Horizonte, em decorrência da morte de Geraldo Soares de Souza, marido e pai dos autores, em face de um incêndio ocorrido no interior da casa de shows denominada “Canecão Mineiro”.

Sustentaram os autores que o estabelecimento comercial não possuía segurança contra incêndio, fato que era do conhecimento do réu, o qual se omitiu a respeito, havendo participação dos agentes municipais para a ocorrência do sinistro, uma vez que a Administração Municipal falhou em seu dever de impedir o funcionamento do estabelecimento de forma irregular.

O r. Juízo da Terceira Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, considerou parcialmente procedente o pedido, consoante fls. 457/464. Julgou a primeira autora carecedora do direito à indenização por danos materiais e parcialmente procedente o pedido de indenização por danos materiais quanto aos filhos da vítima, fixando a pensão mensal em 1/3 (um terço) do salário mínimo para cada um, a partir da data da morte da vítima até a data em que completarem vinte e cinco anos de idade. Deu parcialmente procedente ao pedido de indenização por danos morais para condenar o réu a pagar aos autores a quantia de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), na proporção de 1/4 (um quarto) do total para cada autor.

Irresignado, o Município manejou apelação, impugnando a sentença proferida pelo juízo, alegando, em síntese, que o sinistro ocorreu por força de terceiros, não havendo que se aduzir em responsabilidade do Estado. Sustentou que o estabelecimento comercial operava na clandestinidade, sendo que os fatos narrados na inicial não decorreram de atos emanados do Município.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, negou provimento ao recurso, confirmando a sentença a quo, consoante f. 545/554, em face da responsabilidade subjetiva do Município pela omissão, sob o fundamento de que a fiscalização efetiva por parte deste teria obstado a realização do show sem as medidas preventivas recomendadas pelo Corpo de Bombeiros e pela lei.

Ainda irresignado, o Município aduz em sede de recurso especial (f. 573/586):

a) ofensa ao art. 535, do Código de Processo Civil, uma vez que não foram analisados pelo Tribunal a quo as questões opostas no recurso de apelação, em especial no que concerne a questão relativa ao nexo de causalidade entre o dano alegado e a suposta omissão de fiscalização do Município.

b) violação aos arts. 186 e 947, ambos do Código Civil/2002 sustentando a ausência do nexo de causalidade, não havendo que se aduzir acerca da responsabilidade do Município no acidente.

c) divergência jurisprudencial entre a decisão do Tribunal a quo e a decisão proferida por esta eg. Corte no julgamento do Recurso Especial nº 716.674/MG, da Relatoria da Ministra Eliana Calmon que, julgando caso idêntico ao dos autos (ação indenizatória em decorrência de incêndio ocorrido na “Casa de Shows Canecão Mineiro”), confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob o entendimento de ausência de nexo causal entre o evento e a omissão estatal.

Foram apresentadas contra-razões ao recurso especial, consoante fls. 615/630, o recurso especial foi admitido no Tribunal a quo, consoante despacho de fls. 649/646, ascendendo a esta Corte.

O julgamento do presente feito, realizado em 2 de abril de 2009 (f. 678/695), foi anulado em 09 de fevereiro de 2010 (f. 268/274), em razão da interposição de embargos de declaração, com efeitos infringentes, opostos pelos recorridos Aparecida Maria de Souza, Fabrício S. Soares de Souza, Felipe S. Soares de Souza e Jéssica Silva de Souza, em decorrência da ausência de intervenção do Ministério Público Federal, o que se fazia necessária, em face da causa versar interesses de menores incapazes.

Intimado, o Ministério Público Federal apresentou parecer às f. 277/287, pelo provimento do presente recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Conduta omissiva. Responsabilidade subjetiva. Indenização. Ausência de nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano causado por incêndio provocado por terceiros em casa de espetáculos. Inexistência de omissão do Poder Público. Parecer pelo provimento do recurso (f. 277).

É o relatório.

Voto

MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Preliminarmente, conheço do recurso especial pelas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, máxime porque a matéria restou devidamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência, nos moldes exigidos pelo RISTJ.

No que pertine a alegada ofensa ao art. 535, do Código de Processo Civil, não assiste razão ao recorrente. De fato, não se vislumbra omissão no acórdão recorrido capaz de tornar nula a decisão impugnada no especial, há incidir a violação ao art. 535, do Código de Processo Civil. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente, havendo se pronunciado acerca de todas as questões relevantes. É cediço que, quando o Tribunal a quo se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa do dispositivo legal.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater todos argumentos trazidos pela parte, se os fundamentos utilizados forem suficientes para embasar a decisão. É o entendimento uníssono desta Corte:

Tributário. Recurso em consulta administrativa. Exigibilidade do crédito tributário. Artigo 48, § 5º, da Lei 9430/96. Alegativa de infringência aos artigos 535, II, do Código de Processo Civil e 151, III, do Código Tributário Nacional. Inocorrência. Recurso especial desprovido.

1. Não comete infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o acórdão que analisa todos os pontos relevantes atinentes à solução da lide posta em julgamento. O juiz, ao expor os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, não está subordinado a fazê-lo como quem responde a um questionário jurídico, mas sim fundamentadamente. Aliás, o decisório abordou explicitamente o

artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, tema da insurgência recursal.

[...] omissis

3. Recurso especial desprovido. (REsp 600.218/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.05.2004, sem grifo no original)

Processo civil e administrativo - Recurso especial - Alínea 'a' - Alegada violação aos artigos 458, II, e 535, II, do CPC - Inocorrência - Técnico em metalurgia - Necessidade de inscrição no Conselho Regional de Química - Ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal apontados. Não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a res in iudicium deducta.

[...] omissis

Recurso especial não conhecido. (REsp 503.205/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29.03.2004, sem grifo no original)

Versam os autos ação indenizatória por danos morais e materiais, em face de Município, em razão de incêndio em estabelecimento de casa destinada a shows, ocasionando a morte do marido e pai dos autores.

Segundo consta, no dia 24.11.2001, a vítima e demais pessoas se dirigiram à Casa de Shows Canecão Mineiro, no município de Belo Horizonte, a fim de assistir a apresentação da banda denominada Armadilha do Samba, sendo que um show pirotécnico ocorrido no local, ocasionou um incêndio e devido à falta de condições necessárias de segurança, levou a vítima ao óbito.

Outrora, a situação descrita desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Sob o ângulo da inversão probatória, é cediço em doutrina especializada que:

[...] O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas.

Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato

jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório. (Luiz Guilherme Marinoni, in 'Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário', publicado na *Revista Genesis - de Direito Processual Civil*, Curitiba, número 35, págs. 128/145).

A jurisprudência desta Egrégia Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal.

Tal entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a Responsabilidade Objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso.

Neste sentido são os precedentes desta Corte:

Administrativo - Responsabilidade civil do Estado por ato omissivo - Queda de entulhos em residência localizada à margem de rodovia.

1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.

4. Recurso especial improvido. (REsp 721439/RJ; Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 31.08.2007)

Administrativo - Responsabilidade civil do Estado - Omissão - Falta do serviço - Responsabilidade subjetiva - Morte de policial durante transferência de preso - Não-comprovação da culpa estatal (publicizada) - Impossibilidade de revisão dos fatos no recurso especial para caracterização da culpa e do imprescindível nexo - Soberania da instância ordinária nas provas - Arts. 302 e 535 do CPC - Não-violação.

1. Desenvolvida fundamentação bastante para a compreensão dos motivos afivelados ao convencimento e fonte da conclusão, mostra-se despcienda a exaustão de todas as

razões postas, não se consubstanciando ofensa ao artigo 535, II, CPC. Deveras, vezes a basto tem sido exaltado que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de padrões legais e de todos os enunciados do contraditório. Demais, privativamente incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, atividade excluída da vontade dos litigantes. (REsp 197.921/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 23.10.2000)

2. Se a Fazenda Estadual esmerou-se em combater especificamente todos os pontos da inicial, em sua contestação, não há falar em presunção de veracidade dos fatos narrados.

3. A responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Jurisprudência predominantes do STF e do STJ. Desde a inicial, vieram os recorrentes discutindo a falta do serviço estatal por omissão, o que é bem diferente de se discutir o fato do serviço para aplicação da responsabilidade objetiva.

4. Ir além, para analisar o que requerido pelos recorrentes em sede de recurso especial, implica revolvimento da matéria fática, uma vez que, em razão da devolutividade vinculada deste recurso, não se pode, a esta altura, ir além para verificar se a omissão do Estado em garantir ao policial assassinado a devida escolta para a transferência do preso teria sido causa determinante para a ocorrência do sinistro. Assim, também não se pode desbordar do quadro fático pré-estabelecido para analisar a existência do necessário nexo causal entre a alegada omissão e o evento fatídico. Recurso especial improvido. (REsp 471606/SP; Relator Ministro Humberto Martins, DJ 14.08.2007)

Recurso especial. Ação civil pública. Poluição ambiental. Empresas mineradoras. Carvão mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios

ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento 'abuso de direito'; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte. (REsp 647.493/SC; Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 22.10.2007)

Ação indenizatória. Dano moral. Redução do valor fixado. Incidência da Súmula 7/STJ na hipótese. Precedentes. Estabelecimento escolar. Aluno. Falecimento. Menor atingida por bala perdida. Responsabilidade subjetiva do Estado. Omissão. Dever de vigilância. Nexo causal presente.

I - Incide, na hipótese, o óbice sumular 7/STJ no tocante ao pedido de revisão do valor fixado pela instância ordinária a título de danos morais: 200.000,00 (duzentos mil reais) relativo ao falecimento da menor atingida por bala perdida no pátio da escola, pois, na hipótese, o mesmo não se caracteriza como ínfimo ou excessivo a possibilitar a intervenção deste eg. STJ. Precedentes: REsp n.º 681.482/MG, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 30/05/2005; EDcl no REsp n.º 537.687/MA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 18/09/2006; AgRg no Ag n.º 727.357/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 11/05/2006.

II - O nexo causal, *in casu*, se verifica porque o município tem o dever de guarda e vigilância, sendo responsável pelo estabelecimento escolar que, por sua vez, deve velar por seus alunos: '...o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física...' (RE n.º 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/08/96).

III - Presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva do Estado. Precedente análogo: REsp n.º 819789/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25/05/2006.

IV - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 893.441/RJ; Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 08.03.2007)

Recurso especial. DNER. Responsabilidade civil por acidente causado em rodovia federal. Legitimidade passiva. omissão do Estado. Responsabilidade subjetiva. Má conservação da rodovia federal. Culpa da autarquia. Indenização por danos morais. Redução. 300 salários-mínimos. Precedentes. (REsp 549812/CE; Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 31.05.2004)

In casu, o Tribunal de origem entendeu tratar-se da responsabilidade subjetiva do Estado, em face de conduta omissiva, consoante assentado:

[...] insta ressaltar que o direito de polícia da administração pública é indisponível. É obrigação do Estado diligenciar no sentido de fiscalizar os estabelecimentos comerciais, devendo fazer cumprir as determinações legais, sendo de direito o fechamento dos mesmos caso se encontrem em situação irregular. a omissão estatal ocorre quando o ente público deixa de fazer algo que é obrigado em virtude dessa negligência decorre um dano. O incêndio narrado na peça inaugural ocorreu em casa de shows que funcionava irregularmente, mesmo sob o olhar do município, que tinha conhecimento formal da falta de alvará de localização e funcionamento. Caso houvesse ocorrido a devida fiscalização, com consequente fechamento do local, o sinistro não teria ocorrido, o que demonstra que a falta de sinalização foi causa eficiente do sinistro. Assim, a tese recursal de que o evento danoso teria acontecido por culpa dos produtores do espetáculo, ou mesmo dos integrantes da banda que se apresentava no local, não têm sustentáculo legal para excluir a responsabilidade do município. [...] (f. 550)

Desta forma, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a circunstância de que o evento ocorreu por ato exclusivo de terceiro, não havendo nexos de causalidade entre a omissão estatal e o dano ocorrido.

Deveras, em se tratando de responsabilidade subjetiva, além da perquirição da culpa do agente há de se verificar, assim como na responsabilidade objetiva, o nexos de causalidade entre a ação estatal comissiva ou omissiva e o dano. A doutrina, sob este enfoque preconiza:

'Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexos causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. [...] (pág. 63). E mais: '[...] é preciso distinguir 'omissão genérica' do Estado e 'omissão específica' [...] Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão,

deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. [...]’ (pág. 231) (Sérgio Cavalieri Filho, in *Programa de responsabilidade civil*, 7. edição, Editora Atlas).

In casu, o dano ocorrido, qual seja o incêndio em casa de shows, não revela nexos de causalidade entre a suposta omissão do Estado. Isto porque, a causa dos danos foi o show pirotécnico, realizado pela banda de música em ambiente e local inadequados para a realização, o que não enseja responsabilidade ao Município se sequer foram impostas, por este, exigências insuficientes ou inadequadas, ou na omissão de alguma providência que se traduza como causa eficiente e necessária do resultado danoso.

O contexto delineado nos autos revela que o evento danoso não decorreu de atividade eminentemente estatal, ao revés, de ato de particulares estranhos à lide.

Invertam-se os ônus sucumbenciais.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de junho de 2010 - Bárbara Amorim Sousa Camuña - Secretária.

(Publicado no DJe de 30.06.2010.)

...

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas corpus - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76 - Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) - Ordem concedida de ofício

1. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes ao deferimento do benefício, pois, nos termos do que contido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório para conceder o benefício pleiteado.

2. As provas contidas nos autos bem demonstram que a paciente se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e fazia dessa atividade o seu meio de vida.

3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é “inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico”.

4. *Habeas corpus* denegado.

5. Ordem concedida de ofício para modificar o regime prisional de integralmente fechado para o inicialmente fechado, absolver a paciente pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) e excluir da condenação a majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76, caso tenha sido restabelecida pelo TJMG, mantendo-se a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76), com o aumento decorrente da incidência da causa prevista no inciso IV do art. 18 da referida lei.

6. Ao Juízo de Execuções caberá a nova dosimetria, observando o limite de 4 anos de reclusão, sob pena de *reformatio in pejus*.

HABEAS CORPUS Nº 97.977 - MG - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Paciente: Lourdes Neide Costa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. 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 Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, mas conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de abril de 2010. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Lourdes Neide Costa, buscando a redução da pena aplicada à paciente.

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 116.036/MG impetrado àquela Corte, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Sustenta a impetrante, em síntese, que a paciente faz jus à aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que preenche todos os requisitos legais para o gozo do benefício estabelecido na referida lei. Aduz, para tanto, que

o fato da paciente ter praticado o delito em associação eventual não pode ter o condão de levar à afirmação de que a mesma tenha participação em atividade criminosa, como faz pensar o v. Acórdão objurgado (f. 6).

Argumenta, ainda, que,

depois do julgamento em comento, entrou em vigor lei penal mais benéfica que não faz previsão de majoração pela associação eventual, tendo ocorrido, conforme exegese do art. 107, inciso III, do Estatuto Repressivo, *abolitio criminis* (f. 12).

Conclui, assim, que

se impõe a aplicação da novel legislação, devendo retroagir para beneficiar a paciente, sob pena de contrariar e negar vigência, não só ao art. 107, inciso III, do Código Penal, como também ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do mesmo CP, que, em suma, garantem a retroatividade da lei penal posterior benigna (f. 12/13).

Traz julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (f. 13).

Assevera, com relação a essa matéria, que,

apesar do douto Ministro Relator não ter abordado o mérito da questão no v. Aresto fustigado, eis que alegado na exor-

dial do tema, por dever de lealdade processual, competia tanto a ele quanto ao Tribunal de Justiça estadual o reconhecimento da benesse em testilha, não cabendo agora a paciente suportar a omissão jurisdicional, o que, de per si, configura constrangimento ilegal a ser sanado por este remédio heróico (f. 13).

Ao final, requer o deferimento de liminar para ser “decotada da pena imposta a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e reconhecer a presença do *abolitio criminis*, até decisão final” (f. 15) e, no mérito, a confirmação da liminar requerida (f. 15 - grifo no original).

O pedido de liminar foi indeferido. Por estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (f. 79 a 82).

O Ministério Público Federal, às folhas 87 a 95, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mario José Gisi, manifestou-se

pela denegação da ordem nos termos formulados, e concessão da ordem, de ofício, para que seja afastada da pena imposta ao recorrente a causa de aumento prevista no inciso III do art. 18 da antiga Lei de Tóxicos (grifo no original).

Em virtude da dúvida surgida a respeito da pena concretamente imposta à paciente, foram solicitadas informações ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Esmeraldas/MG, a fim de especificar em quais tipos penais se deu a condenação e qual a dosimetria aplicada (f. 114).

Aquele Juízo prestou informações à f. 127. É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 116.036/MG, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e tem como objetivo a redução da pena aplicada à paciente.

Narra a impetrante, na inicial, que:

[...]

A paciente foi condenada como incurso no art. 12 c/c art. 18, inciso IV, e art. 14, todos da Lei 6.368/76, à pena corporal de 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de cento e dezoito dias-multa.

Inconformada, interpôs recurso de apelação. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao apelo, tão somente para absolvê-la do crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76. Posteriormente, a defesa pleiteou, perante o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a redução da pena em 2/3, com base na causa de diminuição disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O magistrado, em decisão fundamentada, diminuiu a reprimenda imposta em 1/3, vez que a condenada preenchia os requisitos da Lei supramencionada, entendendo tal medida como necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Irresignado, o membro do *Parquet* opôs agravo em execução. A Corte Estadual deu provimento ao recurso, com o fito de reformar a decisão agravada, no tocante à concessão da causa de diminuição.

Contra esse *decisum*, a defesa impetrou *habeas corpus*. Alegou, em suma, o direito, no caso em comento, à aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, vez que primária, possuidora de bons antecedentes, além de não integrar organização criminosa. Ainda, que a nova Lei 11.343/06, em seu art. 35, somente fez previsão da associação estável, aos moldes da figura típica do art. 14 da Lei 6.368/76, porquanto a causa de aumento outrora prevista no art. 18, inciso III, foi revogada.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, denegou a ordem [...] [f. 4/5].

O acórdão ora questionado foi assim ementado:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pena aplicada: 7 anos de reclusão. Delito cometido na vigência da Lei 6.368/76. Redução de 1/6 até 2/3 da pena. Retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas). Inadmissibilidade. Combinação de leis. Aplicação de uma ou outra legislação, em sua integralidade, conforme for melhor para o acusado ou sentenciado. Acórdão que reconhece que a paciente se dedica a atividades criminosas. Ausência dos requisitos legais. Dilação probatória incompatível com o *mandamus*. Parecer ministerial pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág. 4º, da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. O § 4º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

3. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes.

4. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2º do CPB e 5º, XL, da CF/88), sem, todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da

VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.

5. Ocorre que, no caso concreto, o acórdão ora impugnado reconheceu que a paciente se dedica a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação retroativa.

6. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se a paciente se dedica ou não a atividades criminosas, enseja, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do *Habeas Corpus*.

7. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (f. 73/74).

Inicialmente, no que concerne à pretensão da impetrante de ser aplicada a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 à paciente, entendo não ser possível conceder a ordem.

Consta nos autos, em especial no voto do emittente Desembargador Herculano Rodrigues, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator do Agravo em Execução nº 1.0000.08.471790-9/001, a afirmação de que

embora não seja possível falar-se em organização criminosa, é inegável que a ré dedicava-se a atividades criminosas, em coautoria com os demais condenados, eis que praticava tráfico com habitualidade não só em locais públicos, mas também no interior do estabelecimento prisional, o que foi acolhido pela decisão colegiada (f. 60).

Salientou, ainda, que

tal vínculo durou cerca de 08 (oito) meses e, além da venda e transporte de drogas, a ré transmitia ordens do traficante Fábio Cícero Gonzaga, circunstâncias estas que, a meu aviso, não permitem a mencionada diminuição de pena, por caracterizar dedicação a atividades criminosas (f. 61).

O § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 tem a seguinte redação:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vê-se que a primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação do parágrafo acima transcrito, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Consta que a paciente se dedicava, exclusivamente, às atividades criminosas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apre-

ciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicar a pleiteada redução.

Nesse sentido: HC nº 82.776/SC, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 4.4.08; HC nº 92.839/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 18.4.08; HC nº 92.870/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 22.2.08, entre outros.

Outro aspecto ressaltado pelo Ministério Público Federal é a impossibilidade de aplicação da norma contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao presente caso.

Leio do parecer:

[...]

Não encontra respaldo a alegação, aventada pela defesa, segundo a qual a paciente, processada e condenada sob os ditames da revogada Lei nº 6.368/76, deveria ser beneficiada com a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por não integrar organização criminosa.

É cediço que a retroatividade na lei penal brasileira é limitada pela Constituição Federal, que estabelece, no inciso XL do art 5º, que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'.

In casu, o recorrido foi condenado com base no *caput* do art. 12 da Lei nº 6.368/76, que previa pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão. Por sua vez, para a mesma conduta criminal, a Lei nº 11.343/2006 estabelece, no *caput* do art. 33, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Confrontando as duas normas, percebe-se que a nova Lei de Drogas atribui pena mais severa que a lei revogada. Não obstante a nova legislação tenha previsto no § 4º do art. 33 uma nova causa de diminuição de pena, esta não pode ser aplicada isoladamente, sendo necessário adotar todo o dispositivo penal.

Assim, a retroatividade do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não configura lei mais benéfica ao recorrido, representando o acórdão impugnado, portanto, afronta direta e frontal ao disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

Ademais, o benefício inaugurado pelo § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve ser interpretado em estrita e absoluta consonância com a pena prevista no mesmo dispositivo legal, sendo inviável atribuir efeito benéfico que possibilite a retroatividade de apenas parte da norma para aplicar a diminuição sobre a pena prevista na antiga Lei de Entorpecentes.

Assim, é inadmissível a conjugação pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a lição de Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli é indispensável:

'[...] deve-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete' (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 219).

Valiosos, também, os comentários do mestre Guilherme de Souza Nucci, amparado por outros doutrinadores:

[...] De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam - a nova e a antiga -, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (*Lecciones de derecho penal*, p. 98-99). É também a posição adotada por Claus Roxin (*Derecho penal - parte general*, t. I, p. 167-168). E, na impossibilidade de combinar as leis, cremos ser da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável [...]. (Código Penal comentado, 5. ed. RT: São Paulo, 2005, p. 60.)

Nos moldes da doutrina, manifestou-se esse eg. Pretório Excelso no sentido da inadmissibilidade da combinação de leis que estejam em conflito no tempo para extrair-se daí um terceiro gênero, devendo as leis ser examinadas e aplicadas nas suas respectivas integridades. Nessa senda, merece destaque o seguinte julgado:

'Habeas corpus. Lex mitior. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da lex mitior, que alberga o princípio da irretroatividade da lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da lex mitior não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. Habeas corpus indeferido.

[...]

E assim dispondo a lei brasileira está conforme os ensinamentos da doutrina que determina o exame da lei antiga e da nova em suas respectivas integridades para verificar, então, qual a lei mais favorável.

[...]

De fato, é ilícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma *terza legge diversa*, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador' (STF, Segunda Turma, HC 68.416/DF, Min. Rel. Paulo Brossard, DJ 30.10.1992).

É, pois, inaplicável ao caso dos autos o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (f. 91 a 93).

Vejam-se, ainda, recentes precedentes das duas Turmas desta Suprema Corte sobre o tema:

Recurso ordinário recebido como *habeas corpus* substitutivo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06). Ordem denegada.

1. Recurso ordinário intempestivo recebido como *habeas corpus* substitutivo.

2. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da

redação contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicação da redução da pena pleiteada.

3. As provas contidas nos autos bem demonstram que o paciente, além de ser integrante de um grupo que se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, fazia dessa atividade o seu meio de vida.

4. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é 'inadmissível utilizar a pena-base prevista na Lei nº 6.368/76 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343, visto que, agindo assim, o juiz criaria uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico'.

5. *Habeas corpus* denegado (RHC nº 95.615/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe de 13.3.09).

Habeas corpus. Tráfico internacional de entorpecente. Crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76. Retroatividade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Combinação de leis. Inadmissibilidade. Precedente do STF. Paciente que ostenta maus antecedentes. Ausência dos requisitos legais. Ordem denegada. 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de *habeas corpus* para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que, agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. 5. No caso concreto, ainda que se entendesse pela aplicação da Lei nº 11.343/06, não se encontram presentes os requisitos do § 4º do art. 33 do referido diploma legal, visto que, de acordo com as informações de f. 34/36, a paciente ostenta maus antecedentes, por ter cumprido pena de 1 (um) ano por fraude bancária na África do Sul. 6. Diante do exposto, denego a ordem (HC nº 96.430/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 6.2.09).

Relativamente às alegações deduzidas pelo Ministério Público Federal, que se manifestou pela "[...] denegação da ordem nos termos formulados, e concessão da ordem, de ofício, para que seja afastada da pena imposta ao recorrente a causa de aumento prevista no inciso III do art. 18 da antiga Lei de Tóxicos" (f. 93 a 95), entendo que devem ser acolhidas.

Faço um breve relato dos fatos sobre essa questão.

Segundo a sentença condenatória, mais especificamente às folhas 45/46 dos autos, a paciente foi condenada pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76) e associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), tendo, nos termos do art. 18, inciso IV, da Lei 6.368/76, a pena pelo crime de tráfico sido aumentada em 1/3, em virtude da traficância nas

dependências da penitenciária de segurança máxima Nelson Hungria, em Contagem/MG (f. 40).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua vez, ao dar parcial provimento à apelação, absolveu a paciente pelo crime de associação (art. 14), mas considerou a associação eventual para aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau (f. 49 a 56). Com isso, a paciente restou condenada pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12), com a pena aumentada em razão das duas causas previstas nos incisos III e IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76 (f. 56).

Posteriormente, na fase de execução de sentença, a defesa da paciente pleiteou a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, tendo o Juízo monocrático deferido o pedido, e, ainda,

considerando que a majorante anteriormente prevista no art. 18, inciso IV, da Lei 6.368/76 foi aplicada em seu mínimo legal, qual seja 1/3 da pena, e que com o advento da nova Lei de Tóxicos, que manteve a majorante retromencionada, art. 40, inciso III, esse mínimo foi fixado em 1/6 da pena, art. 40, *caput*, *majoro a pena de 02 (dois) anos em 1/6, fixando-a, em definitivo, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, relativamene ao crime anteriormente previsto no art. 12, c/c art. 18, IV, ambos da Lei nº 6.368/76 (f. 57 - grifos no original).*

No Agravo de Execução nº 10000.08.471790-9/001, interposto pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cassou a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deferida anteriormente pelo Juízo de primeiro grau, por entender que não se tratava de associação eventual, mas de pessoa que se dedicava exclusivamente ao crime de tráfico, em coautoria com os demais acusados. Nada mencionou relativamente à incidência da majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76 (associação eventual), aplicada quando do julgamento da apelação (f. 58 a 61).

As informações prestadas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Esmeraldas/MG, por outro lado, esclarecem que a paciente “foi condenada à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pelo crime definido no art. 12, c/c 18, IV, e 14 da Lei 6.368/76 e art. 29 e art. 69 do CPB, nos autos de nº 241.09.030 439-5 (autos do 07.615.745 - BH)” (f. 127). Esses dados, contudo, não conferem com as informações contidas nas peças juntadas aos autos, sendo certo que a paciente já teria sido absolvida pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) quando do julgamento da apelação (f. 56).

Ante o exposto, concedo a ordem de ofício para absolver a paciente pelo crime de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76) e excluir da condenação a majorante

prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76, caso tenha sido restabelecida pelo TJMG, mantendo-se a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76), com o aumento decorrente da incidência da causa prevista no inciso IV do art 18 da referida lei. Esse aumento, aliás, foi mantido pela Lei nº 11.343/06, em seu art. 40.

Ao Juízo de Execuções caberá a nova dosimetria, que deverá observar o limite de 4 anos de reclusão, sob pena de *reformatio in pejus*.

Concedo a ordem, ainda, de ofício, para, nos termos da jurisprudência reiterada desta Suprema Corte, modificar o regime prisional de integralmente fechado (informações de f. 127) para o inicialmente fechado.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 20.04.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Suprocurador-Geral da República, Dr. Edson de Almeida.

Fabiane Duarte - Coordenadora.

(Publicado no DJe de 21.05.2010.)

...

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Artigos 79 e 85 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais - Impugnação da redação original e da redação conferida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de julho de 2003, aos preceitos - Ipsemg - Regime próprio de previdência e assistência social dos servidores do Estado de Minas Gerais - Benefícios previdenciários e aposentadoria assegurados a servidores não-titulares de cargo efetivo - Alegação de violação do disposto no § 13 do artigo 40 e no § 1º do artigo 149 da Constituição do Brasil - Ação direta julgada parcialmente procedente

1. Artigo 85, *caput*, da LC n. 64 estabelece que “O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odon-

tológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes”. A Constituição de 1988 - art. 149, § 1º - define que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social”. O preceito viola o texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79” contida no artigo 85, *caput*, da LC 64/02.

2. Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir.

3. O artigo 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde - “plano de saúde complementar”. Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo “compulsoriamente” contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica.

4. Reconhecida a perda de objeto superveniente em relação ao artigo 79 da LC 64/02, na redação conferida LC 70/03, ambas do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar 100, de 5 de novembro de 2007, do Estado de Minas Gerais - “Art. 14. Fica revogado o art. 79 da Lei Complementar nº 64, de 2002”.

5. Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade:

[i] da expressão “definidos no art. 79” - artigo 85, *caput*, da LC 64/02 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais.

[ii] do vocábulo “compulsoriamente” - §§ 4º e 5º do artigo 85 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.106 - MG - Relator: MINISTRO EROS GRAU

Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Interessado: Serjusmig - Sindicato dos Servidores da Justiça do Estado de Minas Gerais. Advogado: Humberto Luchesi de Carvalho. Interessado: Sindalemg - Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogada: Paula Vieira de Mello Dumont. Interessado: Instituto da Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg. Advogado: Ricardo Magalhães Soares.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79”, contida no artigo 85, *caput*, da Lei Complementar nº 64/02, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/03, bem como do vocábulo “compulsoriamente”, inserido no § 4º do artigo 85 da LC 64/02 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC 70/03, ambas do Estado de Minas Gerais.

Brasília, 14 de abril de 2010. - Eros Grau - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - O Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 103, VI, da Constituição do Brasil, propõe ação direta de inconstitucionalidade, em face dos artigos 79 e 85 da Lei Complementar n. 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais, o último deles tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar n. 70, de 30 de julho de 2003. Eis o teor dos preceitos impugnados, *verbis*:

Lei Complementar nº 64

[...]

Art. 79 - O Estado, por meio de seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas autarquias e fundações, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, poderá assegurar aposentadoria a seus servidores não titulares de cargo efetivo e pensão aos seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, conforme o disposto no § 13 do art. 40 da Constituição da República e, no que couber, as normas previstas nesta lei complementar.

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se servidor não titular de cargo efetivo:

I - o detentor exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

II - o servidor a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990, não alcançado pelo disposto na Emenda à Constituição do Estado nº 49, de 13 de junho de 2001;

III - o servidor designado para o exercício da função pública, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990;

IV - o agente político.

§ 2º - O servidor a que se refere o caput deste artigo, na hipótese de lhe ser assegurada aposentadoria e pensão, contribuirá para o custeio de sua previdência com uma alíquota de 11% (onze por cento), incidente sobre sua remuneração de contribuição, respeitado o limite fixado pelo RGPS e observado, no que couber, o disposto no art. 26.

§ 3º - A alíquota de contribuição do Estado para aposentadoria e demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, do servidor de que trata o caput será de 22% (vinte e dois por cento) incidentes sobre a remuneração de contribuição.

[...]

Art. 85 - O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva aos seus dependentes.

§ 1º - O benefício a que se refere o caput deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 2º - A contribuição referida no § 1º será de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos, no valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 3º - O Tesouro do Estado contribuirá com valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) daquele referido no § 1º deste artigo.

§ 4º - A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao Ipsemg até o último dia previsto para o pagamento da folha dos servidores públicos do Estado.

§ 5º - Os que perderem a condição de dependentes do segurado, bem como os pais deste, poderão continuar com o direito à assistência referida no caput, mediante o pagamento, por ex-dependente, da contribuição de 2,8% (dois vírgula oito por cento) da remuneração de contribuição do servidor ativo ou dos proventos do inativo ou da pensão que recebiam, observada a carência de seis meses para atendimento ambulatorial e odontológico e para exames de laboratório, e de doze meses para parto ou internação hospitalar.

§ 6º - A assistência a que se refere o caput será prestada pelo Ipsemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipsemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 3º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta lei complementar.

§ 8º - Fica o Ipsemg autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com municípios e entidades públicas estaduais e municipais, observadas as condições e o pagamento da contribuição previstos neste artigo, nos termos do regulamento.

[...]

Lei Complementar nº 70

Art. 1º - A Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 85 - O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.

(Vide art. 7 da Lei Complementar nº 73, de 30/07/2003.)

§ 1º - O benefício a que se refere o caput deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual, não podendo ser inferior a R\$ 30,00 (trinta reais), que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.

§ 2º - O piso mínimo de contribuição estabelecido no § 1º não se aplica ao servidor que tenha renda bruta mensal igual ou inferior ao montante estabelecido no art. 13 da Emenda à Constituição da República nº 20, de 15 de dezembro de 1998, aplicando-se nesse caso a alíquota de 3,2% (três vírgula dois por cento).

§ 3º - A contribuição referida no § 1º será acrescida de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos sobre o valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 4º - O Tesouro do Estado contribuirá com a alíquota de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 5º - A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao Ipsemg até o último dia previsto para pagamento da folha de servidores públicos do Estado.

§ 6º - A assistência a que se refere o caput deste artigo será prestada pelo Ipsemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipsemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 4º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta Lei Complementar.

§ 8º - Fica o Ipsemg autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com instituições públicas estaduais.

§ 9º - A prestação da assistência a que se refere o caput deste artigo fica limitada aos segurados mencionados nos arts. 3º e 79, bem como aos incluídos na forma do § 8º deste artigo, ficando facultado ao Ipsemg celebrar convênios de assistência à saúde com os municípios, mediante contribuição a ser calculada atuarialmente, garantia de adimplência e outras condições definidas em regulamento.

§ 10 - O disposto no § 3º deste artigo não se aplica ao servidor, ao inativo e ao pensionista cuja vinculação ao serviço público estadual tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001.

§ 11 - Os que perderem a condição de dependentes dos segurados, bem como os pais destes, poderão continuar com o direito à assistência referida no caput deste artigo, mediante opção formal, desde que já tenha ocorrido o pagamento da contribuição relativa à alíquota de 2,8% (dois vírgula oito por cento), observado o limite mínimo de contribuição de R\$ 78,00 (setenta e oito reais) por beneficiário, que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual (grifamos).

2. O requerente aduz que o artigo 79 da LC 64, ao assegurar a servidores não-efetivos, benefícios previdenciários custeados pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado, estaria a violar o disposto no § 13 do artigo 40 da Constituição do Brasil, que prevê a subordinação dos servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão ao Regime Geral da Previdência Social, que é mantida pelo INSS.

3. Sustenta, por outro lado, que o artigo 85 da LC 64, ao estabelecer o custeio parcial da assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados do sistema de seguridade social mantido pelo Estado, mediante contribuição do servidor, estaria em afronta ao disposto no § 1º do artigo 149 da Constituição de 1988, na medida em que este não inclui a saúde entre as hipóteses ensejadoras de instituição de contribuição pelos Estados.

4. A Assembléia Legislativa e o Governo do Estado defendem, em suas informações (f. 63/75 e 167/191 respectivamente), a constitucionalidade dos preceitos impugnados, sob o fundamento comum de que a Constituição do Brasil “reconhece ao Estado-membro o poder de se ordenar nas leis próprias, auto-organizando-se nos campos tributário, financeiro, administrativo e previdenciário” (f. 68).

5. Em face da relevância da matéria, o Ministro Maurício Corrêa, Presidente desta Corte à época, determinou, na forma do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (f. 53/54).

6. O Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido, por entender que os referidos preceitos são *ultra vires* da competência do Estado de Minas Gerais, em observância ao que dispõe o artigo 24, XII, da Constituição de 1988 (f. 232/244).

7. O Procurador-Geral da República reitera o pedido deduzido na inicial, opinando pela procedência do pedido (f. 494/498).

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para distribuição aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - O primeiro pedido do requerente é relativo à inconstitucionalidade do artigo 79 da Lei Complementar n. 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais, que assegura aposentadoria aos servidores não-titulares de cargo efetivo e pensão a seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS.

2. Sem maiores considerações, entendo ser evidente a desarmonia entre o preceito impugnado e o § 13 do artigo 40 da Constituição de 1988, que determina a filiação dos ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão ao regime geral da previdência social.

3. Por outro lado, julgo necessário examinar os argumentos apresentados pelas autoridades requeridas quanto à autonomia dos Estados-membros para legislar sobre a matéria, conforme previsão constitucional.

4. A previdência social, consoante o disposto no artigo 24, XII, da Constituição do Brasil, é matéria de competência legislativa concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

5. A legislação concorrente pode ser “cumulativa” - quando não existirem limites prévios para o exercício da competência - ou “não cumulativa”, hipótese na qual, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa as normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação da matéria.

6. Essa orientação, que encontra raízes na Constituição de Weimar (art. 10), consiste em atribuir-se à União a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.

7. De outra parte, a “competência suplementar” dos Estados-membros e do Distrito Federal pode ser classificada em duas espécies: “competência complementar” e “competência supletiva”. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser pormenorizada pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal. A segunda surgirá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando, então, os Estados-membros e o Distrito Federal, temporariamente, gozarão de “competência plena” tanto para a edição das normas de caráter geral, quanto para a edição de normas específicas (CB, art. 24, §§ 3º e 4º).

8. No presente caso estamos diante da primeira hipótese. Foi editada Lei federal n. 9.717/98, regulando a matéria.

9. Quanto ao regime de previdência dos servidores não-efetivos, diz a Lei n. 9.717/98:

Art. 1º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguinte critérios:

[...]

V - cobertura exclusiva a servidores público titulares de cargos efetivos e aos militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios.

10. Daí a conclusão de que o preceito previsto na legislação estadual está em desarmonia com a federal. Esta não deixa dúvidas quanto a quem pode estar filiado aos regimes próprios de previdência: exclusivamente os servidores públicos titulares de cargos efetivos.

11. Registre-se, ainda, que esta Corte firmou entendimento no sentido de que qualifica ato de transgressão constitucional a violação de normas gerais editadas em matéria de competência concorrente:

[...]

A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de Direito Constitucional*, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo à União estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º).

A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em 'inexistindo lei federal sobre normas gerais', a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que 'para atender a suas particularidades' (art. 24, § 3º).

Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo ultra vires, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria.

[...]

(ADI 2.667/DF-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 12/03/2004).

12. Verifica-se, destarte, que o artigo 79 da Lei Complementar n. 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais, padece de vício de inconstitucionalidade. Afronta o § 13 do artigo 40 da Constituição do Brasil, além disso dispondo de forma adversa às normas gerais de previdência social estabelecidas pela União (inciso V do artigo 1º da Lei n. 9.717/98).

13. Feitas essas considerações, passo à análise da constitucionalidade do artigo 85 da LC n. 64, tanto em seu texto original, quanto com a redação que lhe foi conferida pela LC n. 70, ambas do Estado de Minas Gerais.

14. O preceito em questão dispõe, na redação antiga e na atual, que o "Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes".

15. A Constituição de 1988, a seu turno, estabelece que "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social" (art. 149, § 1º, da CB).

16. Destaca-se, no texto constitucional, o fato de que das três áreas de atuação da seguridade social -

previdência social, saúde e assistência social - o constituinte excluiu, no que toca à instituição de contribuições, a saúde.

17. Por outro lado, não tenho como admitir que a Constituição do Brasil tenha conferido, de forma implícita, competência ao Estado-membro para atuar nessa seara, o que me faz concluir no sentido de que o preceito impugnado viola, ao instituir contribuição compulsória, o § 1º do art. 149 da Constituição.

18. A Lei Federal n. 9.717/98, em seu art. 5º, estabelece expressamente o seguinte:

Art. 5º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral da Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal (grifamos).

19. Vê-se para logo que os Estados-membros não podem contemplar como benefícios, de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob a pena de mácula à Constituição do Brasil, por afronta à legislação fundamental que a União fez editar no desempenho legítimo de sua competência (Lei n. 9.717/98), serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica.

20. Não obstante, considerando-se os aspectos social da matéria e a conhecida longa tradição do Ipsemg no atendimento aos servidores públicos mineiros, em especial aos das categorias de base, sem dúvida os principais usuários dos serviços oferecidos por essa autarquia, nada impede, segundo me parece, sejam por ela prestados, não de modo impositivo, mas facultativamente, os serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica indicados no artigo 85 da lei impugnada. O benefício, nessa hipótese, será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa, aos que se dispuserem a dele fruir.

21. É certo que a saúde de todos é dever do Estado (art. 196 da Constituição do Brasil). As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado segundo as diretrizes estipuladas no artigo 198 da Constituição. O § 2º desse mesmo artigo 198 estabelece limites mínimos de aplicação, anual, de recursos em ações e serviços públicos de saúde. Estamos, aí, no quadro do sistema único de saúde, financiado, nos termos do artigo 195 da Constituição, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Outra, contudo, é a situação de que ora cogitamos. O artigo 85 da Lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde, um autêntico "plano de saúde complementar",

cujo alcance social, insisto neste ponto, é relevante. Não pode fazê-lo de modo obrigatório em relação aos seus servidores, mas entendo que o interesse público - e o interesse público primário é o interesse social - recomenda faça-o permitindo que o servidor voluntariamente se habilite aos benefícios dessa ação complementar. Nessa hipótese, a contribuição será voluntária. Aqui, mais uma vez, desejo insistir em que a interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação; ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto ela se dá. A mim parece, no quadro da nossa realidade, que a prestação de ação complementar, no campo da saúde, pela autarquia, mediante a voluntária adesão do servidor público, é perfeitamente coerente com o disposto nos artigos 3º e 196 da Constituição do Brasil.

Ante essa circunstâncias, julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 79 da Lei Complementar n. 64/2002, da expressão "definidos no art. 79", no artigo 85, *caput*, da mesma Lei Complementar, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar n. 70/2003, bem assim do vocábulo "compulsoriamente", no § 4º do art. 85 da Lei Complementar n. 64/2000 e no § 5º no mesmo artigo 85, na redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar n. 70/2003.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência estará estendendo esse sistema aos servidores da atividade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - O plano de saúde complementar.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Aos efetivos?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - A todos e se retira a compulsoriedade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aos detentores de função de confiança, porque o artigo 85 da Lei Complementar nº 64, do Estado de Minas Gerais, somente se aplica a estes.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Sr. Presidente, o efeito disso é o seguinte: esse plano de saúde complementar, envolvendo não apenas o tipo de atendimento que poderia ser obtido no Sistema Único de Saúde, no INSS, mas também incluindo assistência odontológica e farmacêutica, que já é exercido em Minas Gerais, continuaria a ser praticado. Declara-se a inconstitucionalidade da extinção de uma contribuição

tributária, compulsória; e retira-se do texto apenas o vocábulo "compulsoriamente".

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Isso não criaria um problema de custeio para o Estado? Estamos expungindo o vocábulo "compulsório"...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Estado é rico!

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - O Estado já custeia metade disso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Eros Grau, Vossa Excelência declara a inconstitucionalidade do artigo 79; e, depois, no artigo 85 - porque declarada a inconstitucionalidade do artigo 79 -, suprime a expressão "definidos no artigo 79". Ocorre que, no artigo 79, é expresso, nos incisos de I a III, quais são os servidores que estão gozando do plano de saúde:

Art. 79 [...]

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se servidor não titular de cargo efetivo:

I - o detentor exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

II - o servidor a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990, não alcançado pelo disposto na Emenda à Constituição do Estado nº 49, de 13 de junho de 2001;

III - O Servidor designado para o exercício da função pública, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990;

IV - o agente político.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Estou perdido. Vossa Excelência está lendo onde isso?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência diz quem é o universo pessoal da norma no *caput* do artigo 85:

Art. 85 - O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.

Se tirarmos a referência do artigo 79, estaremos estendendo a todos os servidores não titulares de cargos efetivos ou só àqueles que estão na lei? Aí estaremos criando um problema grave.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Esses já contam com assistência e aposentadoria.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Sim, mas alguma razão existe. Mas se tira, sai dos agentes, dá uma enorme confusão. Em todo caso, vamos separar a matéria pela seguinte razão: temos dois assuntos com autonomia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A autonomia é relativa.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Claro, se decidido um, vai o outro; ou condiciona o outro. Em todo caso, há uma questão maior que diz respeito ao artigo 79. Vejam bem, a questão básica do artigo 79 é que se cria um sistema de previdência pelo Estado - sustentado na tribuna com muita clareza -, ou cria-se um modelo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - À margem do figurino constitucional federal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não sei se à margem ou não - afirma-se que é à margem -, mas cria-se um modelo de aposentadoria no artigo 79 para os servidores definidos no inciso I do § 1º. Esse é o primeiro tema que temos que discutir, lembrando bem que a contribuição do Estado para esse sistema é de 11% para o servidor. No entanto, consta do § 3º que o Estado contribui com 22%. Então, temos 33% de contribuição para a formação do fluxo e do fundo para pagamento de aposentadoria. O Ministro Eros Grau entendeu que esta matéria não poderia ser legislada pelo Estado, considerando as regras de competência.

Então, vamos, então seccionar isso. Discutiremos, primeiro, o artigo 79 para, depois, entrarmos nas especificidades eventuais do artigo 85, tanto é que o Ministro Eros Grau vê independência entre os dois, pois declara a inconstitucionalidade do artigo 79 e, parcialmente, só para a expressão “compulsoriamente” do artigo 85.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008).

Voto (sobre o artigo 79)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator relativamente ao art. 79. É evidente a violação do § 13 do art. 40.

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação em relação ao artigo 79; e do voto

do Relator, também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no caput do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, e mantidos pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Carlos Britto. Falaram, pelo recorrido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Marcelo Barroso Lima Britto de Campos, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, o Dr. Ricardo Magalhães Soares. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Voto-vista

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 79 e 85 da Lei Complementar nº 64/2002, alterados pela Lei nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais.

Em síntese, tais normas instituem: i) regime previdenciário estatal para “servidores não titulares de cargo efetivo e pensão a seus dependentes”; ii) a respectiva contribuição previdenciária de custeio; iii) plano de “assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes”; e iv) as respectivas fontes de custeio.

Alega o requerente que os preceitos violariam os arts. 40, § 13, e 149, § 1º, todos da Constituição Federal, por estenderem a previdência pública a “servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público”, e, ainda, por criarem contribuição para a saúde, sem competência constitucional.

Nas informações, o requerido defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, sob a alegação de que o art. 40, § 13, da Constituição da República, teria sido observado, uma vez que o regime previdenciário dos servidores “não titulares de cargo efetivo”, embora estatal, obedeceria às regras do regime geral da previdência social, sendo apenas organizado e gerido pelo Ipsemg. As contribuições para a saúde não constituiriam

tributo, o que as subtrairia ao alcance do cânone constitucional invocado pelo requerente.

Assim a Advocacia-Geral da União, como a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela procedência da ação, entendendo que a Lei Complementar nº 64/2002 versa matéria previdenciária e, como tal, deve obediência às normas gerais estabelecidas pela União, no exercício da competência concorrente (art. 24, XII, da CF), mediante a Lei nº 9.717/98. Este ordenamento geral restringiria o regime previdenciário do servidor público aos titulares de cargo efetivo. Em relação à contribuição destinada ao custeio de assistência médica, odontológica e serviços sociais, a inconstitucionalidade repousaria na falta de competência para instituir contribuição para a saúde (art. 149, § 1º, da CF).

Iniciado o julgamento, o Relator, Min. Eros Grau, julgou parcialmente procedente a ação, para “declarar a inconstitucionalidade do art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002, da expressão ‘definidos no art. 79’, no art. 85, *caput*, da mesma Lei Complementar, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem assim do vocábulo ‘compulsoriamente’, no § 4º do art. 85 da Lei Complementar nº 64/2000 e no § 5º no mesmo artigo 85, na redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003”. É que reputou ofendidos o art. 40, § 13, da Constituição, e o art. 1º, V, da Lei 9.717/1998, que “não deixam dúvidas quanto a quem pode estar filiado aos regimes próprios de previdência: exclusivamente os servidores públicos titulares de cargos efetivos”. E, que o art. 149, § 1º, da Constituição, não teria outorgado competência aos Estados para instituírem contribuição predeterminada à saúde, donde sua inexigibilidade dos beneficiários.

Iniciados os debates, foi o julgamento seccionado para que, em primeiro lugar, se aferisse a validade constitucional do art. 79 e, depois, a do art. 85.

Quanto ao art 79, o Min. Joaquim Barbosa acompanhou o Relator. Em seguida, pedi vista.

2. O art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002 prescreve que “O Estado, por meio de seus poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas autarquias e fundações, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, *poderá assegurar aposentadoria a seus servidores não titulares de cargo efetivo e pensão a seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, conforme o disposto no § 13 do art. 40 da Constituição da República e, no que couber, as normas previstas nesta lei complementar*” (grifei).

Observo desde logo que o texto encerra norma de competência, que autoriza, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a instituição de aposentadoria e pensão para servidores não titulares de cargo efetivo. Não consta extensão direta do “regime próprio de previdência

e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais” (art. 1º e seguintes) aos servidores não titulares de cargo efetivo, senão estabelecimento de critérios para instituição de benefícios previdenciários àqueles servidores: (i) contribuição de 11% (onze por cento pelo beneficiado e (ii) de 22% (vinte e dois por cento) pelo Estado.

Pode o Estado de Minas Gerais criar e gerir, nesses moldes, o plano de previdência daqueles servidores?

Pelo regime próprio dos “servidores titulares de cargos efetivos”, não pode, ante a restrição contida no *caput* do art. 40 da Constituição da República e a vedação expressa de seu § 13:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

A extensão insulta, ainda, o art. 1º, V, da Lei Federal nº 9.717, de 17 de novembro de 1998, a qual, dispondo “sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências”, reveste o dispositivo do caráter de norma geral na matéria previdenciária, de observância obrigatória pelos Estados ex vi do art. 24, XII, da Constituição Federal, conforme observado pelo Min. Eros Grau.

Resta saber se poderia o Estado fazê-lo sob forma de previdência complementar, nos termos do art. 202, sobretudo seus §§ 3º e 4º, da Constituição da República, que prescrevem:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

[...]

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras

de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

Para regulamentar o regime de previdência privada complementar, objeto do *caput*, foram editadas as Leis Complementares nº 109/2001 e nº 108/2001, esta, para disciplinar a relação das entidades com o Estado [“Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar”].

Perante a cláusula constitucional e as normas complementares, identifica, porque pertinentes ao caso, as seguintes características do regime: i) complementariedade (ao regime público ou privado) (art. 202, *caput*, da CF); ii) autonomia em relação ao RGPS (art. 202, *caput*, da CF); iii) facultatividade (art. 202, *caput*, da CF); iv) oferta a todos os “empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores” (art. 16 da LC nº 109/2001); v) participação do Estado como entidade patrocinadora (art. 202, §§ 3º a 6º, da CF); vi) contribuição máxima, pelo Estado, em valor equivalente à do beneficiário (art. 202, §3º, da CF).

Neste quadro, se ajustada à previsão constitucional e aos contornos desenhados pelas normas complementares, pode o Estado-membro instituir entidade fechada de previdência privada e, como entidade patrocinadora, participar do plano de previdência de seus servidores.

Não vislumbro, porém, no texto do art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002, requisitos necessários para identificar o subsistema previdenciário ao modelo previsto no art. 202 da Constituição da República, seja por falta de complementariedade, autonomia e facultatividade, seja pela estatuição de cobertura exclusiva dos servidores não titulares de cargo efetivo, seja, ainda, pela contribuição do Estado em percentual superior (22%) ao dos servidores (11%).

São, pois, inconstitucionais o art. 79, *caput* e seus §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, por incompatibilidade manifesta com os arts. 40, §13, c/c 24, XII, e art. 202 da Constituição da República.

3. Quanto ao art. 85, também acompanho a conclusão do eminente Min. Eros Grau, porque nada impede a prestação, por entidade ligada ao Estado (Ipssemg), de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos servidores e dependentes (art. 85, *caput*), mediante contraprestação mensal (art. 85, §§1º e 2º). O que veda a constituição é a compulsoriedade de tais contribuições

instituídas pelo Estado, sem dispor, na matéria, de competência legislativa (art. 149, §1º, da CF), como também salientou o Relator.

A ablação da natureza compulsória da contribuição não implica gratuidade do benefício, nem tampouco seu custeio integral pelo Estado, que participa com metade (50%) do valor da contribuição dos servidores (art. 85, §3º, da Lei Complementar).

O benefício torna-se facultativo, mantidas a alíquota, a base de cálculo e, em particular, a prova do recolhimento da contribuição para gozo dos serviços, segundo o estatuído no § 6º do art. 85, *verbis*:

§ 6º - A assistência a que se refere o *caput* será prestada pelo Ipssemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipssemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

A pronúncia de inconstitucionalidade do art. 79, que cuida de benefício previdenciário aos servidores não titulares de cargo efetivo e define esta categoria de pessoal, não lhes prejudica a previsão de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar.

Em primeiro lugar, porque nada obsta a prestação de serviços de assistência à saúde mediante contraprestação de todos os servidores e, depois, porque a inconstitucionalidade do art. 79 em nada interfere com o teor do *caput* do art. 85. A menção ao art. 79, feita pelo *caput* do art. 85, recupera a dimensão pessoal da norma, enquanto define a classe dos servidores não titulares de cargo efetivo. A inconstitucionalidade do art. 79 está na extensão do regime previdenciário estatal, próprio aos servidores não titulares de cargo efetivo, e não, na definição dessa modalidade de funcionários.

Nestes termos, acompanho o Relator também quanto à inconstitucionalidade da expressão “compulsoriamente”, contida no § 4º do art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, mantida a menção ao art. 79 apenas quanto à definição dos servidores não titulares de cargo efetivo.

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação em relação ao artigo 79; e do voto do Relator, também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no *caput* do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, e mantidos pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificada-

mente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Carlos Brito. Falaram, pelo recorrido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Marcelo Barroso Lima Britto de Campos, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, o Dr. Ricardo Magalhães Soares. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o voto do Relator e do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de julgar procedente a ação, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.06.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Debate

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, só uma questão de ordem.

Na seqüência da pauta vem a ADIN nº 3.106, que trata do mesmo dispositivo, eu acho, e, se terminar o julgamento na esteira do voto do Relator, talvez não teria um prejuízo desse recurso? Porque é o mesmo dispositivo, eu acho.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - O mesmo dispositivo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim. E na ação direta teria efeitos *erga omnes*. Este caso, inclusive, trata exatamente da Lei Complementar nº 64, que começou a ser julgada quanto aos artigos 79 e 85.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Este é da relatoria do Ministro Eros?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Eros Grau, que estava com vista para mim, e que é uma matéria que o Supremo já sedimentou.

Eu digo isso, Senhor Presidente, apenas para a consideração de Vossa Excelência, porque, esta ADIN, se

nós julgarmos inconstitucional, teria esse efeito, e, mesmo que nós julgássemos na seqüência, porque foi reconhecida a repercussão geral, não seria nem necessário talvez a sustentação oral, o que nos daria tempo, e porque posso dar até notícia de que já há uma súmula da Advocacia-Geral do Estado, em que eles inclusive proibiram de recorrer nesses casos. Esse é um recurso anterior.

Então, estou apenas ponderando com Vossa Excelência se não seria o caso de mudar a pauta.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Senhor Presidente, eu tenho uma ponderação sobre a ponderação.

É que eu recebi uma petição do Estado de Minas Gerais informando que o preceito foi revogado; o artigo 79 da Lei Complementar Estadual foi revogado por uma lei posterior, de modo que a mim me parece, à primeira vista, que a ação teria perdido o objeto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, não sei se Vossa Excelência se lembra, Ministro Eros, que, quando isto foi trazido no julgamento no primeiro semestre, nós interrompemos, porque era um final de sessão, porque o Ministro Cezar Peluso, pelo menos pelas anotações do meu caderno, tinha ponderado que não, revogado, mas como tinha produzido efeitos durante todo esse tempo, nós teríamos que - para prosseguir ou não - afinal, votar aquela questão pendente, se revogada a lei, depois de ter produzido efeitos e, quando já na pendência do julgamento, se nós prosseguiríamos; porque, neste caso, se prosseguíssemos, é que eu daria meu voto vista.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Tenho a impressão de que o entendimento ainda hoje pacífico no Tribunal é no sentido de que, sobrevivendo a revogação da lei em sede de controle abstrato, declara-se a prejudicialidade da ação direta.

Eu até tenho posição contrária em relação a isso, mas acho que esta matéria pende ainda de discussão e é, também, num caso peculiar, como chamava à atenção recentemente o Ministro Celso de Mello, naquele caso do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Neste caso, a ADI chegou a ser chamada, meu voto vista, e o Ministro Cezar Peluso disse:

- Cinco horas, já está muito tarde, vamos deixar. Por isso foi suspenso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A revogação alterou substancialmente a matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A revogação mesmo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, se revogou, pura e simplesmente, a matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É isso que o Ministro Eros Grau está informando.

Então, neste caso, subsistiria o interesse em julgar o recurso extraordinário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É claro, se formos continuar, sim, prevaleceria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Assim, como entraríamos no debate, temos processos suspensos, processos que repercutem sobre a situação de servidores; portanto, processos que precisam ser encerrados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, que se não é para ser julgada a ação direta...

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Se Vossa Excelência me permitir? Só para esclarecer: são dois preceitos que se discutem lá na ADI. Um deles foi revogado. E com relação a esse artigo 79 está extinta a ADI.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - As do artigo 85 também são objeto da ação.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - A do artigo 85 também é objeto da ação?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É exatamente o objeto, que é a questão do custeio para...

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - O artigo 85 subsiste?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E é este o objeto do recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Que é o que está sendo discutido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ao § 4º do artigo 85.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então, neste caso, vamos, eventualmente, reconhecer a prejudicialidade quanto ao artigo 79 e prosseguir, então, o julgamento em relação ao artigo 85.

Então, Vossa Excelência teria a palavra. Tem voto vista, é isso?

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§3º do artigo 96 do RISTF, com a

redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

Debate

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Quando pedi vista, Senhor Presidente, foi até muito mais para explicar as razões de como foi feita essa lei, que era na pendência de uma decisão judicial que a determinava, mas vou apenas juntar o voto porque, na esteira de outros julgados deste Tribunal, acompanho, integralmente, o voto do Ministro-Relator, Ministro Eros Grau, no sentido, portanto, que era o de julgar parcialmente procedente. Não é isso?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Da obrigatoriedade da cobrança.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estamos julgando que processo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Deixem-me acertar isso, então.

Estamos falando, agora, da Ação Direta 3.106, portanto, em relação ao artigo 85 da Lei Complementar nº 64 do Estado de Minas Gerais.

Tivemos a seguinte situação:

Julgam procedente a ação direta: o Ministro Eros Grau, Relator; o Ministro Joaquim Barbosa; o Ministro Cezar Peluso. Pediu vista a Ministra Cármen Lúcia.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - E quanto ao artigo 79?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Continua como norma jurídica fazendo parte do ordenamento jurídico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até o artigo 79 vamos manter o entendimento de que, revogada a lei, não se prossegue quanto a ele.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Está prejudicada, portanto, a ação direta em relação ao artigo 79.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Foi o artigo 79 revogado, não é isso? E qual prosseguiu no ordenamento jurídico?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O artigo 85. Quanto a esse, o Ministro Eros Grau tinha julgado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - No que concerne ao artigo 85, *caput*, tanto no seu texto original, quanto na redação que lhe foi conferida, é procedente. E também no que tange ao vocábulo “compulsoriamente”, no § 4º e no § 5º, desse artigo 85.

Perdoem-me, é só para esclarecer exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Portanto, está procedente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Julgando procedente, e eu estou acompanhando exatamente para não considerar válida a cobrança obrigatória daquela contribuição do servidor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A tese básica, portanto, é de que é possível ter até um sistema de cobrança para contribuição de saúde desde que haja acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A facultatividade oferece o serviço.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - A facultatividade permanece. O que chegou ao meu conhecimento é que o modelo se tornou compulsório.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Era compulsório.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Era compulsório. Agora é facultativo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente, estou acompanhando o Ministro Eros Grau e estou juntando voto, Senhor Presidente.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

Voto-vista

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - 1. Nesta ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em 4.1.2004, contra os arts. 79 e 85 da Lei Complementar mineira n. 64, de 25 de março de 2002, alterada pela Lei Complementar mineira n. 70, de 30 de julho de 2003, o eminente Relator, Ministro Eros Grau, votou, acompanhado do Ministro Joaquim Barbosa, no

sentido de julgar procedente a ação em relação ao art. 79, da Lei questionada, e também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no *caput* do art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002, mantidos pela Lei Complementar n. 70/2003, em sessão de 17.3.2005. O processo teve retomado o seu julgamento em 22.06.2006, votando o Ministro Cezar Peluso, autor do pedido de vista, acompanhando o Relator.

Pedi vista, naquela sessão, para melhor exame da matéria, fazendo-o nos termos que se seguem.

2. Para lembrar os termos do dispositivo impugnado, releio-o:

Lei Complementar mineira n. 64/2002

Art. 79 - O Estado, por meio de seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas autarquias e fundações, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, *poderá assegurar aposentadoria a seus servidores não titulares de cargo efetivo e pensão aos seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, conforme o disposto no § 13 do art. 40 da Constituição da República e, no que couber, as normas previstas nesta lei complementar (Grifo nosso).*

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se servidor não titular de cargo efetivo:

I - o detentor exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

II - o servidor a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990, não alcançado pelo disposto na Emenda à Constituição do Estado nº 49, de 13 de junho de 2001;

III - o servidor designado para o exercício da função pública, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990;

IV - o agente político.

§ 2º - O servidor a que se refere o *caput* deste artigo, na hipótese de *lhe ser assegurada aposentadoria e pensão, contribuirá para o custeio de sua previdência com uma alíquota de 11% (onze por cento), incidente sobre sua remuneração de contribuição, respeitado o limite fixado pelo RGPS e observado, no que couber, o disposto no art. 26. (Grifo nosso).*

§ 3º - A *alíquota de contribuição do Estado para aposentadoria e demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, do servidor de que trata o caput será de 22% (vinte e dois por cento) incidentes sobre a remuneração de contribuição. (Grifo nosso).*

(...)

Art. 85 - O *Ipsemg* prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 30 e servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, *extensiva aos seus dependentes (Grifo nosso).*

§ 1º - O benefício a que se refere o *caput* deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual (Grifo nosso).

§ 2º - A contribuição referida no § 1º será de 1,6% (um vír-

gula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos, no valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 3º - O Tesouro do Estado contribuirá com valor correspondente a 50% (cinquenta por cento daquele referido no §1º deste artigo.

§ 4º - A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao Ipsemg até o último dia previsto para pagamento da folha dos servidores públicos do Estado.

§ 5º - Os que perderem a condição de dependente do segurado, bem como os pais deste, poderão continuar com o direito à assistência referida no *caput*, mediante o pagamento, por ex-dependente, da contribuição de 2,8% (dois vírgula oito por cento) da remuneração de contribuição do servidor ativo ou dos proventos do inativo ou da pensão que recebiam, observada a carência de seis meses para atendimento ambulatorial e odontológico e para exames de laboratório, e de doze meses para parto ou internação hospitalar.

§ 6º - A assistência a que se refere o *caput* será prestada pelo Ipsemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipsemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 3º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta Lei Complementar.

§ 8º - Fica o Ipsemg autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com municípios e entidades públicas estaduais e municipais, observadas as condições e o pagamento da contribuição previstos neste artigo, nos termos do regulamento.

Lei Complementar mineira n. 70/2003

Art. 1º - A Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)

Art. 85 - O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.

§ 1º - O benefício a que se refere o *caput* deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual, não podendo ser inferior a R\$30,00 (trinta reais), que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual (Grifo nosso).

§ 2º - O piso mínimo de contribuição estabelecido no § 1º não se aplica ao servidor que tenha renda bruta mensal igual ou inferior ao montante estabelecido no art. 13 da Emenda à Constituição da República nº 20, de 15 de dezembro de 1998, aplicando-se nesse caso a alíquota de 3,2% (três vírgula dois por cento).

§ 3º - A contribuição referida no § 1º será acrescida de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos sobre o valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 4º - O Tesouro do Estado contribuirá com a alíquota de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 5º - A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao Ipsemg até o último dia previsto para pagamento da folha de servidores públicos do Estado (Grifo nosso).

§ 6º - A assistência a que se refere o *caput* deste artigo será prestada pelo Ipsemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipsemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 4º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta Lei Complementar.

§ 8º - Fica o Ipsemg autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com instituições públicas estaduais.

§ 9º - A prestação da assistência a que se refere o *caput* deste artigo fica limitada aos segurados mencionados nos arts. 3º e 79, bem como aos incluídos na forma do § 8º deste artigo, ficando facultado ao Ipsemg celebrar convênios de assistência à saúde com os municípios, mediante contribuição a ser calculada atuarialmente, garantia de adimplência e outras condições definidas em regulamento.

§ 10 - O disposto no § 3º deste artigo não se aplica ao servidor, ao inativo e ao pensionista cuja vinculação ao serviço público estadual tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001.

§ 11 - Os que perderam a condição de dependente dos segurados, bem como os pais destes, poderão continuar com o direito à assistência referida no *caput* deste artigo, mediante opção formal, desde que já tenha ocorrido o pagamento da contribuição relativa à alíquota de 2,8% (dois vírgula oito por cento), observado o limite mínimo de contribuição de R\$78,00 (setenta e oito reais) por beneficiário, que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.

3. Alega o Autor que as normas impugnadas afrontariam o §13 do artigo 40; e o §10 do artigo 149, da Constituição da República, na medida em que “*não é possível a manutenção de regime de previdência para os servidores não efetivos, devendo estes ser (sic) filiados ao INSS*” [Instituto Nacional do Seguro Social] (fl. 08) e que “*o legislador estadual editou norma instituidora de contribuição destinada ao custeio da saúde*” (fl. 09), em descumprimento ao mandamento constitucional.

4. Em suas informações, a Assembléia Legislativa de Minas Gerais requereu a improcedência da ação.

Em relação ao art. 79 da Lei Complementar 64/2002, sustentou aquele digno órgão que “*o §13 do art. 40, longe de estabelecer compulsoriamente a vinculação dos servidores públicos estaduais que menciona ao regime geral mantido pela União, tão apenas determina que se lhes aplique o RGPS e não - repita-se - que sejam filiados compulsórios da autarquia federal INSS*” (fl. 67) e que “*admitir-se que aos Estados-membros seria vedado o estabelecimento de regime próprio nos moldes do RGPS [Regime Geral de Previdência Social] para servidores não efetivos importaria em desconhecer ou menoscabar o princípio federal que reconhece ao Estado-membro o poder de ordenar nas leis próprias,*

auto organizando-se nos campos tributário, financeiro, administrativo e previdenciário” (fl. 68).

Quanto ao art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 alterado pela Lei Complementar mineira n. 70/2003, argumentou que “as palavras empregadas na Constituição devem ser tomadas por seu sentido geral e comum, não há porque admitir que a falta de menção expressa à saúde retire da especial proteção neste campo deferida pelo Estado a seu servidor o caráter contributivo que, como visto, apresenta-se como natureza peculiar do sistema de seguridade do servidor público, em visão do todo lógico que se extrai das normas constitucionais sobre a matéria” (fl. 74).

5. O Governador do Estado de Minas Gerais manifestou-se também pela improcedência da ação, asseverando, quanto ao art. 79 da Lei Complementar n. 64/2002 que a “tese que melhor interpreta o §13, do art. 40, da CF/88 e que privilegia o princípio da interpretação conforme a Constituição (sic) é a ora defendida, pela qual compete exclusivamente ao Ente Federado ao qual se vincula o servidor não titular de cargo efetivo, a decisão de filiá-lo no INSS ou mantê-lo no regime próprio, desde que, em qualquer dos casos, a ela se apliquem as regras do RGPS. A teoria é a mais sustentável porque interpreta o dispositivo em comento, à luz das demais normas constitucionais, especialmente, os artigos 10 e 18; inciso III, do art. 19; inciso XII e §1º, do art. 24; artigo 25; artigos 40 e 149, §1º; inciso I dos artigos 150 e 154; e, finalmente nos §§1º e 4º, do art. 195; todos da CF/88 (...)” (fls. 179).

Contestou aquela autoridade os argumentos apresentados pelo Autor em relação ao artigo 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 alterado pela Lei Complementar mineira n. 70/2003 nos seguintes termos: “Se por hipótese inconstitucionalidade houver, ela deve incidir precisamente sobre a palavra “compulsoriamente” inserida no § 5º, do art. 85 (...), pois uma vez facultativa a contribuição não se constitui tributo, em consequência, não se pode impedir que o Estado e seus servidores mantenham sistema de saúde” (fl. 190).

6. O sindicato dos Servidores da Justiça do Estado de Minas Gerais - Serjusmig, admitido como *amicus curiae*, argumentou estar o art. 79 em plena conformidade com a Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais n. 49, de 13 de junho de 2001, pelo qual foram acrescentados os arts. 105 e 106 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Mineira, a saber:

Art. 105 - Ao detentor de função pública da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas admitido por prazo indeterminado até 1º de agosto de 1990 são assegurados os direitos, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício de cargo efetivo, excluída a estabilidade, salvo aquela adquirida nos termos do art. 41 da Constituição da República e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição.

Art. 106 - Passam a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual, em cargo correspondente à função pública de que sejam detentores, os seguintes servidores admitidos por prazo indeterminado:

I - o detentor de função pública admitido até a data da promulgação da Constituição da República de 1988;

II - o detentor de função pública admitido no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e 1º de agosto de 1990, data da instituição do regime jurídico único no Estado.

Art. 107 - O disposto nos arts. 105 e 106 aplica-se ao servidor readmitido no serviço público por força do art. 40 da Lei n.º 10.961, de 14 de dezembro de 1992.

Quanto ao art. 85, apontou que a “contribuição para custeio da saúde devida ao Ipsemg [é] uma espécie tributária, todos aqueles que incorrem em sua hipótese de incidência prevista na Lei Complementar 64/02, qual seja, ser servidor público efetivo ou não do Estado de Minas Gerais, deverão a ela se submeterem” (fl. 262). Ao final, pleiteou a improcedência da ação.

7. Em 14 de abril de 2004, o Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais - Sindalemg, requereu sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, bem como declaração de inconstitucionalidade dos §§1º, 2º, 3º e 5º do art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 alterada pela Lei Complementar mineira n. 70/2003.

8. Em 15 de março de 2005, o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg argumentou que “a declaração de inconstitucionalidade [do art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 alterada pela Lei Complementar mineira n. 70/2003] importará considerável perda de receita para o Ipsemg e na inviabilização da sua atividade finalística de prestação de assistência à saúde para centenas de milhares de servidores”. Requereu, ainda, sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae* para fins de sustentação oral, o que foi também deferido em 17 de março de 2005 pelo Ministro Eros Grau (fl. 532).

9. Ao se estabelecer, no art. 79 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 que “o Estado, (...) poderá assegurar aposentadoria a seus servidores não titulares de cargo efetivo e pensão aos seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS”, entendeu o Autor ter havido inobservância da norma prevista no §13 do art. 40 da Constituição da República, que assim dispõe: “§13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social”.

Sobre a questão, qual seja, a possibilidade de o Estado-membro incluir, em seu Regime Próprio de Previdência Social, servidores não titulares de cargo efetivo, assim qualificados conforme os incisos I a IV do §1º da aludida norma estadual, três correntes interpretativas buscam se firmar.

A primeira delas, apresentada pelo Autor, defende a inconstitucionalidade da norma do art. 79, ora apreciada, sob o argumento de que o servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, vinculado a qualquer das entidades federadas, estaria sujeito, exclusivamente, ao regime geral de previdência social, razão pela qual deveria se submeter àquele regime geral de previdência social e filiar-se, obrigatoriamente, ao INSS. Para essa corrente a expressão “*aplica-se o regime geral de previdência social*” significa, literalmente, filiação obrigatória ao INSS. E assim o é com vistas a evitar freqüentes mudanças no vínculo previdenciário de tais servidores, daí deverem ficar filiados a um regime previdenciário geral e que seria o único a submetê-lo.

A segunda delas, mais radical, entende que a referida norma, alterada pela Emenda Constitucional n. 20/98, seria inconstitucional, por afronta ao princípio federativo, na medida em que haveria, segundo os seus adeptos, uma ingerência indevida do INSS, autarquia federal, na autonomia dos Estados-membros e Municípios a contrariar o inciso I, §4º do art. 60 da Constituição da República.

A terceira, esposada no Mandado de Segurança Preventivo autos n. 199.38.00.017818-2, que tramitou na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, e que foi impetrado pelo Estado de Minas Gerais exatamente para preservar a sua condição autonômica e para poder manter aqueles servidores submetidos ao regime previdenciário dos servidores públicos, assevera que a norma do art. 40 da Constituição da República “*não proíbe que os entes federados mantenham regime próprio de previdência, estendido aos demais servidores, não ocupantes de cargo efetivo, desde que respeitados os limites, direitos e benefícios, disciplinados pelo Regime Geral de Previdência Social. O § 13 do art. 40 CF/88 manda que se lhes aplique o Regime Geral de Previdência Social e não que se filiem obrigatoriamente ao INSS*”.

10. O que se haveria de afirmar, portanto, tal como defendido naquele Mandado de Segurança, seria a competência do Estado-membro, ao qual se vincula o servidor não titular de cargo efetivo, para tomar a decisão de filiá-lo no INSS ou mantê-lo no regime próprio, desde que, em qualquer dos casos, a ele fossem aplicadas as regras do RGPS.

Essa foi a tese mais aproveitada pelo legislador complementar mineiro, pois, para ele, a interpretação do dispositivo conjuga-se com as outras normas constitucionais que tangenciam, direta ou indiretamente, a matéria aqui cuidada, em especial, os arts. 1º, 18, 24, inciso XII e §1º, 25, 30, 40, 149, parágrafo único, e 195, §1º, da Constituição da República.

O nobre Ministro Relator esposou, em seu voto, entendimento perfilhado pela primeira corrente, diante

do que julgou inconstitucional a norma do art. 79 da Lei Complementar mineira n. 64/2002. Destacou que a Lei nacional n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, determina, no inciso V do art. 1º, que :

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios. (...)

V - *cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios.*

12. Por essa razão, entendeu-se até aqui no julgamento, o legislador estadual, em observância aos limites fixados pelo art. 24, inciso XII, da Constituição da República, *não deveria ter incluído no regime próprio de previdência social dos servidores públicos de Minas Gerais aqueles que ocupam cargo em comissão, ou seja, servidores públicos não efetivos.*

13. A considerar que a Lei nacional n. 9.717, de 17 de novembro de 1998, regulou a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, e a parte que diz respeito diretamente ao feito (art. 1º, inciso V) foi recepcionada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, reitero que a Lei Complementar mineira n. 64/2002 há de se conformar aos desígnios desses diplomas legais.

Mas não há comprovação de que o não tenha feito, como afirmado pelo eminente Ministro Relator.

Aliás, seja realçado que o art. 79, ora submetido à apreciação deste Tribunal Supremo, foi elaborado sob o pálio das decisões judiciais que tinham garantido o direito ao Estado de Minas Gerais manter aqueles servidores filiados ao regime geral da previdência, porém com filiação ao Ipsemg.

No momento da elaboração da Lei Complementar mineira n. 64/2002, prevalecia a decisão judicial exarada no Mandado de Segurança n. 2000.02.034274-6, impetrado perante a Justiça Federal de Minas Gerais.

14. É certo que este Tribunal já firmou seu posicionamento sobre a matéria, como se contém no acórdão proferido pelo Tribunal Pleno em 27 de outubro de 1999, Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

Ementa: (...) II. *Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a*

abolir a 'forma federativa do Estado' (CF, art. 60, § 4º, I): *implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida*. 1. A 'forma federativa de Estado' - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos "inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parágrafo único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores"; análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta." (ADI 2.024 - MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 27.10.1999 - Tribunal Pleno) (Grifo nosso).

15. Mas não me parece que tenha sido considerado, na linha de defesa que o Estado de Minas Gerais adotou judicialmente na ação mandamental acima mencionada, que o que a Constituição da República proíbe é que os entes federados a) instituem para os seus servidores não ocupantes de cargo efetivo regime jurídico previdenciário diferenciado daquele que é o único a prevalecer para esses trabalhadores públicos; b) não impõe que esses servidores tenham de filiar-se, obrigatoriamente, a uma autarquia previdenciária de outra enti-

dade federada, como é a União. O INSS não há de deter a exclusividade da filiação dos servidores públicos de todos os entes federados, mas b.1) não pode essa autarquia adotar regime jurídico outro que aquele tido como "geral" e b.2) não podem os entes federados persistir mantendo regime jurídico previdenciário diverso daquele geral para os seus servidores não efetivos. Uma coisa é haver um regime jurídico único; outra é ter uma entidade autárquica única para acolher todos os trabalhadores, mesmo os administrativos dos entes autônomos federados. Por isso é que, a despeito da orientação deste Tribunal Supremo, a cuja jurisprudência me rendo, e diversamente do entendimento firmado no caso em apreço pelos eminentes Ministros que já votaram, voto no sentido de considerar inconstitucional a norma argüida, com fundamento diverso daquele adotado, ou seja, apenas porque atribuiu-se ao servidor não titular de cargo efetivo o mesmo regime jurídico do servidor titular de cargo efetivo.

Mas deve ser anotado que não há sequer referência constitucional à autarquia federal que quer a União impor como ente à qual todos os entes federados filiem os seus servidores não efetivos.

A obrigação constitucional é no sentido da observância do regime jurídico, não da filiação à autarquia federal!

A inconstitucionalidade do art. 70 da Lei Complementar mineira está, pois, na circunstância de se assegurar aos servidores não efetivos do Estado de Minas Gerais tratamento jurídico diferenciado daquele que se impõe aos trabalhadores em geral.

16. Com fundamento diferente, portanto, acompanhado, na parte dispositiva, o voto exarado pelo eminente ministro Relator, no sentido da procedência da ação relativamente ao art. 70, da Lei Complementar n. 64/2002, alterado pela Lei Complementar n.70/2003.

17. Quanto ao art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64, alterado pela Lei Complementar mineira n. 70/2003, deve ser ressaltado, inicialmente, que, a despeito de o §1º do art. 149 da Constituição da República ter sido taxativo ao estabelecer que "os Estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União", o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, criado pela Lei estadual n. 588, de 06.09.1912, com a denominação de "Caixa Beneficente dos Funcionários Públicos de Minas Gerais", após várias alterações, em seus quase 94 anos de existência, atende atualmente a centenas de milhares de segurados.

Dos quase quinhentos mil servidores públicos cadastrados no Ipsemg, estima-se a existência de dois

milhões de beneficiários em potencial da assistência saúde oferecida, sendo que seguramente cerca de um milhão de pessoas, dentre servidores públicos e seus dependentes, utilizam-se dos benefícios acima apontados.

O Ipsemg afigura-se como fonte fundamental de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados discriminados no art. 30 da Lei Complementar mineira n. 64/2002, assim como aos servidores não ocupantes de cargos efetivos e aos seus dependentes, em especial aqueles detentores de menor poder aquisitivo, que, por razões várias, não recebem, em outras condições de atendimento que seria consentâneo com o que é desejado e, mais ainda, posto constitucionalmente como sendo direito de todos, e que não têm condições financeiras suficientes para pagar um plano de saúde privado.

Com o que agora me afigura uma possível declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo por esta Casa, o Ipsemg, atualmente custeado por contribuição obrigatória dos segurados elencados no *caput* do art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002, alterado pela Lei Complementar n. 70/2003, terá certamente seus benefícios limitados pela redução drástica da arrecadação. É essa a consequência decorrente da possibilidade de não-filiação ao sistema de saúde de parte dos segurados.

É verdade que esta não é a única vocação daquele Instituto. Mas, frise-se, por oportuno e por inegável, que parte considerável da arrecadação advém da taxa de assistência fixada em dois por cento dos vencimentos, instituída pela Lei estadual mineira n. 1.587/57, regulamentada pelo Decreto estadual n. 5.281/57 e, posteriormente, alterada pelo Decreto estadual n. 15.205/73.

17. Sem perder de vista que o constituinte derivado excluiu expressamente, no art. 149, §1º, da Constituição da República, a possibilidade de os Estados-membros instituírem contribuição social compulsória para custeio da saúde, permitindo-a tão-somente em relação à previdência social, faz-se necessário acentuar que, na mesma direção, dispôs a norma geral do art. 5º da Lei n. 9.717/98 ao vedar a prerrogativa de os Estados-membros concederem “benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social”.

18. Está-se diante de competência concorrente disciplinada no art. 24, inciso XII, da Constituição da República, cujos limites são definidos pelo constituinte e não podem ser desconhecidos, menos ainda descumpridos pelo legislador estadual.

Da análise sistemática da Constituição da República extrai-se mandamento garantidor dos direitos fundamentais sociais elencados em seus arts. 6º e 7º.

Daí não se poder esquecer a importância de os Estados-membros, nos limites estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio, tomarem medidas aptas a suprir as crescentes demandas sociais, reconhecidas as dificul-

dades enfrentadas pelo Sistema Único de Saúde. A concepção hodierna da saúde não mais se limita a ausência de doença.

Os artigos 196 e 197 da Constituição da República são textuais ao determinarem que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em sua concepção positiva, apontada por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à saúde compreende o direito a medidas e prestações a serem oferecidas pelo Estado visando a prevenção de doenças e seu respectivo tratamento (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984).

Prestações, que nos dizeres de Ana Paula de Barcellos “fazem parte do mínimo existencial - sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro - [e] são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

19. Dado o caráter social da assistência até a presente data prestada pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg e que constitui, portanto, entidade que está prestando, rigorosamente, os serviços que a própria Constituição atribui ao Poder Público, e não apenas à União, tenho como inexistindo motivos jurídicos que impeçam, como bem ponderou o Ministro Relator, a manutenção de suas atividade, na passagem em que expõe: “não obstante, considerando os aspectos sociais da matéria e a conhecida longa tradição do Ipsemg no atendimento aos servidores públicos mineiros, em especial aos das categorias de base ... nada impede, segundo me parece, sejam por ela prestados, não de modo impositivo, mas facultativamente, os serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica indicados no artigo 85 da lei impugnada. O benefício, nessa hipótese, será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa, aos que se dispuserem a dele usufruir.”

20. Tem-se, pois, como válida a norma se dela se retirar a definição de que os benefícios serão custeados mediante o pagamento obrigatório, mas mantendo-se a norma que fixa a possibilidade de se acolherem as contribuições pelos segurados enumerados no art. 3º da Lei Complementar mineira n. 64/2002, além dos servidores ocupantes de cargo em comissão interessados na assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar oferecida pela aludida autarquia, e não mais compulsórias, como previsto nos § 5º do art. 85 da Lei Complementar mineira n. 64/2002 alterado pela Lei Complementar mineira n. 70/2003.

21. Também nesta parte acompanho o voto do eminente Ministro Relator, neste ponto fazendo-o também quanto aos fundamentos de seu pronunciamento.

É como voto.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008).

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Também, Senhor Presidente. Eu estou acompanhando tanto o Ministro Eros Grau quanto a Ministra Cármen Lúcia, ambos os votos são coincidentes no sentido da procedência da ação com relação à impossibilidade da cobrança compulsória desta contribuição relativa à saúde. Ela pode ser cobrada, sim, mas de modo facultativo.

Então, esse é o meu voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Também, nesses precisos termos, eu acompanho o eminente Relator agora secundado, nesta sessão, pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, há algum tempo teve início o julgamento. Não alcancei, pelos votos ouvidos nesta assentada, o domínio da matéria.

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação em relação ao artigo 79; e do voto do Relator, também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no *caput* do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, e mantidos pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Carlos Brito. Falaram, pelo recorrido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Marcelo Barroso Lima Britto de Campos, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, o Dr. Ricardo Magalhães Soares. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do

§1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o voto do Relator e do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de julgar procedente a ação, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.06.2006.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal julgou prejudicada a ação direta relativamente ao art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002, na redação conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. Em seguida, após os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, que acompanhavam o voto do Relator julgando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79”, contida no art. 85, *caput*, da Lei Complementar nº 64/2002, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem como do vocábulo “compulsoriamente”, inserido no § 4º do artigo 85 da LC nº 64/2002 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC nº 70/2003, pediu vista dos autos, em mesa, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, solicitei vista em mesa e, hoje, pela manhã, peguei o processo para preparar o voto, mas não havia os votos já proferidos pelos Colegas.

Peço a Vossa Excelência que transforme em vista regimental e prometo liberar, com preferência, o processo.

Plenário

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação em relação ao artigo 79; e do voto do Relator, também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no *caput* do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, e

mantidos pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Carlos Britto. Falaram, pelo requerido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Marcelo Barroso Lima Britto de Campos, Procurador do Estado, e, pelo *amicus curiae*, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, o Dr. Ricardo Magalhães Soares. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o voto do Relator e do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de julgar procedente a ação, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.06.2006.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal julgou prejudicada a ação direta relativamente ao art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002, na redação conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. Em seguida, após os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, que acompanhavam o voto do Relator julgando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79”, contida no art. 85, *caput*, da Lei Complementar nº 64/2002, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem como do vocábulo “compulsoriamente”, inserido no § 4º do artigo 85 da LC nº 64/2002 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC nº 70/2003, pediu vista dos autos, em mesa, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: Chamado o feito a julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio solicitou que a vista em mesa fosse convertida em vista regimental. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 26.08.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Voto-vista

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Duas são as matérias versadas nesta ação direta de inconstitucionalidade. A primeira diz respeito à previdência considerados servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão. Tem-se o conflito da norma, tal como consignado pelo Ministro Relator, com o disposto no § 3º do artigo 40 da Constituição Federal. Aos referidos servidores - quer da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios - aplica-se exclusivamente o regime geral de previdência social. Sobre o tema, presentes normas gerais, veio a União a editar a Lei nº 9.717/98, a estabelecer cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos.

A segunda está ligada à saúde. O Estado previu - no tocante a servidores que, conforme dispõe o § 3º do artigo 40 da Constituição Federal, estão submetidos ao regime geral de previdência social - uma contribuição visando à assistência no campo da saúde. Também aqui foi inobservada a Carta da República, mais precisamente o § 1º do artigo 149, a revelar que a instituição de contribuição pelos Estados, Distrito Federal e Municípios deve ter presente o regime previdenciário do artigo 40, não podendo alcançar, portanto, servidores ocupantes de cargo em comissão submetidos ao regime geral de previdência social. Daí a Lei Federal nº 9.717/98 haver vedado, mediante o preceito do artigo 5º, a concessão de benefícios distintos dos previstos no citado regime geral. Acompanho o Relator no voto proferido.

Plenário

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente a ação em relação ao artigo 79; e do voto do Relator, também julgando-a procedente quanto ao vocábulo “compulsoriamente” e à expressão “definidos no art. 79”, contidos, respectivamente, no § 4º e no *caput* do artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, e mantidos pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Carlos Brito. Falaram, pelo requerido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Marcelo Barroso Lima Britto de Campos, Procurador do Estado, e, pelo *amicus curiae*, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, o Dr. Ricardo Magalhães Soares. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o voto do Relator e do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de julgar procedente a ação, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.06.2006.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal julgou prejudicada a ação direta relativamente ao art. 79 da Lei Complementar nº 64/2002, na redação conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. Em seguida, após os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, que acompanhavam o voto do Relator julgando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79”, contida no art. 85, *caput*, da Lei Complementar nº 64/2002, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem como do vocábulo “compulsoriamente”, inserido no § 4º do artigo 85 da LC nº 64/2002 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC nº 70/2003, pediu vista dos autos, em mesa, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: Chamado o feito a julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio solicitou que a vista em mesa fosse convertida em vista regimental. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 26.08.2009.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “definidos no art. 79”, contida no artigo 85, *caput*, da Lei Complementar nº 64/2002, tanto em seu texto original quanto com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 70/2003, bem como do vocábulo “compulsoriamente”, inserido no § 4º do artigo 85 da LC 64/2002 e no § 5º do artigo 85 na redação dada pela LC 70/2003, ambas do Estado de Minas Gerais. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso, representando o Tribunal no 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Criminal, em Salvador/BA, e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Plenário, 14.04.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

P/ Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no DJe de 24.09.2010.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|------------------------|---------------------|------------------|-------------------------------------|------|
| 1.0000.08.480653-8/000 | ADIn | Juiz de Fora | Brandão Teixeira | 57 |
| 1.0000.09.497484-7/000 | A.Penal - Proc.Ord. | São João del-Rei | Antônio Carlos Cruvinel | 61 |
| 1.0000.09.507321-9/000 | A.Penal - Proc.Ord. | Belo Horizonte | Herculano Rodrigues | 66 |
| 1.0000.09.511185-2/000 | Reclamação | Belo Horizonte | José Antonino Baía Borges | 71 |

Jurisprudência Cível

| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|------------------------|--------------------|----------------|--|------|
| 1.0000.09.494023-6/000 | Ação Rescis. | Belo Horizonte | Hilda Teixeira da Costa | 234 |
| 1.0000.10.002397-7/000 | Agr.Instr.Cív. | Porteirinha | Almeida Melo | 73 |
| 1.0002.09.022690-9/001 | Agr.Instr.Cív. | Abaeté | Heloísa Combat | 77 |
| 1.0024.01.000671-6/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Nicolau Masselli | 118 |
| 1.0024.01.034712-8/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | José Affonso da Costa Côrtes | 132 |
| 1.0024.04.253777-9/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Francisco Kupidowski | 178 |
| 1.0024.05.748432-1/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Márcia De Paoli Balbino | 214 |
| 1.0024.06.058049-5/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Barros Levenhagen | 91 |
| 1.0024.07.426574-5/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Maurílio Gabriel | 189 |
| 1.0024.07.514576-3/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Eduardo Mariné da Cunha | 198 |
| 1.0024.07.542819-3/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Elpídio Donizetti | 202 |
| 1.0024.07.599666-0/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Fernando Caldeira Brant | 210 |
| 1.0024.07.690803-7/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Mauro Soares de Freitas | 116 |
| 1.0024.07.794995-6/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Albergaria Costa | 217 |
| 1.0024.07.803827-0/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Caetano Levi Lopes | 219 |
| 1.0024.08.060593-4/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Cabral da Silva | 93 |
| 1.0024.08.073417-1/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | José Antônio Braga | 140 |
| 1.0024.08.171118-6/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Brandão Teixeira | 168 |
| 1.0024.08.228611-3/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Gutemberg da Mota e Silva | 101 |
| 1.0024.08.233451-7/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Generoso Filho | 104 |
| 1.0024.08.239074-1/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Armando Freire | 174 |
| 1.0024.08.242720-4/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Manuel Saramago | 232 |
| 1.0024.08.251780-6/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Edivaldo George dos Santos | 107 |
| 1.0024.09.595088-7/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Elias Camilo | 209 |
| 1.0024.09.653575-2/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Wander Marotta | 114 |
| 1.0024.09.654978-7/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Edgard Penna Amorim | 261 |
| 1.0024.09.691860-2/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Batista de Abreu | 239 |
| 1.0024.09.732705-0/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Domingos Coelho | 213 |
| 1.0024.10.035051-1/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Silas Vieira | 133 |
| 1.0024.10.065862-4/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | José Marcos Vieira | 228 |
| 1.0024.98.014611-2/001 | Agr.Instr.Cív. | Belo Horizonte | Alvimar de Ávila | 124 |
| 1.0027.08.171807-7/001 | Ap.Cível | Betim | Roney Oliveira | 170 |
| 1.0035.04.038047-5/001 | Ap.Cível | Araguari | Nilo Lacerda | 80 |
| 1.0056.04.072624-4/002 | Ap.Cível | Barbacena | Pedro Bernardes | 95 |
| 1.0056.06.128046-9/001 | Ap.Cível | Barbacena | Mota e Silva | 159 |

| | | | | |
|------------------------|--------------------|---------------------|--|-----|
| 1.0058.01.003793-3/002 | Ap.Cível | Três Marias | Otávio Portes | 222 |
| 1.0079.04.172812-6/001 | Agr.Instr.Cív. | Contagem | Audebert Delage | 258 |
| 1.0079.05.182638-0/001 | Ap.Cível | Contagem | Antônio Bispo | 172 |
| 1.0079.07.323647-7/001 | Ap.Cível | Contagem | Alberto Vilas Boas | 187 |
| 1.0105.02.052994-4/001 | Ap.Cível | Gov.Valadares | Saldanha da Fonseca | 89 |
| 1.0105.07.241348-4/004 | Agr.Instr.Cív. | Gov.Valadares | Alberto Henrique | 176 |
| 1.0105.08.280829-3/001 | Ap.Cível | Gov.Valadares | André Leite Praça | 182 |
| 1.0105.09.297466-3/002 | Agr.Instr.Cív. | Gov.Valadares | Bitencourt Marcondes | 259 |
| 1.0114.09.117299-8/001 | Agr.Instr.Cív. | Ibirité | Afrânio Vilela | 157 |
| 1.0145.07.404382-2/002 | Agr.Instr.Cív. | Juiz de Fora | Duarte de Paula | 110 |
| 1.0145.08.439691-3/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Selma Marques | 112 |
| 1.0145.08.449440-3/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Luciano Pinto | 191 |
| 1.0145.08.464488-2/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Alberto Aluizio Pacheco de Andrade . . | 192 |
| 1.0145.08.466600-0/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Tibúrcio Marques | 195 |
| 1.0145.08.501523-1/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Sebastião Pereira de Souza | 251 |
| 1.0145.09.524652-9/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Antônio Sérvulo | 238 |
| 1.0145.09.557254-4/001 | Agr.Instr.Cív. | Juiz de Fora | Irmar Ferreira Campos | 206 |
| 1.0145.09.566091-9/001 | Agr.Instr.Cív. | Juiz de Fora | Arnaldo Maciel | 208 |
| 1.0183.08.143929-5/001 | Ap.Cível | Cons.Lafaiete | Pereira da Silva | 163 |
| 1.0216.03.018316-6/001 | Ap.Cível | Diamantina | Eduardo Andrade | 127 |
| 1.0295.04.008333-5/001 | Ap.Cível | Ibiá | Maurício Barros | 224 |
| 1.0313.07.221635-8/001 | Ap.Cível | Ipatinga | Marcelo Rodrigues | 248 |
| 1.0313.08.269530-2/001 | Ap.Cível | Ipatinga | Luiz Carlos Gomes da Mata | 180 |
| 1.0338.08.069315-7/001 | Ap.Cível | Itaúna | Wagner Wilson | 245 |
| 1.0362.04.043291-0/001 | Ap.Cível | João Monlevade | Rogério Medeiros | 244 |
| 1.0400.07.024168-4/001 | Ap.Cível | Mariana | Teresa Cristina da Cunha Peixoto . . | 254 |
| 1.0433.09.312641-8/001 | Agr.Instr.Cív. | Montes Claros | Belizário de Lacerda | 109 |
| 1.0433.10.317456-4/001 | Agr.Instr.Cív. | Montes Claros | Geraldo Augusto | 185 |
| 1.0439.07.074479-2/001 | Ap.Cível | Muriae | Maria Elza | 144 |
| 1.0446.07.008023-4/001 | Ap.Cível | Nepomuceno | Sandra Fonseca | 252 |
| 1.0471.08.095452-5/001 | Agr.Instr.Cív. | Pará de Minas | Evangelina Castilho Duarte | 230 |
| 1.0479.02.040304-0/001 | Ap.Cível | Passos | Guilherme Luciano Baeta Nunes . . | 135 |
| 1.0479.09.169551-6/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Passos | Nepomuceno Silva | 99 |
| 1.0480.06.090819-5/001 | Agr. de Instr. | Patos de Minas | Marcos Lincoln | 147 |
| 1.0480.07.099691-7/001 | Ap.Cível | Patos de Minas | Alvim Soares | 97 |
| 1.0514.09.047127-7/001 | Agr.Instr.Cív. | Pitanguí | Electra Benevides | 84 |
| 1.0525.03.038111-1/001 | Ap.Cível | Pouso Alegre | Fernando Botelho | 240 |
| 1.0525.07.110286-3/002 | Agr.Instr.Cív. | Pouso Alegre | José Flávio de Almeida | 98 |
| 1.0592.09.013195-0/001 | Ap.Cível | Sta.Rita de Caldas | Antônio de Pádua | 225 |
| 1.0596.09.052940-2/001 | Ap.Cível | Sta.Rita do Sapucaí | Tarcísio Martins Costa | 87 |
| 1.0604.09.014568-0/001 | Ap.Cível | Sto.Antº do Monte | Osmando Almeida | 74 |
| 1.0611.09.033767-0/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | São Francisco | Dídimo Inocência de Paula | 129 |
| 1.0625.09.087942-4/001 | Ap.Cível | São João del-Rei | Edilson Fernandes | 263 |
| 1.0625.09.092179-6/001 | Ap.Cível | São João del-Rei | Dárcio Lopardi Mendes | 154 |
| 1.0672.09.377366-7/002 | Agr.Instr.Cív. | Sete Lagoas | Valdez Leite Machado | 233 |
| 1.0687.09.071469-6/001 | Ap.Cível | Timóteo | Fábio Maia Viani | 139 |
| 1.0699.08.084867-3/001 | Ap.Cível | Ubá | Vieira de Brito | 257 |
| 1.0702.04.139722-6/001 | Ap.Cível | Uberlândia | Lucas Pereira | 161 |
| 1.0702.04.141044-1/001 | Agr.Instr.Cív. | Uberlândia | Ernane Fidélis | 231 |
| 1.0702.04.147039-5/001 | Ap.Cível | Uberlândia | Kildare Carvalho | 166 |
| 1.0702.10.006664-7/001 | Agr.Instr.Cív. | Uberlândia | Moreira Diniz | 121 |
| 1.0707.05.107175-1/001 | Ap.Cível | Varginha | Cláudia Maia | 155 |
| 1.0878.07.014543-7/001 | Ap.Cível | Camanducaia | Vanessa Verdolim Hudson Andrade . | 122 |
| 1.0878.07.014705-2/001 | Ap.Cível | Camanducaia | Tiago Pinto | 226 |

Jurisprudência Criminal

| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|------------------------|----------------|-------------------|--|------|
| 1.0000.09.505282-5/000 | Rev.Criminal | Uberaba | Adilson Lamounier | 308 |
| 1.0000.10.012470-0/000 | HC | Paracatu | Flávio Leite | 299 |
| 1.0000.10.016492-0/000 | HC | Iturama | Eduardo Brum | 270 |
| 1.0024.02.827498-3/001 | Ap.Criminal | Belo Horizonte | Doorgal Andrada | 291 |
| 1.0024.09.592270-4/001 | Ap.Criminal | Belo Horizonte | Pedro Vergara | 317 |
| 1.0040.09.089074-6/001 | Ap.Criminal | Araxá | Fernando Starling | 324 |
| 1.0079.03.071791-6/001 | Ap.Criminal | Contagem | Herbert Carneiro | 282 |
| 1.0123.02.001390-0/001 | Ap.Criminal | Capelinha | Júlio Cezar Guttierrez | 310 |
| 1.0145.03.108235-0/001 | Ap.Criminal | Juiz de Fora | Nelson Missias de Moraes | 288 |
| 1.0153.04.032833-5/001 | Ap.Criminal | Cataguases | José Antonino Baía Borges | 302 |
| 1.0183.04.070461-5/001 | Ap.Criminal | Cons.Lafaiete | Renato Martins Jacob | 279 |
| 1.0184.05.008543-2/001 | Ap.Criminal | Cons.Pena | Ediwal José de Moraes | 268 |
| 1.0223.08.262970-8/001 | Ap.Criminal | Divinópolis | Paulo César Dias | 304 |
| 1.0303.09.009568-6/001 | Ap.Criminal | Iguatama | Hélcio Valentim | 296 |
| 1.0324.04.025692-1/001 | Ap.Criminal | Itajubá | Beatriz Pinheiro Caires | 271 |
| 1.0335.05.000144-5/001 | Ap.Criminal | Itapecerica | Alberto Deodato Neto | 265 |
| 1.0338.08.079830-3/001 | Ap.Criminal | Itaúna | Eduardo Machado | 303 |
| 1.0382.07.076337-2/001 | Ap.Criminal | Lavras | Antônio Armando dos Anjos | 286 |
| 1.0396.06.027018-0/001 | Ap.Criminal | Mantena | Alexandre Victor de Carvalho | 300 |
| 1.0456.05.032372-8/001 | Ap.Criminal | Oliveira | Fortuna Grion | 274 |
| 1.0480.04.050078-1/001 | Ap.Criminal | Patos de Minas | Delmival de Almeida Campos | 278 |
| 1.0629.07.035142-0/001 | Ap.Criminal | S.João Nepomuceno | Jane Silva | 321 |
| 1.0672.07.274230-3/001 | Rec.Sent.Estr. | Sete Lagoas | Maria Celeste Porto | 307 |
| 1.0687.04.029567-1/001 | Ap.Criminal | Timóteo | Antônio Carlos Cruvinel | 273 |
| 1.0701.06.151820-8/001 | Ap.Criminal | Uberaba | Judimar Biber | 312 |

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

| Número | Espécie | Relator: Min. | Pág. |
|----------------|----------------------|-------------------------|------|
| 124.077 - MG | <i>Habeas Corpus</i> | Laurita Vaz | 330 |
| 1.133.943 - MG | Recurso Especial | Felix Fischer | 327 |
| 1.040.895 - MG | Recurso Especial | Luiz Fux | 333 |

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

| Número | Espécie | Relator: Min. | Pág. |
|-------------|--------------------------------------|------------------------|------|
| 3.106 - MG | Ação Direta de Inconstitucionalidade | Eros Grau | 345 |
| 97.977 - MG | <i>Habeas Corpus</i> | Dias Toffoli | 341 |

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Homicídio - Tentativa - Não ocorrência - *Iter criminis* - Cogitação - Execução do crime - Início – Ausência302

AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

Apelação - Exame de DNA - Resultado negativo - Vínculo biológico afastado - Prevalência do vínculo socioafetivo - Sentença mantida166

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antecipação de tutela - Cirurgia de “crioterapia” - lesão da retina - Urgência - Menor carente - Necessidade comprovada109

Antena de telefonia celular - Riscos à saúde da população - Laudos periciais - Não comprovação de malefícios - Ausência de prova em contrário - Instalação - Autorização dos órgãos competentes - Improcedência da ação .178

Crime contra o meio ambiente - Art. 225, § 3º, da Constituição Federal - Dano real e potencial - Obrigação de reparar e/ou indenizar - Art. 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81 - Regeneração natural da vegetação afetada - Dano recuperável - Averbação da reserva legal - Dever de indenizar - Inadmissibilidade254

AÇÃO DE COBRANÇA

Bolsa de estudos - Mera expectativa do estudante - Não concessão - Princípio da autonomia universitária - Art. 207 da CF - Mensalidades - Pagamento devido93

Exibição de documento - determinação - Cumprimento da decisão - Multa cominatória - Revogação - Possibilidade110

Intimação da sentença - Súmula - Publicação no órgão oficial - Informação incompleta - Prejuízo para a defesa - Invalidez - Prazo recursal - Restituição98

Seguro obrigatório - DPVAT - Registro de óbito - Prova suficiente do nexa causal - Indenização - Valor - Lei 6.194/74 - 40 salários mínimos vigentes à época do sinistro - Correção monetária - Termo inicial - Data do evento danoso - Recurso provido180

AÇÃO DECLARATÓRIA

Cargo comissionado - Nepotismo - Recomendação - Interesse de agir configurado154

Concurso público - Exame de saúde preliminar - Inaptidão - Mérito - Liminar - Descabimento - Voto vencido .121

Inexistência de débito e indenização por danos morais - Compra efetuada pela internet - Produto defeituoso - Negócio desfeito - Devolução da mercadoria - Cobrança - Cartão de crédito - Pedido de estorno - Não ocorrência - Erro do vendedor - Ressarcimento em dobro - Pagamento de danos morais - Cabimento191

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Arts. 79 e 85 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais - Impugnação da redação original e da redação conferida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de julho de 2003, aos preceitos - Ipsemg - Regime próprio de previdência e assistência social dos servidores do Estado de Minas Gerais - Benefícios previdenciários e aposentadoria assegurados a servidores não titulares de cargo efetivo - Alegação de violação do

disposto no 13 do art. 40 e no § 1º do art. 149 da Constituição do Brasil - Ação direta julgada parcialmente procedente (STF) 345

Lei municipal - Serviço de telefonia - Fixação de obrigatoriedade de atendimento aos usuários em tempo razoável - Proteção ao consumidor - Matéria de competência concorrente e de interesse local - Arts. 24 e 30 da Constituição Federal - Possibilidade - Norma que delega ao Poder Executivo o estabelecimento de sanções por infração à lei - Ofensa ao princípio constitucional da reserva legal - Ocorrência 57

AÇÃO MONITÓRIA

Título prescrito - Regularidade da propositura pelo portador - Indicação da *causa debendi* - Desnecessidade - Titular do direito constante na cártula - Ausência de demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor - Formação de título executivo - Cabimento 222

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Fundamento - Erro de fato - Prova pericial - Requerimento - Admissibilidade - Voto vencido 73

AÇÃO PENAL

Processo-crime de competência originária - Crime contra a honra de desembargador - Calúnia e injúria - Autor - Promotor de Justiça - Denúncia - Inépcia - Não cabimento - Lastro probatório - Presença - Ausência de justa causa - Não ocorrência - Plausibilidade das imputações - Calúnia - Imunidade judiciária - Não abrangência - Inviolabilidade de manifestações - Relação com o exercício funcional - Limites da lei - Direito de queixa - Renúncia tácita - Excludente de punibilidade - Art. 107, V, do Código Penal - Não ocorrência - Afastamento - Retratação - Pedido de desculpas genérico na sessão do Júri - Não aceitação pelo querelante - Transação penal - Lei nº 9.099/95 - Soma das penas - Limite de dois anos ultrapassado - Inviabilidade - Legitimidade do querelante - Recusa peremp-tória - Ação penal instaurada 66

Processo-crime de competência originária - Juiz de direito - Injúria circunstanciada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções e ameaça - Promotor de Justiça - Preliminares - Nulidade - Inexistência - Inquérito administrativo sob o crivo exclusivo do Ministério Público - Lastro no acervo amealhado perante a polícia militar e documentação preexistente - Transação penal - Denunciado a quem não se oportunizou conhecer a integralidade da documentação, limitando a aquilatação da proposta - Irrelevância - Ausência de norma impositiva - Preliminares rejeitadas - Inépcia verificada - Denúncia confeccionada sem observância das solenidades do art. 41 do Código de Processo Penal - Explanção lacônica e silente quanto a dados essenciais subjacentes aos fatos ditos criminosos - Óbice ao pleno exercício da defesa, contraditório e devido processo legal - Ofensas sentidas pelo denunciado - Magnitude do sentimento que não se pode mensurar - Conduta com feição de retorsão a provocação - Denúncia rejeitada 61

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

Usucapião especial - Requisitos legais - Atendimento - Ausência de prova 118

AÇÃO REIVINDICATÓRIA NO CURSO DE AÇÃO POSSESSÓRIA

Proibição - Art. 923 do Código de Processo Civil - Súmula 487 do STF - Não incidência - Inviabilidade de discussão do domínio - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do feito 225

AÇÃO RESCISÓRIA

Usucapião - Citação dos confinantes - Não observância - Necessidade - Art. 942 do CPC e Súmulas 263 e 391 do STF - Relação processual válida - Não configuração - Coisa julgada - Não ocorrência - Nulidade do processo de usucapião - Decretação 234

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO

Dívida - Depósito de valor pelo devedor - Manutenção da posse do veículo - Não cabimento - Mora - Não descaracterização 233

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Pagamento - Suspensão - Inobservância do devido processo legal - Posterior suprimento pela via administrativa - Percentual fixo para todas as funções - Previsão em lei municipal - Ilegalidade - Não ocorrência - Ausência de afronta ao texto constitucional - Sentença confirmada 129

ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

Corrupção passiva - Desclassificação do crime 265

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Execução/cumprimento de sentença - Município - Exclusão da lide - Pagamento do débito - Intimação - Impossibilidade 258

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Liminar - Requisitos cumulativos e simultâneos - Ausência - Indeferimento - Exame de aptidão física e mental - Art. 147, § 2º, da Lei nº 9.503/97 - Prazo de duração do processo de habilitação - Art. 2º, § 3º, da Resolução 168 do Contran - Decisão reformada 185

ALIENAÇÃO DE BENS DE MENORES

Alvará judicial - Princípio constitucional do melhor interesse da criança - Art. 1.691 do Código Civil - Demonstração inequívoca da necessidade ou evidente interesse - Não ocorrência 252

ALVARÁ JUDICIAL

Alienação de bens de menores - Princípio constitucional do melhor interesse da criança - Art. 1.691 do Código Civil - Demonstração inequívoca da necessidade ou evidente interesse - Não ocorrência 252

AMEAÇA

Ação penal - Processo-crime de competência originária - Juiz de direito - Injúria circunstanciada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções e ameaça - Promotor de Justiça - Preliminares - Nulidade - Inexistência - Inquérito administrativo sob o crivo exclusivo do Ministério Público - Lastro no acervo amealhado perante a Polícia Militar e documentação preexistente - Transação penal - Denunciado a quem não se oportunizou conhecer a integralidade da documentação, limitando a aquilatação da proposta - Irrelevância - Ausência de norma impositiva - Preliminares rejeitadas - Inépcia verificada - Denúncia confeccionada sem observância das solenidades do art. 41 do Código de Processo Penal - Explanação lacônica e silente quanto a dados essenciais subjacentes aos fatos ditos criminosos - Óbice ao pleno exercício da defesa, contraditório e devido processo legal - Ofensas sentidas pelo denunciado - Magnitude do sentimento que não se pode mensurar - Conduta com feição de retorsão a provocação - Denúncia rejeitada 61

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Ação civil pública - Cirurgia de "crioterapia" - lesão de retina - Urgência - Menor carente - Necessidade comprovada 109

ANTENA DE TELEFONIA CELULAR

Ação civil pública - Riscos à saúde da população - Laudos periciais - Não comprovação de malefícios - Ausência de prova em contrário - Instalação - Autorização dos órgãos competentes - Improcedência da ação 178

ANVISA

Mandado de segurança preventivo - Reexame necessário - Normas regulamentadoras - Proibição de captação e intermediação de receitas de medicamentos magistrais e oficinais - Lei 9.782/99 - Art. 7º, III - Poder de polícia sanitária - Sentença reformada e denegada a segurança 217

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Benefícios previdenciários - Perícia - Incapacidade laborativa parcial - Não concessão - Auxílio-doença - Art. 59 da Lei nº 8.213/91 - Inexistência de doença incapacitante - Benefícios negados 135

Servidor público - Férias-prêmio - Gozo - Não ocorrência - Conversão - Pagamento em pecúnia - Estatuto - Omissão - Direito adquirido - Possibilidade 257

ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Ato voluntário - Não ocorrência - Condenação - Furto qualificado - Coisa móvel equiparada à energia elétrica - Ligação clandestina de telefone 291

ARTIGO JURÍDICO

Algumas considerações sobre a *locatio-conductio* (locação-condução) - Soromenho Pires 35

Do fundamento constitucional para o não pagamento de multa tributária na falência segundo a Lei 11.101/05 - Simone Cristine Araújo Lopes 49

O controle constitucional *ex officio* - Fábio Torres de Sousa 23

O reconhecimento do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no direito civil - Leandro Soares Lomeu . . . 41

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Revogação na sentença - Preparo - Apelação cível - Recebimento - Necessidade 213

AUXÍLIO-DOENÇA

Benefícios previdenciários - Aposentadoria por invalidez - Perícia - Incapacidade laborativa parcial - Não concessão - Art. 59 da Lei nº 8.213/91 - Inexistência de doença incapacitante - Benefícios negados 135

B

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Aposentadoria por invalidez - Perícia - Incapacidade laborativa parcial - Não concessão - Auxílio-doença - Art. 59 da Lei nº 8.213/91 - Inexistência de doença incapacitante - Benefícios negados 135

BOLSA DE ESTUDOS

Ação de cobrança - Mera expectativa do estudante - Não concessão - Princípio da autonomia universitária - Art. 207 da CF - Mensalidades - Pagamento devido 93

BUSCA E APREENSÃO

Notificação extrajudicial - Emissão por serviço de registro de títulos e documentos de comarca diversa do domicílio do devedor - Comprovação da mora - Ato válido - Art. 9º da Lei 8.935/94 - Exceção à regra - Interpretação restritiva - Processo - Regular prosseguimento 248

BUSCA E APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Veículo - Expedição de ofício ao Detran - Lançamento de impedimento judicial - Desnecessidade - Credor fiduciário - Propriedade resolúvel - Apreensão por autoridade policial ou agentes de trânsito - Não cabimento - Mandado judicial - Cumprimento - Oficial de justiça 206

C

CARGO COMISSIONADO

Ação declaratória - Nepotismo - Recomendação - Interesse de agir configurado 154

CARTÃO DE CRÉDITO

Indenização - Contratos de consumo - Defeito relativo à prestação dos serviços - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Bloqueio - Atualização de cadastro pela titular - Não observância - Descumprimento de cláusula contratual - Dano moral - Ofensa a direitos da personalidade - Não ocorrência - Meros dissabores - Recurso não provido 198

CERCEAMENTO DE DEFESA

Registro civil - Prenome - Retificação - Produção de prova testemunhal - Necessidade - Não observância - Nulidade da sentença 209

CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Tributário - Cautelar mediante caução - Garantia do crédito tributário, sem suspensão de sua exigibilidade - Art. 206 do Código Tributário Nacional - Admissibilidade 261

COBRANÇA

Defensor dativo - Honorários - Certidões judiciais - Exigibilidade - Interesse de agir - Arbitramento de honorários - Obrigatoriedade 232

Seguro de vida em grupo - Sinistro - Ocorrência - Indenização - Percentual - Valor expresso na apólice - Prêmio - Pagamento - Seguradora - Continuidade de cobrança - Má-fé - Prova - Repetição do Indébito - Restituição em dobro - Danos morais - Não ocorrência 210

Taxa de condomínio - Prescrição - Art. 205 do Código Civil - Sentença cassada - Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC - Propriedade comprovada - Encargos devidos - Correção monetária - Juros de mora - Incidência 101

COMPETÊNCIA

Júri - Homicídio qualificado e ocultação de cadáver - Conexão - Corrê pronunciada apenas pelo crime conexo - Morte do corrêu - *Perpetuatio jurisdictionis* - Manutenção 307

COMPRA EFETUADA PELA INTERNET

Ação declaratória - Inexistência de débito e indenização por danos morais - Produto defeituoso - Negócio desfeito - Devolução da mercadoria - Cobrança - Cartão de crédito - Pedido de estorno - Não ocorrência - Erro do vendedor - Ressarcimento em dobro - Pagamento de danos morais - Cabimento 191

CONCURSO DE MAJORANTES

Roubo majorado (concurso de pessoas e emprego de arma) - Quadrilha armada - Art. 288, parágrafo único, do Código Penal - Condenação - Não cabimento - *Bis in idem* - Inadmissibilidade - Participação de menor importância - Não ocorrência - Divisão de tarefas - Teoria do domínio final do fato 304

CONCURSO PÚBLICO

Ação ordinária - Decreto 211/2003 - Cancelamento de termo de posse - Princípios da legalidade e da moralidade - Servidor aprovado - Abertura de processo administrativo - Devido processo legal - Art. 5º, LV e art. 37, ambos da CF/88 e Súmulas 20, 21 e 473 do STF - Observância - Reintegração indevida - Recurso provido 127

Exame de saúde preliminar - Inaptidão - Mérito - Liminar - Descabimento - Voto vencido 121

CONDOMÍNIO

Consignação em pagamento - Recusa sem justa causa - Renúncia à parte ideal - Frutos da coisa 112

Uso por apenas um dos condôminos - Pagamento de aluguel - Partilha dos frutos produzidos pela coisa comum - Arts. 1.319 e 1.326 do Código Civil - Bloqueio da cota-parte do devedor - Cabimento 230

CONEXÃO

Reintegração de posse e ação revisional - Juízes com a mesma competência territorial - Prevenção - Primeiro despacho com citação ordenada - Art. 106 do CPC 208

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Depósito insuficiente - Improcedência do pedido - Não cabimento - Inteligência do art. 899, § 2º, CPC - Extinção parcial da obrigação - Parte controversa da dívida - Seguimento do feito 155

Recusa sem justa causa - Renúncia à parte ideal - Frutos da coisa - Condomínio 112

CONSÓRCIO

Rescisão contratual - Consorciado desistente - Relação de consumo - Art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - Devolução das parcelas pagas após o encerramento do grupo - Cláusula abusiva - Princípio da obrigatoriedade dos contratos - Relatividade - Restituição imediata - Correção monetária - Incidência a partir do desembolso de cada parcela 245

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Obra pública - Execução - Encargos previdenciários - Ressarcimento - Município - Interesse de agir - Ex-prefeito - Responsabilidade pessoal - Necessidade de demonstração de culpabilidade 240

CONTRATOS DE CONSUMO

Indenização - Defeito relativo à prestação dos serviços - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Cartão de crédito - Bloqueio - Atualização de cadastro pela titular - Não observância - Descumprimento de cláusula contratual - Dano moral - Ofensa a direitos da personalidade - Não ocorrência - Meros dissabores - Recurso não provido 198

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Cobrança do Município - Sindicato - Base territorial - Ausência de registro junto ao Ministério do Trabalho - Ilegitimidade ativa do sindicato - Reconhecimento - Honorários advocatícios - Fixação 182

CORRUPÇÃO PASSIVA

Desclassificação do crime - Advocacia administrativa - Possibilidade - Quadrilha ou bando - Associação permanente - Prova - Ausência - Sentença mantida 265

CREDOR FIDUCIÁRIO

Busca e apreensão em alienação fiduciária - Veículo - Expedição de ofício ao Detran - Lançamento de impedimento judicial - Desnecessidade - Propriedade resolúvel - Apreensão por autoridade policial ou agentes de trânsito - Não cabimento - Mandado judicial - Cumprimento - Oficial de justiça 206

CRIME CONTRA A FLORA

Crime contra o meio ambiente - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime para a forma culposa - Impossibilidade - Desconhecimento da ilicitude - Não ocorrência - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Não cabimento - Assistência judiciária - Custas processuais - Pagamento - Isenção 279

CRIME CONTRA A HONRA

Ação penal - Processo crime de competência originária - Juiz de direito - Injúria circunstanciada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções e ameaça - Promotor de Justiça - Preliminares - Nulidade - Inexistência - Inquérito administrativo sob o crivo exclusivo do Ministério Público - Lastro no acervo amealhado perante a Polícia Militar e documentação preexistente - Transação penal - Denunciado a quem não se oportunizou conhecer a integralidade da documentação, limitando a aquilatação da proposta - Irrelevância - Ausência de norma impositiva - Preliminares rejeitadas - Inépcia verificada - Denúncia confeccionada sem observância das solenidades do art. 41 do Código de Processo Penal - Explanação lacônica e silente quanto a dados essenciais subjacentes aos fatos ditos criminosos - Óbice ao pleno exercício da defesa, contraditório e devido processo legal - Ofensas sentidas pelo denunciado - Magnitude do sentimento que não se pode mensurar - Conduta com feição de retorsão a provocação - Denúncia rejeitada 61

Processo-crime de competência originária - Crime contra a honra de desembargador - Calúnia e injúria - Autor - Promotor de Justiça - Denúncia - Inépcia - Não cabimento - Lastro probatório - Presença - Ausência de justa causa - Não ocorrência - Plausibilidade das imputações - Calúnia - Imunidade judiciária - Não abrangência - Inviolabilidade de manifestações - Relação com o exercício funcional - Limites da lei - Direito de queixa - Renúncia tácita - Excludente de punibilidade - Art. 107, V, do Código Penal - Não ocorrência - Afastamento - Retratação - Pedido de desculpas genérico na sessão do Júri - Não aceitação pelo querelante - Transação penal - Lei nº 9.099/95 - Soma das penas - Limite de dois anos ultrapassado - Inviabilidade - Legitimidade do querelante - Recusa peremptória - Ação penal instaurada 66

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Venda de mercadoria imprópria para o consumo - Medicamento com prazo de validade vencido - Fixação da pena - Anulação da sentença - Omissão - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reestruturação da pena - Supressão de instância - Impossibilidade - Prestação pecuniária - Substituição - Pena de multa - Cabimento 321

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE

Ação civil pública - Art. 225, § 3º, da Constituição Federal - Dano real e potencial - Obrigação de reparar e/ou indenizar - Art. 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81 - Regeneração natural da vegetação afetada - Dano recuperável - Averbação da reserva legal - Dever de indenizar - Inadmissibilidade 254

Crime contra a flora - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime para a forma culposa - Impossibilidade - Desconhecimento da ilicitude - Não ocorrência - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Não cabimento - Assistência judiciária - Custas processuais - Pagamento - Isenção 279

Pesca ilegal - Atipicidade conglobante - Ocorrência - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Ausência de tipicidade material - Absolvição 286

CRIME DE DANO

Destruição de cela - Dolo específico - Princípio da insignificância - Inadmissibilidade - Reincidência - Princípio da irrelevância penal do fato - Inaplicabilidade - Inexigibilidade de Conduta diversa - Não reconhecimento - Substituição da pena - Impossibilidade - *Sursis* - Não cabimento 296

CRIME DE TRÂNSITO

Embriaguez ao volante - Perigo abstrato - Art. 306 do código de trânsito brasileiro com a nova redação dada pela lei 11.705/08 - Constitucionalidade - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Cassação da sentença - Prosseguimento do feito 324

CRIME IMPOSSÍVEL

Não configuração - Furto - Crime tentado - Estabelecimento comercial - Supermercado - Vigilância exercida por segurança - Coisa apreendida - Valor irrisório - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Absolvição 288

Não configuração - Furto - Tentativa - Supermercado - Vigilância - Absolvição - Inadmissibilidade - Absoluta impropriedade/ineficácia do meio - Não ocorrência - Possibilidade de consumação - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Aplicação - Não cabimento - Falta de previsão legal - Furto privilegiado - Art. 155, § 2º, do Código Penal - Reincidência - Não cabimento - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais favoráveis - Possibilidade - Tentativa - *Iter criminis* percorrido - Redução mínima - Manutenção 317

CUSTAS

Processo penal - Pagamento - Isenção - Assistência judiciária - Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora 279

D

DANO MORAL

Caracterização - Erro de diagnóstico - Ato ilícito - Laboratório - Responsabilidade - Culpa caracterizada - Exame de vírus de HIV - Aids - Divulgação errônea do resultado - Dano moral - Caracterização - Critérios de fixação 80

DEFENSOR DATIVO

Cobrança - Honorários - Certidões judiciais - Exigibilidade - Interesse de agir - Arbitramento dos honorários - Obrigatoriedade 232

DEMOLIÇÃO DE OBRA

Município de Belo Horizonte - Poder de polícia adstrito ao princípio da legalidade - Abertura de parede confinante - Possibilidade - Art. 46 do Decreto-lei 84/40 91

DEPÓSITO JUDICIAL

ISS - Responsável tributário - Direito do contribuinte 259

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Agravo de instrumento - Execução - Possibilidade - Desvio de finalidade e confusão patrimonial - Ocorrência - Prova - Agravado - Inclusão no polo passivo da demanda 147

DESPESAS DE CONDOMÍNIO

Ação de cobrança - Ex-cônjuges - Separação - Bens transferidos aos filhos - Formal de partilha - Ausência de registro em cartório de imóveis - Irrelevância - Débitos posteriores - Cobrança - Não cabimento - Uso e fruição findos - Illegitimidade passiva - Não ocorrência - Ausência de preparo - Assistência judiciária - Deferimento - Recurso provido em parte 202

DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ação ordinária - Concurso público - Decreto 211/2003 - Cancelamento de termo de posse - Princípios da legalidade e da moralidade - Servidor aprovado - Abertura de processo administrativo - Art. 5º, LV e art. 37, ambos da CF/88 e Súmulas 20, 21 e 473 do STF - Observância - Reintegração indevida - Recurso provido 127

DIVÓRCIO

Partilha de bens - Determinação em sentença - Esboço - Apresentação unilateral - Homologação - Não cabimento - Necessidade de acordo entre os cônjuges 174

DOLO GENÉRICO

Peculato - Tabelião de cartório extrajudicial - Não recolhimento de taxa de fiscalização judiciária - Autoria - Materialidade - Prova indireta 273

DOCTRINA - Vide: artigo jurídico

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Ausência de garantia do juízo - Art. 16, §1º, Lei nº 6.830/80 - Bloqueio de valor que não satisfaz o crédito exequendo - Mera insuficiência da penhora - Garantia dos embargos como único meio de defesa - Conta bloqueada - Natureza de conta-salário - Recebimento de benefícios previdenciários - Prova - Impenhorabilidade - Caráter alimentar - Art. 649, IV, do CPC - Recurso não provido 170

Cheques pós-datados - Emissão - Negociação com empresa de *factoring* - Cessão de crédito - Equiparação - Notificação - Ausência - Exceção pessoal - Possibilidade - Art. 290 do Código Civil - Inexigibilidade do título - Extinção da exceção 74

Microempresa - Penhora de instrumento de trabalho - Bens necessários ao seu regular funcionamento - Impenhorabilidade - Art. 649, V, do Código de Processo Civil 244

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Penhora - Depositário compromissado - Ausência - Penhora inexistente - Embargos do devedor - Inadmissibilidade 224

EMBARGOS DE TERCEIRO

Penhora - Imóvel pertencente à ex-mulher do executado - Ausência de averbação da separação judicial e da partilha do bem construído - Negligência - Princípio da causalidade - Inversão do ônus da sucumbência - Pagamento das custas e dos honorários advocatícios pela embargante 251

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Perigo abstrato - Art. 306 do código de trânsito brasileiro com a nova redação dada pela lei 11.705/08 - Constitucionalidade - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Cassação da sentença - Prosseguimento do feito 324

EMPRÉSTIMO BANCÁRIO

Conta conjunta - Cotitular/contratante - Morte - Ônus do pagamento - Espólio - Rescisão contratual - Parcelas debi-
tadas após a morte do cotitular - Restituição 195

ENFITEUSE

Usucapião - Posse mansa e pacífica - Requisitos legais - Art. 1.238 do Código Civil - Atendimento - Domínio útil -
Aquisição - Possibilidade - Laudêmio - Não pagamento - Óbice - Inexistência - Reserva da nua propriedade . . 161

ERRO DE PROIBIÇÃO

Inadmissibilidade - Porte de arma de fogo de uso permitido - Art. 14 da Lei nº 10.826/03 300

ESTATUTO DO IDOSO

Lei 10.741/2003 - Violação ao art. 43, inciso II - Omissão da família - Situação de risco - Medida de proteção -
Art. 45, inciso V - Abrigo em entidade - Obrigação do Poder Público - Arts. 9º e 14 - Recurso não provido . . .157

ESTELIONATO

Autoria e materialidade comprovadas - Confissão extrajudicial - Retratação parcial em juízo - Irrelevância - Delação
de corréu - Absolvição - Inadmissibilidade - Crime impossível - Art. 17 do Código Penal - Flagrante preparado/for-
jado - Não ocorrência - Desclassificação para a forma tentada - Não configuração - Mudança da esfera de vigilân-
cia dos bens - Consumação - Participação de menor importância - Reconhecimento - Inviabilidade - Prática de atos
de execução - Qualidade de coautor - Suspensão condicional do processo - Não cabimento 312

Autoria - Materialidade - Prova - Prejuízo de pequeno valor - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Privilégio
- Caracterização - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução - Pena privativa de liberdade - Substituição
- Pena restritiva de direitos - Prescrição da pretensão punitiva - Absolvição 274

ESTUDANTE INADIMPLENTE

Lei 9.870/99 - Art. 5º - Mensalidade escolar - Matrícula - Renovação - Recusa da instituição - Legitimidade . .104

EXECUÇÃO

Agravo de instrumento - Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Desvio de finalidade e confusão
patrimonial - Ocorrência - Prova - Agravado - Inclusão no polo passivo da demanda 147

Desconto - Conta-corrente - Legalidade - Penhora - Verba de caráter alimentar - Limitação a 30% do salário . .140

Honorários advocatícios de sucumbência - Penhora *on-line* - Sistema Bacen-Jud - Salário - Bloqueio -
Impenhorabilidade - Exceção do art. 649 do CPC - Inaplicabilidade 124

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Prescrições legais - Não atendimento - Pagamento parcial - Alimentos in natura - Inadimplência do executado -
Configuração - Prisão decretada - Decisão mantida 231

EXECUÇÃO FISCAL

IPTU - Extinção - Art. 295, III, CPC - Princípio do acesso ao Judiciário - Principal arrecadação do município - Art. 2º, §
1º da Lei nº 6.830/80 - Valor ínfimo individual - Inúmeras ações - Valor global relevante - Sentença cassada . . 122

EXECUÇÃO/CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Município - Exclusão da lide - Pagamento do débito - Intimação - Impossibilidade - Agravo de instrumento . . . 258

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO

Determinação - Cumprimento da decisão - Multa cominatória - Revogação - Possibilidade - Ação de cobrança . . . 110

F

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

Carteira nacional de habilitação - Venda - Intermediação - Confissão - Concorrência para a prática do delito - Absolvição - Inadmissibilidade - Pena - Redução - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Não cabimento - Manutenção - Regime prisional - Art. 33, § 2º, do Código Penal - Abrandamento 310

Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação - Crime impossível - Não caracterização - Pena - Réu residente no exterior - Prestação de serviços à comunidade - Substituição - Prestação pecuniária 268

FÉRIAS-PRÊMIO

Servidor público - Gozo - Não ocorrência - Aposentadoria por invalidez - Conversão - Pagamento em pecúnia - Estatuto - Omissão - Direito adquirido - Possibilidade 257

FURTO

Crime qualificado - Coisa móvel equiparada à energia elétrica - Ligação clandestina de telefone - Autoria - Materialidade - Prova - Laudo pericial - Testemunhas - Validade - Inversão do ônus da prova - Condenação - Arrependimento posterior - Ato voluntário - Não ocorrência - Regime de cumprimento de pena - Regime semiaberto - Alteração - Regime aberto 291

Crime tentado - Estabelecimento comercial - Supermercado - Vigilância exercida por segurança - Crime impossível - Não configuração - Coisa apreendida - Valor irrisório - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Absolvição 288

Tentativa - Supermercado - Vigilância - Crime impossível - Absolvição - Inadmissibilidade - Absoluta impropriedade/ineficácia do meio - Não ocorrência - Possibilidade de consumação - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Aplicação - Não cabimento - Falta de previsão legal - Furto privilegiado - Art. 155, § 2º, do Código Penal - Reincidência - Não cabimento - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais favoráveis - Possibilidade - Tentativa - *Iter criminis* percorrido - Redução mínima - Manutenção 317

FURTO DE VEÍCULO

Estacionamento - Administração de autarquia estadual (Ademg) - Omissão - Falha na prestação do serviço - Dever de indenizar - Responsabilidade subjetiva - Honorários advocatícios de sucumbência - Fixação - Critérios 116

FURTO PRIVILEGIADO

Art. 155, § 2º, do Código Penal - Reincidência - Não cabimento - Furto - Tentativa - Supermercado - Vigilância - Crime impossível - Absolvição - Inadmissibilidade - Absoluta impropriedade/ineficácia do meio - Não ocorrência - Possibilidade de consumação - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Aplicação - Não cabimento - Falta de previsão legal - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais favoráveis - Possibilidade - Tentativa - *Iter criminis* percorrido - Redução mínima - Manutenção 317

G

GUARDA PROVISÓRIA

Menor - Liminar - Deferimento a terceiros - Detrimento da avó materna e da vontade dos genitores - Manutenção do menor na família biológica - Ausência de riscos 77

H

HABEAS CORPUS

Prova - Desnecessidade - Progressão de regime - Termo inicial - Data do cumprimento dos requisitos - Data anterior à sentença - Caráter declaratório - Efeito *ex tunc* - Concessão da ordem 270

Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Pena - Aplicação - Pedido de redução - Matéria de revisão criminal - Inadequação do *writ* - Denegação 299

HOMICÍDIO

Tentativa - Não ocorrência - *Iter criminis* - Cogitação - Execução do crime - Início - Ausência - Absolvição sumária
..... 302

Tribunal do Júri - Réu - Semi-imputabilidade - Sanidade mental - Peritos oficiais - Laudo técnico -
Desconsideração pelo Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do veredicto -
Novo julgamento 271

HOMICÍDIO CULPOSO

Direção de veículo automotor - Atropelamento - Viatura policial - Dever de cuidado objetivo - Inobservância - Culpa
- Imperícia - Autoria - Materialidade - Prova - Nexo causal - Condenação - Inépcia da denúncia - Não configuração
- Requerimento de diligências - Indeferimento - Decisão - Fundamentação - Cerceamento de defesa - Não ocorrên-
cia - Suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor - Redução da pena - Proporcionalidade 282

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Caracterização - Ciúme - Motivo torpe - Qualificadora - Configuração - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova
dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Inadmissibilidade 278

I

INCONSTITUCIONALIDADE

Não ocorrência - Crime de trânsito - Embriaguez ao volante - Perigo abstrato - Absolvição sumária - Inadmissibilidade
- Cassação da sentença - Prosseguimento do feito 324

INDENIZAÇÃO

Cigarro - Propaganda - Fumante - Livre-arbítrio - Caótico estado de saúde - Fabricante - Ausência do dever de
reparar 89

Contratos de consumo - Defeito relativo à prestação dos serviços - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do Código de
Defesa do Consumidor - Cartão de crédito - Bloqueio - Atualização de cadastro pela titular - Não observância -
Descumprimento de cláusula contratual - Dano moral - Ofensa a direitos da personalidade - Não ocorrência - Meros
dissabores - Recurso não provido 198

Curso de tecnologia em resgate e socorro - Ausência de regulamentação da profissão - Oferecimento do curso e
exercício da atividade - Possibilidade - Alteração normativa superveniente - Proibição de atuar no atendimento pré-
hospitalar - Danos sofridos - Culpa da instituição - Não cabimento - Dever de indenizar - Afastamento 159

Erro de diagnóstico - Ato ilícito - Laboratório - Responsabilidade - Culpa caracterizada - Exame de vírus de HIV - Aids
- Divulgação errônea do resultado - Dano moral - Caracterização - Critérios de fixação 80

Violação de sepultura - Inumação de desconhecido em jazigo perpétuo de outrem - Guarda do cadáver - Dever con-
tratual do Município - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Má administração - Responsabilidade objetiva - Dano
moral - Dever de indenizar - Fixação - Efeito repressivo e pedagógico - Satisfação da vítima - Enriquecimento sem
causa - Não ocorrência 263

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Internet - Divulgação de informações difamatórias e foto inverídica - Repercussão local - Imagem denegrida -
Pedido liminar - Prova da veracidade da alegação e risco de dano de difícil reparação - Exclusão de site -
Cabimento 228

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Não reconhecimento - Normalidade das circunstâncias motivacionais - Crime de dano - Destruição de cela .. 296

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO

Ação declaratória - Nulidade das autuações - Ausência de notificação - Conversão do julgamento em diligência -
Determinação, de ofício, de produção de provas - Juntada de ARs - Ofício aos Correios - Ausência de manifestação
judicial - Prolação de sentença - Cerceamento de defesa reconhecido - Cassação da decisão 187

INTERNET

Indenização por dano moral - Divulgação de informações difamatórias e foto inverídica - Repercussão local - Imagem denegrada - Pedido liminar - Prova da veracidade da alegação e risco de dano de difícil reparação - Exclusão de site - Cabimento 228

INVENTÁRIO

Medida cautelar inominada - Preparatória de habilitação - Adoção *post mortem* - Suspensão do inventário até a solução da lide - Desnecessidade - Ausência de interesse processual - Seguimento do processo até a partilha - Determinação - Correção 97

IPSEMG

Ação direta de inconstitucionalidade - Arts. 79 e 85 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, do Estado de Minas Gerais - Impugnação da redação original e da redação conferida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de julho de 2003, aos preceitos - Ipsemg - Regime próprio de previdência e assistência social dos servidores do Estado de Minas Gerais - Benefícios previdenciários e aposentadoria assegurados a servidores não-titulares de cargo efetivo - Alegação de violação do disposto no § 13 do art. 40 e no § 1º do art. 149 da Constituição do Brasil - Ação direta julgada parcialmente procedente (STF) 345

ISS

Depósito judicial - Responsável tributário - Direito do contribuinte 259

ITER CRIMINIS

Cogitação - Execução do crime - Início - Ausência - Homicídio - Tentativa - Não ocorrência - Absolvição sumária . . 302

J

JUROS DE MORA

Taxa Selic - Substituição - Juros legais - Seguro de vida - Cobrança - Prêmio - Pagamento atrasado - Cancelamento automático da apólice - Impossibilidade - Notificação prévia - Necessidade - Amortização de débito - Legalidade 163

L

LEASING

Reintegração de posse - Veículo apreendido - Pagamento de taxas e despesas - Art. 271, parágrafo único, do CTB - Ônus do arrendador/proprietário - Art. 257, § 2º, do CTB - Posterior ressarcimento junto ao arrendatário/devedor - Sub-rogação no direito da autoridade de trânsito - Recurso não provido 214

LEI

Nº 9.870, de 1999 - Art. 5º - Mensalidade escolar - Estudante inadimplente - Matrícula - Renovação - Recusa da instituição - Legitimidade 104

Nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso - Violação ao art. 43, inciso II - Omissão da família - Situação de risco - Medida de proteção - Art. 45, inciso V - Abrigo em entidade - Obrigação do Poder Público - Arts. 9º e 14 - Recurso não provido 157

Nº 10.741/03 - Plano de saúde - Reajustes efetuados anteriormente à sua vigência - CDC - Repetição de indébito 192

LEI FEDERAL

Nº 11.770/2008 - Agravo de instrumento - Ação ordinária - Prorrogação de licença à gestante - Servidora pública do Poder Executivo - Criação do Programa "Empresa Cidadã" - Regulamentação - Necessidade - Não obrigatoriedade da prorrogação - Antecipação de tutela - Verossimilhança da alegação não demonstrada 133

LOCAÇÃO DE IMÓVEL

Ação de cobrança - Recibos de pagamento - Irregularidade na emissão - Prova cabal - Ausência - Presunção da verdade - Reparos no imóvel - Pagamento - Ausência de pedido expresso - Interpretação restritiva - Art. 293 do CPC - Litigância de má-fé - Conduta desleal - Dano à parte contrária - Não configuração - Repetição de indébito - Pagamento em excesso - Requisito necessário - Não ocorrência 226

M

MANDADO DE SEGURANÇA

Audiência - Determinação de suspensão de realização - Juiz de direito - Prática de atos preparatórios da audiência - Reclamação - Liminar - Concessão - Suspensão dos atos preparatórios para a realização da audiência - Informações do magistrado de que não houve descumprimento da ordem 71

Concessão - Servidor público - Vencimentos - Valor - Pagamento indevido - Erro da Administração - Restituição - Descabimento - Caráter alimentar - Princípios da boa-fé, da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica - Concessão da ordem 99

Fisco estadual - Dados cadastrais - Recusa de alteração - Dívida de outra empresa - Sócio - Livre exercício de atividade econômica - Impedimento - Arbitrariedade - Meios hábeis de cobrança - Existência 114

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

Reexame necessário - Anvisa - Normas regulamentadoras - Proibição de captação e intermediação de receitas de medicamentos magistrais e oficinais - Lei 9.782/99 - Art. 7º, III - Poder de polícia sanitária - Sentença reformada e denegada a segurança 217

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Ação declaratória - Art. 1.593 do Código Civil - Parentesco civil - Parentes não biológicos - Aspecto sentimental - Vínculo afetivo - Prova - Reconhecimento - Recurso não provido 219

MEDICAMENTO

Venda - Prazo de validade vencido - Crime contra as relações de consumo - Fixação da pena - Anulação da sentença - Omissão - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reestruturação da pena - Supressão de instância - Impossibilidade - Prestação pecuniária - Substituição - Pena de multa - Cabimento 321

MEDIDA CAUTELAR

Exibição de documentos - Apresentação sem resistência - Honorários advocatícios devidos - Princípio da causalidade 87

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

Inventário - Preparatória de habilitação - Adoção *post mortem* - Suspensão do inventário até a solução da lide - Desnecessidade - Ausência de interesse processual - Seguimento do processo até a partilha - Determinação - Correção 97

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota biográfica - Desembargador José Maria de Lima Torres - Centenário de nascimento - Memória do Judiciário Mineiro 15

Nota histórica - Histórico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 17

MENOR

Guarda provisória - Liminar - Deferimento a terceiros - Detrimento da avó materna e da vontade dos genitores - Manutenção do menor na família biológica - Ausência de riscos 77

MENSALIDADE ESCOLAR

Lei 9.870/99 - Art. 5º - Estudante inadimplente - Matrícula - Renovação - Recusa da instituição - Legitimidade . . . 104

N

NOTA BIOGRÁFICA

Desembargador José Maria de Lima Torres - Centenário de nascimento - Memória do Judiciário Mineiro 15

NOTA HISTÓRICA

Histórico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Memória do Judiciário Mineiro 17

NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Busca e apreensão - Emissão por serviço de registro de títulos e documentos de comarca diversa do domicílio do devedor - Comprovação da mora - Ato válido - Art. 9º da Lei 8.935/94 - Exceção à regra - Interpretação restritiva - Processo - Regular prosseguimento 248

O

OBRA PÚBLICA

Execução - Contrato administrativo - Encargos previdenciários - Ressarcimento - Município - Interesse de agir - Ex-prefeito - Responsabilidade pessoal - Necessidade de demonstração de culpabilidade 240

OCULTAÇÃO DE CADÁVER

Júri - Competência - Homicídio qualificado - Conexão - Corré pronunciada apenas pelo crime conexo - Morte do corréu - *Perpectuatio jurisdictionis* - Manutenção 307

OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR

Prestação de serviços - Valores contratados - Alteração unilateral - Prévia anuência da usuária - Inexistência - Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor - Inadmissibilidade - Restituição dos valores cobrados a mais 189

P

PARENTESCO CIVIL

Ação declaratória - Maternidade socioafetiva - Art. 1.593 do Código Civil - Parentes não biológicos - Aspecto sentimental - Vínculo afetivo - Prova - Reconhecimento - Recurso não provido 219

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Não ocorrência - Divisão de tarefas - Teoria do domínio final do fato - Roubo majorado (concurso de pessoas e emprego de arma) - Quadrilha armada - Art. 288, parágrafo único, do Código Penal - Condenação - Não cabimento - Concurso de majorantes - *Bis in idem* - Inadmissibilidade 304

PARTILHA DE BENS

Divórcio - Determinação em sentença - Esboço - Apresentação unilateral - Homologação - Não cabimento - Necessidade de acordo entre os cônjuges 174

PECULATO

Tabelião de cartório extrajudicial - Não recolhimento de taxa de fiscalização judiciária - Autoria - Materialidade - Prova Indireta - Dolo genérico - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos 273

PENA

Fixação da pena - Crime contra as relações de consumo - Venda de mercadoria imprópria para o consumo - Medicamento com prazo de validade vencido - Anulação da sentença - Omissão - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reestruturação da pena - Supressão de instância - Impossibilidade - Prestação pecuniária - Substituição - Pena de multa - Cabimento 321

| | |
|--|-----|
| Réu residente no exterior - Prestação de serviços à comunidade - Substituição - Prestação pecuniária | 268 |
| PENHORA | |
| Embargos à execução fiscal - Depositário compromissado - Ausência - Penhora inexistente - Embargos do devedor - Inadmissibilidade | 224 |
| Execução - Desconto - Conta-corrente - Verba de caráter alimentar - Limitação a 30% do salário | 140 |
| PENHORA DE INSTRUMENTO DE TRABALHO | |
| Embargos à execução - Microempresa - Bens necessários ao seu regular funcionamento - Impenhorabilidade - Art. 649, V, do Código de Processo Civil | 244 |
| PENHORA ON-LINE | |
| Execução - Honorários advocatícios de sucumbência - Sistema Bacen-Jud - Salário - Bloqueio - Impenhorabilidade - Exceção do art. 649 do CPC - Inaplicabilidade | 124 |
| PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA | |
| Excepcionalidade - Constrição da empresa - Inexistência de outros bens - Não constatação - Possibilidades menos gravosas - Esgotamento - Necessidade - Art. 620 do CPC - Recurso provido | 132 |
| PLANO DE SAÚDE | |
| Mudança de faixa etária - Lei 10.741/03 - Reajustes efetuados anteriormente à sua vigência - CDC - Repetição de indébito | 192 |
| PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO | |
| Art. 14 da Lei nº 10.826/03 - Erro de proibição - Inadmissibilidade | 300 |
| PRAZO RECURSAL | |
| Restituição - Intimação da sentença - Súmula - Publicação no órgão oficial - Informação incompleta - Prejuízo para a defesa - Invalidez | 98 |
| PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS | |
| Operadora de telefonia celular - Valores contratados - Alteração unilateral - Prévia anuência da usuária - Inexistência - Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor - Inadmissibilidade - Restituição dos valores cobrados a mais | 189 |
| PREVENÇÃO | |
| Reintegração de posse e ação revisional - Conexão - Juízes com a mesma competência territorial - Primeiro despacho com citação ordenada - Art. 106 do CPC | 208 |
| PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA | |
| Ação de cobrança - Bolsa de estudos - Mera expectativa do estudante - Não concessão - Art. 207 da CF - Mensalidades - Pagamento devido | 93 |
| PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE | |
| Embargos de terceiro - Penhora - Imóvel pertencente à ex-mulher do executado - Ausência de averbação da separação judicial e da partilha do bem constrito - Negligência - Inversão do ônus da sucumbência - Pagamento das custas e dos honorários advocatícios pela embargante | 251 |
| PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA | |
| Aplicabilidade - Crime contra o meio ambiente - Pesca ilegal - Atipicidade conglobante - Ocorrência - Ausência de tipicidade material - Absolvção | 286 |
| Aplicabilidade - Furto - Crime tentado - Coisa apreendida - Valor irrisório - Absolvção - Estabelecimento comercial - Supermercado - Vigilância exercida por segurança - Crime impossível - Não configuração | 288 |

Inadmissibilidade - Reincidência - Princípio da irrelevância penal do fato - Inaplicabilidade - Crime de dano - Destruição de cela 296

Inaplicabilidade - Estelionato - Autoria - Materialidade - Prova - Prejuízo de pequeno valor - Privilégio - Caracterização - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução 274

PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

Inaplicabilidade - Reincidência - Princípio da insignificância - Inadmissibilidade - Crime de dano - Destruição de cela 296

PRINCÍPIO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

Execução fiscal - IPTU - Extinção - Art. 295, III, do CPC - Principal arrecadação do Município - Art. 2º, §1º, Lei nº 6.830/80 - Valor ínfimo individual - Inúmeras ações - Valor global relevante - Sentença cassada 122

PROCESSO CAUTELAR

Solicitação de identificação e qualificação completa de usuário de site na internet - Inviabilidade - Possibilidade de fornecimento apenas dos dados de que é detentor - Endereço IP - Limitação à ordem cautelar - Excesso - Inadmissibilidade 239

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

Crime contra a honra de Desembargador - Calúnia e injúria - Autor - Promotor de Justiça - Denúncia - Inépcia - Não cabimento - Lastro probatório - Presença - Ausência de justa causa - Não ocorrência - Plausibilidade das imputações - Calúnia - Imunidade judiciária - Não abrangência - Inviolabilidade de manifestações - Relação com o exercício funcional - Limites da lei - Direito de queixa - Renúncia tácita - Excludente de punibilidade - Art. 107, V, do Código Penal - Não ocorrência - Afastamento - Retratação - Pedido de desculpas genérico na sessão do Júri - Não aceitação pelo querelante - Transação penal - Lei nº 9.099/95 - Soma das penas - Limite de dois anos ultrapassado - Inviabilidade - Legitimidade do querelante - Recusa peremptória - Ação penal instaurada 66

Juiz de direito - Injúria circunstanciada porque praticada contra funcionário público em razão de suas funções e ameaça - Promotor de Justiça - Preliminares - Nulidade - Inexistência - Inquérito administrativo sob o crivo exclusivo do Ministério Público - Lastro no acervo amealhado perante a Polícia Militar e documentação preexistente - Transação penal - Denunciado a quem não se oportunizou conhecer a integralidade da documentação, limitando a aquilatação da proposta - Irrelevância - Ausência de norma impositiva - Preliminares rejeitadas - Inépcia verificada - Denúncia confeccionada sem observância das solenidades do art. 41 do Código de Processo Penal - Explanação lacônica e silente quanto a dados essenciais subjacentes aos fatos ditos criminosos - Óbice ao pleno exercício da defesa, contraditório e devido processo legal - Ofensas sentidas pelo denunciado - Magnitude do sentimento que não se pode mensurar - Conduta com feição de retorsão a provocação - Denúncia rejeitada 61

PROGRESSÃO DE REGIME

Termo inicial - Data do cumprimento dos requisitos - Data anterior à sentença - Caráter declaratório - Efeito *ex tunc* - *Habeas corpus* - Prova - Desnecessidade - Concessão da ordem 270

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Uso de marca semelhante - Confusão entre marca e nome empresarial - Institutos diferentes - Ausência de imitação ou utilização indevida - Concorrência desleal - Prova - Ônus - Art. 333, I, do CPC - Não observância - Recurso não provido 172

PRORROGAÇÃO DE LICENÇA À GESTANTE

Agravo de instrumento - Ação ordinária - Servidora pública do Poder Executivo - Lei Federal nº 11.770/2008 - Criação do Programa "Empresa Cidadã" - Regulamentação - Necessidade - Não obrigatoriedade da prorrogação - Antecipação de tutela - Verossimilhança da alegação não demonstrada 133

PROVA INDIRETA

Peculato - Tabelião de cartório extrajudicial - Não recolhimento de taxa de fiscalização judiciária - Autoria - Materialidade - Dolo genérico 273

Q

QUADRILHA OU BANDO

Associação permanente - Ausência de prova - Sentença mantida - Corrupção passiva - Desclassificação do crime - Advocacia administrativa - Possibilidade 265

QUALIFICADORA

Configuração - Tribunal do Júri - Ciúme - Motivo torpe - Caracterização - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Inadmissibilidade 278

R

RECLAMAÇÃO

Liminar - Concessão - Mandado de segurança - Audiência - Determinação de suspensão de realização - Juiz de direito - Prática de atos preparatórios da audiência - Suspensão - Informações do magistrado de que não houve cumprimento da ordem 71

REGISTRO CIVIL

Prenome - Retificação - Produção de prova testemunhal - Necessidade - Não observância - Cerceamento de defesa - Nulidade da sentença 209

REINCIDÊNCIA

Princípio da irrelevância penal do fato - Inaplicabilidade - Princípio da insignificância - Inadmissibilidade - Substituição da pena - Impossibilidade - *Sursis* - Não cabimento - Crime de dano - Destruição de cela 296

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Leasing - Veículo apreendido - Pagamento de taxas e despesas - Art. 271, parágrafo único, do CTB - Ônus do arrendador/proprietário - Art. 257, § 2º, do CTB - Posterior ressarcimento junto ao arrendatário/devedor - Subrogação no direito da autoridade de trânsito - Recurso não provido 214

Servidão de passagem aparente - Súmula 415 do STF - Instalação de porteira - Turbação - Art. 927 do CPC - Requisitos - Presença - Liminar - Manutenção 84

RENOVAÇÃO DE CNH

Óbice - Impedimento lançado por Detran de outro Estado da Federação, após a transferência de prontuário - Sindicância instaurada há mais de cinco anos, sem conclusão - Demora administrativa - Resolução 182/2005 do Contran - Restrição no prontuário - Proibição - Recurso provido 168

RESCISÃO CONTRATUAL

Empréstimo bancário - Conta conjunta - Cotitular/contratante - Morte - Ônus do pagamento - Espólio - Parcelas debitadas após a morte do cotitular - Restituição 195

RESPONSABILIDADE CIVIL

Indenização - Dano material - Furto de veículo - Estacionamento - Administração de autarquia estadual (Ademg) - Omissão - Falha na prestação do serviço - Dever de indenizar - Responsabilidade subjetiva - Honorários advocatícios de sucumbência - Fixação - Critérios 116

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Art. 37, § 6º, CF/88 - Estabelecimento penal - Superlotação de cela - Morte do preso - Negligência estatal - Direito à integridade física e moral - Art. 5º, XLIX, CF - Indenização por dano moral e material - Legitimidade dos familiares - Direitos da personalidade - Art. 12, parágrafo único, do Código Civil - Valores - Arbitramento - Gravidade do fato e repercussão da dor - Manutenção - Honorários - Ônus da sucumbência - Art. 20, § 4º e art. 21, parágrafo único, ambos do CPC 144

Processual civil - Administrativo - Incêndio no interior de estabelecimento de casa destinada a shows - Desafio ao óbice da Súmula 07/STJ - Ausência de nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano - incêndio - Culpa de terceiros - Violação ao art. 535 do CPC - Não configurada (STJ) 333

RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA

Impossibilidade - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inocorrência - Interesse ao processo - Art. 118 do Código de Penal303

REVISÃO CRIMINAL

Roubo majorado - Pena - Aumento - Limite legal extrapolado - Critério legal - Não observância - Redução - Possibilidade - Pedido revisional - Deferimento - Efeitos - Extensão aos corréus 308

ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA)

Quadrilha armada - Art. 288, parágrafo único, do Código Penal - Condenação - Não cabimento - Concurso de majorantes - *Bis in idem* - Inadmissibilidade - Participação de menor importância - Não ocorrência - Divisão de tarefas - Teoria do domínio final do fato304

S

SEGURO

Declaração de vontade - Interpretação - Perquirição da intenção - Alteração de beneficiário - Propósito inequívoco - Requisitos legais - Preenchimento - Eficácia do ato jurídico 95

SEGURO DE VIDA

Cobrança - Prêmio - Pagamento atrasado - Cancelamento automático da apólice - Impossibilidade - Notificação prévia - Necessidade - Juros de mora - Taxa Selic - Substituição - Juros legais - Amortização de débito - Legalidade 163

SEGURO DE VIDA EM GRUPO

Sinistro - Ocorrência - Indenização - Percentual - Valor expresso na apólice - Prêmio - Pagamento - Seguradora - Continuidade de cobrança - Má-fé - Prova - Repetição do indébito - Cobrança - Restituição em dobro - Danos morais - Não ocorrência 210

SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT

Ação de cobrança - Registro de óbito - Prova suficiente do nexo causal - Indenização - Valor - Lei 6.194/74 - 40 salários-mínimos vigentes à época do sinistro - Correção monetária - Termo inicial - Data do evento danoso - Recurso provido180

SEMI-IMPUTABILIDADE

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Réu - Semi-imputabilidade - Sanidade mental - Peritos oficiais - Laudo técnico - Desconsideração pelo Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do veredicto - Novo julgamento 271

SENTENÇA

Anulação - Omissão - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reestruturação da pena - Supressão de instância - Impossibilidade - Prestação pecuniária - Substituição - Pena de multa - Cabimento - Crime contra as relações de consumo - Venda de mercadoria imprópria para o consumo - Medicamento com prazo de validade vencido 321

SERVIÇOS BANCÁRIOS

Dinheiro - Remessa para o exterior - Não recebimento pelo destinatário - Valor sacado em local diverso - Culpa de terceiro - Não cabimento - Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor 139

SERVIDÃO DE PASSAGEM APARENTE

Reintegração de posse - Súmula 415 do STF - Instalação de porteira - Turbação - Art. 927 do CPC - Requisitos - Presença - Liminar - Manutenção 84

SERVIDOR PÚBLICO

Férias-prêmio - Gozo - Não ocorrência - Aposentadoria por invalidez - Conversão - Pagamento em pecúnia - Estatuto - Omissão - Direito adquirido - Possibilidade 257

Valor pago indevidamente - Erro da Administração Pública - Restituição - Descabimento - Boa-fé - Orientação do STJ - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários advocatícios 107

Vencimentos - Valor - Pagamento indevido - Erro da Administração - Restituição - Descabimento - Caráter alimentar - Princípios da boa-fé, da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica - Mandado de segurança - Concessão da ordem 99

SINDICATO

Contribuição sindical - Cobrança do Município - Base territorial - Ausência de registro junto ao Ministério do Trabalho - Ilegitimidade ativa do sindicato - Reconhecimento - Honorários advocatícios - Fixação 182

SINISTRO

Ocorrência - Seguro de vida em grupo - Indenização - Percentual - Valor expresso na apólice - Prêmio - Pagamento - Seguradora - Continuidade de cobrança - Má-fé - Prova - Repetição do Indébito - Restituição em dobro - Danos morais - Não ocorrência 210

SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Impossibilidade - Reincidência - Crime de dano - Destruição de cela 296

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Não cabimento - Reincidência - Crime de dano - Destruição de cela 296

SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR

Homicídio culposo - Redução da pena - Proporcionalidade 282

T

TESTAMENTO PÚBLICO

Beneficiários - Acordo - Possibilidade 238

TIPICIDADE

Crime contra o meio ambiente - Pesca ilegal - Atipicidade conglobante - Ocorrência - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Ausência de tipicidade material - Absolvção 286

TRÁFICO DE DROGAS

Habeas corpus - Crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas - Réu que permaneceu preso durante o transcorrer da ação penal - Apelação exclusiva da defesa parcialmente provida pelo Tribunal *a quo* - Ausência de trânsito em julgado - Execução provisória da pena - Princípio da não culpabilidade - Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal - Requisitos da custódia cautelar - Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal (STJ) 330

Habeas corpus - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76 - Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) - Ordem concedida de ofício (STF) 341
Penal - Recurso especial - Tráfico de entorpecentes - Tipo subjetivo - Especial fim de agir (fins de mercancia) - Desnecessidade - Desclassificação do delito - Impossibilidade (STJ) 327

TRANSPORTE INTERMUNICIPAL IRREGULAR

Tutela antecipada deferida anteriormente - Descumprimento - Apreensão dos veículos - Liberação somente mediante pagamento da multa anteriormente imposta - Valor arbitrado - Aumento - Não cabimento - Reincidência - Pagamento em dobro - Cabimento - Recurso parcialmente provido 176

TRIBUNAL DO JÚRI

Homicídio qualificado - Caracterização - Ciúme - Motivo torpe - Qualificadora - Configuração - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Inadmissibilidade 278

Réu - Semi-imputabilidade - Sanidade mental - Peritos oficiais - Laudo técnico - Desconsideração pelo Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do veredicto - Novo julgamento 271

TRIBUTÁRIO

Certidão de regularidade fiscal - Cautelar mediante caução - Garantia do crédito tributário, sem suspensão de sua exigibilidade - Art. 206 do Código Tributário Nacional - Admissibilidade 261

U

USO DE DOCUMENTO FALSO

Falsificação de documento público - Carteira nacional de habilitação - Crime impossível - Não-caracterização - Pena - Réu residente no exterior - Prestação de serviços à comunidade - Substituição - Prestação pecuniária 268

USUCAPIÃO

Ação rescisória - Citação dos confinantes - Não observância - Necessidade - Art. 942 do CPC e Súmulas 263 e 391 do STF - Relação processual válida - Não configuração - Coisa julgada - Não ocorrência - Nulidade do processo de usucapião - Decretação 234

Enfiteuse - Posse mansa e pacífica - Requisitos legais - Art. 1.238 do Código Civil - Atendimento - Domínio útil - Aquisição - Possibilidade - Laudêmio - Não pagamento - Óbice - Inexistência - Reserva da nua propriedade . . 161

V

VEÍCULO APREENDIDO

Reintegração de posse - *Leasing* - Pagamento de taxas e despesas - Art. 271, parágrafo único, do CTB - Ônus do arrendador/proprietário - Art. 257, § 2º, CTB - Posterior ressarcimento junto ao arrendatário/devedor - Subrogação no direito da autoridade de trânsito - Recurso não provido 214

VIOLAÇÃO DE SEPULTURA

Indenização - Inumação de desconhecido em jazigo perpétuo de outrem - Guarda do cadáver - Dever contratual do Município - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Má administração - Responsabilidade objetiva - Dano moral - Dever de indenizar - Fixação - Efeito repressivo e pedagógico - Satisfação da vítima - Enriquecimento sem causa - Não ocorrência 263

. . .