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.

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 61	v. 192	p. 1-404	jan./mar. 2010

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

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

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica
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 Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8766
30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.tjmg.jus.br/ejef - codit@tjmg.jus.br

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

Fotos da Capa:

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

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

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

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

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

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

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Segundo Vice-Presidente
Desembargador JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES

Terceiro Vice-Presidente
Desembargadora MÁRCIA MARIA MILANEZ

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador CÉLIO CÉSAR PADUANI

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade, em 08.03.2010)

Cláudio Renato dos Santos Costa
Sérgio Antônio de Resende
Roney Oliveira
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
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
Ernane Fidélis dos Santos
José Nepomuceno da Silva
Manuel Bravo Saramago
Belizário Antônio de Lacerda
José Edgard Penna Amorim Pereira
José Carlos Moreira Diniz
Paulo Cézar Dias
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Edilson Olímpio Fernandes
Geraldo José Duarte de Paula
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
Delmival de Almeida Campos
Alvimar de Ávila
Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Eduardo Mariné da Cunha
Maria Celeste Porto Teixeira
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
José Affonso da Costa Côrtes
Antônio Armando dos Anjos
José Geraldo Saldanha da Fonseca
Geraldo Domingos Coelho

Osmando Almeida
Alberto Aluízio Pacheco de Andrade
Francisco Kupidlowski
Antoninho Vieira de Brito
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Maurício Barros
Paulo Roberto Pereira da Silva
Mauro Soares de Freitas
Ediwal José de Morais
Dídimo Inocêncio de Paula
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco Batista de Abreu
Heloísa Helena de Ruiz Combat
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria Marques de Souza
José Flávio de Almeida
Tarcísio José Martins Costa
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nívio Lacerda
Irmar Ferreira Campos
Luciano Pinto
Márcia De Paoli Balbino
Hélcio Valentim de Andrade Filho
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da Mota e Silva
José Afrânio Vilela
Elpídio Donizetti Nunes
Fábio Maia Viani
Renato Martins Jacob
Antônio Lucas Pereira
José Antônio Braga
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Pedro Coelho Vergara
Marcelo Guimarães Rodrigues
Adilson Lamounier
Cláudia Regina Guedes Maia
José Nicolau Masselli
Judimar Martins Biber Sampaio
Antônio Generoso Filho
Fernando Alvarenga Starling
Álvares Cabral da Silva
Fernando Neto Botelho
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Electra Maria de Almeida Benevides
Eduardo César Fortuna Grion
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira Bispo
Luiz Carlos Gomes da Mata
Júlio Cezar Guttierrez 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

Composição de Câmaras e Grupos (em 08.03.2010) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Segunda Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Roney Oliveira*
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes
José **Afrânio Vilela**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho*
Silas Rodrigues **Vieira**
Dídimo Inocêncio de Paula
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**
Elias Camilo Sobrinho

Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo***
Luiz **Audebert Delage** Filho
José Carlos **Moreira Diniz**
Dárcio Lopardi Mendes
Heloísa Helena de Ruiz **Combat**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Maria Elza de Campos Zettel
José **Nepomuceno** da **Silva***
Manuel Bravo **Saramago**
Mauro Soares de Freitas
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**

Sexta Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Ernane Fidélis dos Santos*
Edilson Olímpio **Fernandes**
Maurício Barros
Antônio Sérvulo dos Santos
Sandra Alves de Santana e **Fonseca**

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência da Des.ª Maria Elza)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Antônio Marcos **Alvim Soares***
Edivaldo George dos Santos
Wander Paulo **Marotta** Moreira
Belizário Antônio **de Lacerda**
André Leite Praça

Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José **Edgard Penna Amorim** Pereira*
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Antoninho **Vieira de Brito**
Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**
Fernando Neto **Botelho**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores **Osmando Almeida*** **Pedro Bernardes** de Oliveira **Tarcísio** José **Martins Costa** **José Antônio Braga** Antônio **Generoso Filho**	Desembargadores **Alberto Aluízio Pacheco de Andrade** Paulo Roberto **Pereira da Silva*** Álvares **Cabral da Silva** **Electra** Maria de Almeida **Benevides** **Gutemberg da Mota e Silva**

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores **Francisco Kupidlowski*** **Cláudia** Regina Guedes **Maia** José **Nicolau Masselli** **Alberto Henrique** Costa de Oliveira **Luiz Carlos Gomes da Mata**	Desembargadores **Valdez Leite Machado*** **Evangelina Castilho Duarte** **Antônio de Pádua** Oliveira **Hilda** Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa** **Rogério Medeiros** Garcia de Lima

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores **José Affonso da Costa Côrtes*** **Maurílio Gabriel** Diniz **Tibúrcio Marques** Rodrigues **Tiago Pinto** **Antônio** Carlos de Oliveira **Bispo**	Desembargadores Francisco **Batista de Abreu*** **Sebastião Pereira de Souza** **Otávio de Abreu Portes** **Wagner Wilson** Ferreira **José Marcos** Rodrigues **Vieira**

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Delmival de Almeida Campos*	**Reynaldo Ximenes Carneiro**	**Jane** Ribeiro **Silva**
Ediwal José de Morais	**José Antonino Baía Borges**	**Antônio Carlos Cruvinel**
Judimar Martins **Biber** Sampaio	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires***	**Paulo Cézar Dias***
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto**	**Hélcio Valentim** de Andrade Filho	**Antônio Armando dos Anjos**
(...)	**Renato Martins Jacob**	Eduardo César **Fortuna Grion**

** Presidente da Câmara*

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

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

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

Desembargadores

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Márcia Maria Milanez
Terceiro Vice-Presidente

José Edgard Penna Amorim Pereira

José Carlos Moreira Diniz

Paulo Cézar Dias

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Edilson Olímpio Fernandes

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Roney Oliveira

Reynaldo Ximenes Carneiro

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

José Tarcízio de Almeida Melo

José Antonino Baía Borges
Presidente do TRE

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Kildare Gonçalves Carvalho
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

José Altivo Brandão Teixeira

Jane Ribeiro Silva

Antônio Marcos Alvim Soares
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Edivaldo George dos Santos

Wander Paulo Marotta Moreira

Geraldo Augusto de Almeida

Caetano Levi Lopes

Luiz Audebert Delage Filho

Ernane Fidélis dos Santos

José Nepomuceno da Silva

Manuel Bravo Saramago

Belizário Antônio de Lacerda

Alexandre Victor de Carvalho

Alberto Deodato Maria Barreto Neto

(...)

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

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(em 22.04.2010)

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues - Presidente

Dárcio Lopardi Mendes - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

Armando Freire - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Selma Maria Marques de Souza - 7ª e 8ª Cíveis

Maurício Barros - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Rogério Medeiros Garcia de Lima - 12ª, 13ª e 14ª Cíveis

José Nicolau Masselli - 15ª, 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Adilson Lamounier - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Ediwal José de Morais - 4ª e 5ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador José Domingues Ferreira Esteves - Nota biográfica 15

Primórdios da Justiça Portuguesa no Brasil Colonial - Nota histórica - Des. Luiz Carlos Biasutti 16

DOUTRINA

Juiz e ética - Saulo Versiani Penna 19

Municípios e a regularização fundiária - Armando Ghedini Neto 28

A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade - Christiane Vieira Soares Pedersoli 39

Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos - Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira 50

Interpretação constitucional e compreensiva da caução do art. 835 do Código de Processo Civil na dicção da Lei 11.382, de 06.12.2006, e do Protocolo de Las Leñas (Decreto nº 2.067, de 12.11.1996) - Sérgio Álvares Contagem 55

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 65

Jurisprudência Cível 113

Jurisprudência Criminal 309

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 363

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 375

ÍNDICE NUMÉRICO 383

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 387

Desembargador JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

DESEMBARGADOR JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES (1940-2010)

José Domingues Ferreira Esteves, mineiro de Aiuruoca, nasceu em 26 de julho de 1940. Foi casado com a Sr.ª Lúcia Helena Abranches Esteves, com quem teve cinco filhos: Vanina, Renata, Carolina, Bernardo e Otávio.

Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, em 17 de dezembro de 1971.

No magistério, foi professor na Faculdade de Ciências Econômicas e Contábeis de Visconde do Rio Branco e de Direito Civil - Parte Geral, na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

Foi Promotor de Justiça nas Comarcas de Guarará e Ubá.

Aprovado em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Tombos, em 1977, onde entrou em exercício no dia 19 de outubro. Posteriormente, em 25 de setembro de 1980, assumiu a função na Comarca de Raul Soares, de Segunda Entrância, para onde foi promovido por merecimento. Em 19 de agosto de 1981, é promovido, também por merecimento, para o cargo de Juiz de Direito de Terceira Entrância, passando a atuar na 1ª Vara da Comarca de Conselheiro Lafaiete.

Em novembro de 1983, foi designado pelo Conselho da Magistratura para desempenhar as funções de Diretor do Foro da Comarca de Conselheiro Lafaiete, por um biênio. Foi promovido para Belo Horizonte em 6 de julho de 1984, pelo critério de merecimento. Entra em exercício no dia 17 daquele mês, atuando, primeiramente, como 7º Juiz de Direito Substituto. Em 14 de abril de 1988, foi designado para o cargo de Juiz Titular da 4ª Vara Cível.

Em 12 de março de 1992, foi promovido, igualmente por merecimento, ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, onde ocupou a Presidência da 2ª Câmara Criminal.

Em 14 de setembro de 2001, atingiu o grau máximo de sua carreira. Nessa data, foi promovido, por merecimento uma vez mais, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compondo a 6ª Câmara Cível.

Faleceu no último dia 13 de agosto. Na homenagem por ocasião de sua aposentadoria, prestada pela Corte Superior, em sessão realizada no dia 13 de maio de 2009, o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro se manifestou nestes termos:

> [...] Vejo que essa despedida do Desembargador José Domingues Ferreira Esteves é, ao mesmo tempo, triste, porque nos desfalca da sua alegria, da sua sagacidade, da sua facilidade em alegrar o ambiente, mas é também alegre, porque vemos que um colega nosso, que prestou serviços com eficiência, com decência, com hombridade, com muita segurança e presteza, sai da Magistratura como entrou, deixando um nome respeitado e admirado, não só para ele, para a sua família, mas, sobretudo, como legado à Magistratura Mineira, que, no seu elemento humano, é o que há de mais importante, porque tudo é passageiro, é fugaz, mas o que fica mesmo da figura do Magistrado é a sua toga sem mancha, e ele deixou isso [...].

Por sua vez, o Desembargador Brandão Teixeira assim se expressou:

> [...] A convivência ao longo dos anos de Magistratura mostrou-me, além de uma pessoa detentora de uma alegria de viver esplendorosa, um espírito vivo, uma verve atuante, um Juiz de compostura digna, de extraordinária formação de caráter e, principalmente, muito leal com os colegas [...].

Referências

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Lista de Desembargadores. Belo Horizonte. Disponível em: <http:www.tjmg.gov.br/institucional/desembargadores>. Acesso em: 20. ago. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Nota taquigráfica de homenagem prestada pela Corte Superior*. Belo Horizonte. 13. maio 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Nota taquigráfica de pesar prestada pela 2ª Câmara Cível*. Belo Horizonte. 17. ago. 2010.

...

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

Primórdios da Justiça Portuguesa no Brasil Colonial*

Todos nós, ainda no curso primário, ao estudarmos a história do Brasil, aprendemos, quase por resumo pouco profundo, a luta bem grande de Portugal em manter o território brasileiro. As capitanias hereditárias criadas pelo rei Dom João III foram um fracasso, com exceção da Capitania de São Vicente, graças à contribuição eficaz dos jesuítas, e da Capitania de Pernambuco, onde Duarte Coelho conseguiu certa prosperidade. As outras foram um desastre. Somente com a nova organização do Governo-Geral da Bahia, Tomé de Souza, acompanhado de muitas famílias, homens de armas e centenas de degredados, iniciou um governo central organizado e com grandes poderes.

Tomé de Souza, primeiro Governador-Geral do Brasil, aportou à Bahia de Todos os Santos em 29 de março de 1549. Foi bem recebido por Diogo Álvares, o Caramuru, e os seus Tupinambás. Ali estabeleceu a primeira municipalidade, a cidade de Salvador, e visitou as capitanias, regulamentou a administração, escreveu o regimento do Governo-Geral, estabelecendo que o Governador-Geral criava e nomeava os ouvidores-mores que, por sua vez, alteravam ou diminuíam o poder dos donatários e comandavam, principalmente, a administração da justiça. Competiam aos ouvidores as funções de Corregedores-Gerais da Justiça com poder de fazerem devassas em toda e qualquer capitania. Poderiam ainda conhecer dos crimes nos casos que correspondem à pena de "morte natural", em escravos, gentios, peões e homens livres. As pessoas de "qualidade", se fossem condenadas à pena de morte, recorriam ao Governador, e, se ele concordasse com a pena, seriam executadas. Caso não houvesse concordância, os autos seriam remetidos, com o preso, para a Corregedoria da Corte em Lisboa. Houve modificação posterior destas primeiras leis, principalmente depois da criação do Tribunal da Relação da Bahia, criado em 1588. O primeiro corpo completo de desembargadores chegou ao Brasil em 1609, sendo Governador-Geral Diogo de Meneses.

Antes da criação do Tribunal da Relação, o nobre português Duarte da Costa substitui Tomé de Souza no Governo-Geral. Foi um governador fraco que se incompatibilizou com todos e foi obrigado a deixar o governo. Portugal enviou então como Governador-Geral o Desembargador Mem de Sá, que, contando com a ajuda dos jesuítas Manoel da Nóbrega e do grande José de Anchieta, conseguiu realizar um governo justo e prudente.

As diferenças nos relatos históricos sobre a justiça criminal em Minas Gerais no século XVIII

A Comarca do Rio das Mortes foi uma das três primeiras a ser instalada no Brasil Colônia, com sede em São João del-Rei, e era vastíssima. Seus limites eram: ao norte e nordeste, Sabará e Vila Rica, sendo a leste limítrofe com a fronteira do atual Estado do Rio de Janeiro (Rio Preto e Paraíbuna); ao sul, ia até a Serra da Mantiqueira, confrontando-se com Guaratinguetá; finalmente, a oeste, ia até o Rio Grande, entre Minas e Goiás. O primeiro ouvidor (Juiz da Comarca), nomeado em 1711, foi Gonçalo de Freitas Baracho. Entre os ouvidores da história da Comarca ainda encontramos Antônio da Cunha Silveira, Alvarenga Peixoto, Manoel Inácio de Melo e Souza, Antônio Paulino Limpo de Abreu (Visconde de Abaeté). Lembra Afonso Arinos de Melo Franco que a judicatura de São João del-Rei foi uma escola de estadista.

Na história criminal da Comarca do Rio das Mortes, com sede em São João del-Rei, vale ressaltar dois fatos terríveis ocorridos ainda no Brasil Colônia:

O primeiro teria acontecido na Vila de São José del-Rei (hoje Tiradentes). Segundo Afonso Arinos, já naquela época, houve uma desavença entre a Câmara da Vila de São José del-Rei e a Câmara de São João del-Rei, porque o ouvidor sanjoanense não quis presidir a eleição da Vila de São José.

Foi então escolhido, como ouvidor interino, o bandeirante paulista, Coronel Antônio de Oliveira Leitão, antigo juiz em Mogi das Cruzes em São Paulo, onde foi homem poderoso. Antonio de Oliveira Leitão ficou tristemente célebre por causa de um drama familiar: assassinou a própria filha, para impedir "os amores da moça fidalga com homem que considerava de somenos estirpe". Foi condenado à morte pelo Tribunal da Relação da Bahia, em Salvador, que ainda era a capital do Brasil Colônia, onde foi executado.

A versão apresentada por Afonso Arinos de Melo Franco não corresponde à narrativa feita por Diogo de Vasconcelos em *História antiga das Minas Gerais*, 4. ed., Ed. Itatiaia Ltda., p. 348-350.

a) Para Diogo de Vasconcelos, o Coronel Antônio de Oliveira Leitão, paulista de distinta nobreza, teria ocu-

---

*Autoria: Luiz Carlos Biasutti, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo; Bacharel em Filosofia e Pedagogia pela Faculdade Dom Bosco de São João del-Rei, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ex-Presidente do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais, do Instituto Histórico de São João del-Rei; Membro Fundador do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Teresa, Espírito Santo; Presidente de Honra do Círculo Tríntino de Belo Horizonte; Sócio Fundador e Diretor de publicação e difusão da Associação Cultural Ítalo-Brasileira de MG (ACIBRA); Coordenador do Memorial da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes (EJEF), do TJMG; Membro da Diretoria da Revista Magistratura, da Associação dos Magistrados Mineiros, Amagis.

pado os maiores cargos em São Vicente e São Paulo, tendo exercido a função de Ouvidor Substituto.

b) Mudou-se para Vila Rica com a família onde exerceu vários cargos públicos.

c) Tinha uma filha única, de extrema beleza, que teria se apaixonado por um moço que não pertencia à nobreza.

d) O ex-ouvidor descobriu o amor clandestino da filha e, na véspera do Natal de 1720, "cravou-lhe uma faca no coração".

e) O namorado enfurecido atacou com seus companheiros a casa do ouvidor, que foi defendida por seus amigos, dando-lhe razão, em antes querer a filha morta, que casada com quem não a merecia, segundo os preconceitos da época.

f) Ainda conforme Diogo de Vasconcelos, o enterro da moça foi feito neste tumulto, sendo preciso que o Conde de Assumar viesse de Vila do Carmo, Mariana, para evitar maiores consequências.

g) Preso o Coronel Leitão, que se justificou como um ato de loucura, o Conde o enviou para ser julgado na Bahia, onde o Tribunal da Relação o condenou à morte. Não podia ser enforcado, porque o réu era nobre. Resolveram, então, decapitá-lo no dia 16 de junho de 1721. O Coronel, com residência em Ouro Preto, tinha posses na Comarca de São João del-Rei.

Obs.: Interessante como o processo, mesmo contra um poderoso político, ex-ouvidor em São Paulo e em Minas Gerais, ocorreu célere. Do fato criminoso à condenação o prazo final foi bem rápido, 174 dias.

O segundo fato ocorreu em 1731, quando o ilustre ouvidor da Comarca de São João del-Rei, Felisberto Caldeira Brant, envolveu-se em um atentado contra autoridade da comarca, sendo condenado à morte, pena de que escapou por fuga ou comutação. Em 1744, morando com a família em Paracatu, onde ficou rico como contratador de diamantes em Tejuco (Diamantina), adquiriu prestígio na comunidade, mas se tornou uma ameaça para o poder do Reino. Suas divergências com o ouvidor do Tejuco (Diamantina) acabaram por condená-lo à prisão e foi mandado para Lisboa onde ficou preso e teve seus bens sequestrados. Reabilitado pelo marquês de Pombal, morreu pobre em Portugal sem nunca mais retornar a Minas Gerais.

Referências

COSENTINO, Francisco Carlos Cardoso. *Governadores gerais do Estado do Brasil (século XVI e XVII)*: Ofício, regimentos, governação e trajetórias. Belo Horizonte: Fapemig; São Paulo: Annablume, 2009.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo; MAIA, Tom; CAMARGO, Thereza Regina de. *São João del-Rei e Tiradentes*. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1979.

RICUPERO, Rodrigo. *A formação da elite colonial*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2008.

VASCONCELLOS, Diogo de. *História média das Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia Ltda., 1999.

...

Juiz e ética

Saulo Versiani Penna[*]

Sumário: 1 Notas introdutórias. 2 (In)segurança e (in) justiça na sociedade de consumo. 3 Da ética como fator de segurança e justiça. 4 A contribuição de Emmanuel Kant para uma ciência da ética. 5 Ações éticas no exercício da atividade jurisdicional. 6 Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 Notas introdutórias

Percebe-se na atualidade uma intranquilidade da população brasileira no tocante à segurança pessoal e pública.

É inegável, o aumento dos índices de violência, os quais, até pouco tempo, tinham relevância apenas no eixo Rio - São Paulo, mas que agora estão, de forma assustadora, adquirindo patamares de elevada preocupação em todo o País.

Aliás, a questão da segurança pública atingiu foro de tamanha indignação no cenário nacional que a discussão do tema tem repercutido nas instituições democráticas.

Dessarte, no Legislativo, Executivo e Judiciário, a questão aflora permanentemente, fazendo surgir debates acirrados e medidas muitas vezes paliativas, de momento, casuísticas, sem a reflexão devida e isenta, como na verdade sempre deveria pautar-se o Poder Público por intermédio de seus prepostos.

Não restam dúvidas de que isso vem ocorrendo em virtude do desejo e pressão do cidadão comum de ver resolvido o problema da "segurança", ou da sua "insegurança", rapidamente, e, da sensação, que é natural, de que nada está sendo efetivamente realizado.

E, como fator de aumento desse sentimento de "insegurança", aparece a ausência de referencial ético, que indica a prática de ações de cunho individualista, estratégico, se não contrário ao direito, e, mais ainda, em descompasso com o ideal democrático, visto que sem fundamento no interesse público.

Por sinal, essa ânsia do cidadão brasileiro pela busca de soluções rápidas por parte de autoridades públicas, na maioria das vezes, incentivada pela mídia, que hoje dispõe de instrumentos tecnológicos capazes de mostrar casos de desvios de conduta, violência e insegurança de maneira tanto eficiente quanto, em muitos casos, sensacionalista, não nos permite uma reflexão de cunho moral para a tomada de decisões.

Constata-se, ademais, que esses mesmos formadores de opinião não apresentam respostas, seja porque não é de sua competência ou porque inexiste esse interesse frente aos fins lucrativos, ditados para um consumidor, em grande parte, de baixa cultura e educação.

E, assim, carece o cidadão comum de informação sobre as possibilidades e ações capazes de resolver, ou pelo menos diminuir, essa sensação de desamparo por parte do Estado e de encontrar, por intermédio de meios concretos e que não venham a servir de instrumento de repressão, tolhendo a sua liberdade individual, e que possam constituir afronta aos princípios do Estado de Direito Democrático, assegurados pela Carta Republicana de 1988, o caminho mais adequado de autoafirmação da cidadania e verdadeiro interesse coletivo.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas, surge a figura do julgador, que, se de um lado se revela muitas vezes positivista-legalista, isto é, apenas na expressão da *la bouche de la loi* motesqueniana[1], de outro um perigoso "Hércules" descrito por Ronald Dworkin[2], já que, por ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência interpretativa de situações fáticas numa completude normativa, é único a conseguir encontrar a decisão ética e considerada a mais *justa*.

O maior desafio, portanto, a ser enfrentado pela sociedade e, por conseguinte, pelo Judiciário, que representa o principal canal democrático para as soluções dos conflitos de interesses, é equacionar a dicotomia no estado contemporâneo que se estabelece quando se busca segurança, procurando manter, ao mesmo tempo, ideais de liberdade e justiça.

Situação clássica que exemplifica essa árdua empreitada é a que está sendo vivenciada pelos norte-americanos, notadamente após o fatídico ataque de 11 de setembro de 2001. E, aí, pergunta-se, o que fazer com a segurança interna? Criar mecanismos de constante vigilância, opressão e restrição a direitos consolidados em prol da tranquilidade? E as liberdades públicas, sociais, políticas e econômicas como ficam? Como conciliar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito com a segurança pública exigida pela popula-

---

[*] Juiz de Direito Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Especialista em Direito Processual pela Fadivale, Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

[1] Afirmou Montesquieu: "[...] os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 2005, p.175).

[2] Ronald Dworkin, desde seu livro chamado Taking rights seriously (Levando os direitos. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins, 2002), já criara a figura do juiz Hércules. E, na sua obra O império do direito, afirma: "Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integralidade. Vamos chamá-lo de Hércules". (DWORKIN, 2003, p. 287).

ção? E qual o papel da moral e da ética para a tomada de decisões, especialmente no âmbito do Judiciário?

Essas perguntas aliadas ao dilema da segurança jurídica (pública) com justiça (ética) no campo da atividade jurisdicional é que são tratadas neste trabalho, o qual procura, dentro do limite a ele imposto, fazer reflexões que poderão, quem sabe, representar mais uma semente no campo fértil de discussão do tema.

2 (In) segurança e (in) justiça na sociedade de consumo

A primeira questão que nos permite profunda reflexão é aquela que se extrai da concepção de segurança pública, justiça e liberdades, em contrapartida dos sonhos e desejos de consumo, como forma de alcançar o bem-estar.

A esse respeito, o sociólogo Zygmont Bauman (1998) apresenta visão bem exata de que a opção pelas liberdades em nossa sociedade, obtidas pelas mudanças econômicas, tecnológicas e culturais, acaba por comprometer a segurança do cidadão ou conduz à sensação de insegurança dos povos modernos. Como ele afirma:

> Em 1981, registraram-se 2,9 milhões de delitos penais na Inglaterra e no País de Gales. Em 1993, 5,5 milhões. Nos últimos três anos, a população carcerária subiu de 40.606 para 51.243. Entre 1971 e 1993, os gastos públicos com a polícia subiram de 2,8 bilhões de libras para 7,7 bilhões de libras. De 1984 a 1994, o total de advogados elevou-se de 44.837 para 63.628 e o de advogados forenses de 5.203 para 8.093.
>
> Em 1994, 5,6 milhões de pessoas na Grã-Bretanha reivindicaram renda suplementar. O auxílio-desemprego foi recebido por 2.700.000; mas, segundo outros cálculos, distintos dos cálculos oficiais do governo, os totais daqueles que necessitavam de emprego, mas haviam sido impedidos, por normas legais, de solicitar o auxílio-desemprego (e, portanto, haviam sido excluído das estatísticas oficiais dos desempregados) eram o dobro.
>
> Durante os últimos vinte e cinco anos, a população de encarcerados e de todos os que obtêm a sua subsistência da indústria carcerária - a polícia, os advogados, os fornecedores de equipamentos carcerários - tem crescido constantemente. O mesmo ocorre com a população de ociosos - exonerados, abandonados, excluídos da vida econômica e social. Conseqüentemente, como seria previsível, aumentou o sentimento popular de insegurança: atualmente, 85% da população da Grã-Bretanha acham que, há 30 anos, era seguro caminhar pelas ruas à noite, mas 95% acham que, hoje em dia, não é seguro.
>
> Esses últimos trinta anos, aproximadamente, foram de fato anos fecundos e decisivos na história do modo como foi moldada e mantida a sociedade 'ocidental' - industrial, capitalista, democrática e moderna. É esse modo que determina os nomes que as pessoas tendem a dar a seus medos e angústias, ou às marcas nas quais elas suspeitam residir a ameaça à sua segurança (BAUMAN, 1998, p. 49-50).

É possível dizer que a era consumista na qual vivemos conduz a desejos e vontades humanas incontidas, especialmente porque incrementadas e cevadas pela publicidade profissional.

Assim, mais do que uma segurança tradicional, baseada em firmes pilares do emprego regular e duradouro, do apoio à previdência pública e poupança, estão voltadas as atenções e os objetivos para o ganho rápido, fútil, não usual, até por intermédio dos "jogos de azar" autorizados, dos concursos de TV, dos créditos bancários e financeiros, estes à disposição facilmente por intermédio dos cartões de crédito, consórcios, cheques pré-datados etc., tudo, enfim, servindo como fonte inspiradora para a aquisição de bens de consumo e, por conseguinte, a obtenção da sonhada felicidade.

Entretanto, não obstante a proximidade dessas "coisas" que parecem ser capazes de tornar-nos "pessoas felizes" ou "realizadas", exsurgem os obstáculos à obtenção desses objetivos, ou estes quando alcançados não representam na sua inteireza aquela tão sonhada felicidade. Resultam disso, pois, enormes frustrações, como também as práticas de atos condenáveis pela sociedade e o consequente aumento da insegurança dessa própria população.

A par disso, ainda se faz presente em nossos dias, em virtude da opção pelas liberdades de mercado, a insegurança no trabalho regular, o qual passou a representar o momento vivido do trabalhador, e não o futuro previsível, sem falar na carência de parâmetros culturais e educacionais, tudo em nome da chamada "livre expressão".

E a vontade constante pela aquisição de liberdades na contemporaneidade, começando mesmo no âmbito da família, sem um paradigma ético, conduz a uma maior sensação de insegurança, mesmo porque a pressa e a intolerância diárias passaram a fazer parte do cotidiano pós-moderno e consumista.

Por outro lado, em conjunto com essa visão pós-moderna, de valorização exagerada do consumo, intolerância e falta de referencial ético, surgem os ideais de "justiça", que deságuam sempre nos critérios de "pureza", os quais impõem às pessoas modelos e padrões de conduta, que irão determinar a exclusão ou não da sociedade daqueles "desajustados".

Nesse sentido, mais uma vez, o professor Zygmont Bauman é esclarecedor:

> Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um 'problema', como a 'sujeira' que precisa ser removida, são consumidores falhos - pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser 'indivíduos livres' conforme o senso de 'liberdade' definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos 'impuros', que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes - verdadeiramente 'objetos fora do lugar'.
>
> O serviço de separar e eliminar esse refugo do consumismo é, como tudo o mais no mundo pós-moderno, desregulamentado e privatizado. Os centros e os supermercados, templos do novo credo consumista, e os estádios, em que se dis-

> puta o jogo do consumismo, impedem a entrada dos consumidores falhos a suas próprias custas, cercando-se de câmeras de vigilância, alarmes eletrônicos e guardas fortemente armados; assim fazem as comunidades onde os consumidores afortunados e felizes vivem e desfrutam de suas novas liberdades; assim fazem os consumidores individuais, encarando suas casas e seus carros como muralhas de fortalezas permanentemente sitiadas (BAUMAN, 1925, p. 24).

E adverte Bauman sobre a conexão existente entre o mundo consumerista da sociedade pós-moderna com a sua noção de justiça, tomando como exemplo os Estados Unidos da América, onde se depreendem de forma contundente o domínio do mercado consumidor liberal e os anseios por uma "justiça", perseguida sem qualquer conteúdo de eticidade, mas somente dotada de subjetividade, individualismo e estratégia de poder. A este respeito lembra:

> Em nenhum lugar a conexão é exposta mais completamente do que nos Estados Unidos, onde o domínio incondicional do mercado consumidor chegou, nos anos da livre competição reaganista, mais longe do que em qualquer outro país. Os anos de desregulamentação e desmantelamento dos dispositivos de bem-estar foram também os anos de criminalidade ascendente, de força policial e população carcerária cada vez maiores. Foram também anos em que uma sorte cada vez mais sangrenta e espetacularmente cruel precisava ser reservada àquele declarados criminosos, para corresponder aos aceleradamente crescentes medos e ansiedades, ao nervosismo e à incerteza, raiva e fúria da maioria silenciosa, ou não tão silenciosa, de consumidores ostensivamente bem-sucedidos. Quanto mais poderosos se tornavam os 'demônios interiores', mais insaciável se fazia o desejo daquela maioria de ver 'o crime punido' e 'a justiça distribuída'. O liberal Bill Clinton venceu a eleição presidencial prometendo multiplicar os efetivos da polícia e construir novas e mais seguras prisões. Alguns observadores (dentre eles Peter Linebaugh, da Universidade de Toledo, Ohio, autor de *The London Hanged*) acreditam que Clinton deve a eleição à execução amplamente divulgada de um retardado mental, Ricky Ray Rector, a quem permitiu, quando governador do Arkansas, ir para a cadeira elétrica. Recentemente, adversários de Clinton dos setores de direita radical do Partido Republicano levaram tudo nas eleições congressistas, havendo convencido o eleitorado de que Clinton não fizera o suficiente para combater a criminalidade e de que eles fariam mais (BAUMAN, 1925, p. 58).

E essas ideias vêm-se alastrando por todo mundo, especialmente no Brasil, onde o arquétipo norte-americano foi adotado com bastante facilidade. Dessa forma, começam a aparecer soluções pirotécnicas para a implantação de uma almejada "justiça", como leis mais rigorosas ("crimes hediondos"), construção de número cada vez maior de penitenciárias de "segurança máxima", compra de armamentos cada vez mais sofisticados e de alto poder de fogo, ocupação de favelas, sem que haja uma preparação anterior de ordem moral, ética, educacional e especializada do agente público ou policial-usuário.

Ademais, revela-se, no cenário de ideias sem referencial ético, a chamada "justiça privada" (grupos de extermínio, seguranças particulares, cercas eletrificadas, câmeras e todo um aparato tecnológico de proteção particular), por intermédio do uso indiscriminado de instrumentos sem legitimidade em um Estado que pretende ser Democrático de Direito. A autodefesa, que deveria ser exercida em situações especialíssimas, transforma-se em regra e, pior, muitas vezes, reveste-se em autotutela, substituindo o Estado na sua função de promoção da justiça.

No entanto, é importante salientar que essa análise da vida pós-moderna, da civilização, não importa em uma visão puramente pessimista, mas na constatação da íntima relação entre comprometimento ético das decisões de Estado e a segurança com justiça. Dessarte, a segurança, a justiça e consequentemente a paz social somente tendem a ser alcançadas, de maneira racional, a partir da avaliação das atitudes do ser humano e sua opção pelas liberdades públicas, sempre no contexto de um Estado pautado por princípios de direito e democrático, mas que para esse desiderato jamais se olvide ou se afaste da moral e do seu exercício na prática por intermédio da ética.

Assim, sem a liberdade plena (com ética), desaparece a figura do Estado de Direito e floresce a insegurança.

Por isso mesmo, sempre se está a carecer de uma análise sobre a influência da atitude ética, especialmente junto às funções estatais, e mais ainda daquela decorrente da atividade jurisdicional, já que esta é fundamental para o equilíbrio e a pacificação dos conflitos sociais.

3 Da ética como fator de segurança e justiça

Como se procurou demonstrar, o aspecto fundamental na avaliação dos motivos, causas, consequências e possibilidades de soluções da problemática envolvendo a segurança pública e a justiça, encontra-se em uma concepção do exercício das funções estatais pela ética. E a ausência do referencial moral na sociedade conduzirá a comportamentos desastrosos e de repercussão imprevisível na convivência social. Henrique C. de Lima Vaz, citado por Arthur J. Almeida Diniz, afirma:

> Ninguém pode ainda prever o que serão as gerações que sobem para a cena da história e não encontram mais diante de si o relevo definido do horizonte de uma tradição, mas, tão-somente, o espaço vazio de um futuro para o qual o niilismo ético aponta com a promessa sedutora de que tudo será permitido e possível. Não é apenas a percepção do tempo humano que irá mudar para essas gerações. Mudará sua própria alma. E quem poderá dizer o que será essa nova alma? (DINIZ, 1995, p. 47-48)

E não parece haver dúvida de que a humanidade não conseguirá atingir seus objetivos de liberdade com segurança pública e justiça, somente centrada nos

avanços tecnológicos, mas é imprescindível repensar os paradigmas éticos de responsabilidades e livre arbítrio.

Por isso, admitimos que Bauman bem resume a questão ética no Estado, ao asseverar que:

> A ética não é um derivado do Estado. A autoridade ética não deriva dos poderes do Estado para legislar e fazer cumprir a lei. Ela precede o Estado, é a exclusiva fonte da legitimidade do Estado e o supremo juiz dessa legitimidade. *O Estado, poder-se-ia dizer, só é justificável como veículo ou instrumento da ética* (BAUMAN, 1998, p. 69 - grifo nosso).

No entanto, o que observamos é uma crescente falta de compromisso com a ética em todos os setores do Estado. Basta lembrarmos as recentes reportagens sobre os abusos praticados por agentes públicos. Ora, onde deveria ser implantada a primeira célula de comprometimento com a ética e o bem público, o que se veem são os desvios de conduta, os quais redundam invariavelmente para o prejuízo na qualidade de vida das pessoas, diante da ausência de saúde, educação e segurança adequadas. Além disso, ocorre um fenômeno ainda pior, pois o cidadão, ao constatar a falta de ética de seu representante, perde a referência de autoridade que deveria emanar daquele agente estatal, do qual, em verdade, deveria também se sustentar o Estado Democrático de Direito.

Dessarte, não existe possibilidade de falar-se em segurança pública e justiça sem uma reformulação nos valores a serem alcançados, já que isso é que permitirá um efetivo tratamento da questão de forma preventiva. E como lembra Almeida Diniz:

> Alguns autores antecipam, talvez de modo pessimista, mas valendo por um *caveat* exemplar, uma civilização centrada no desenvolvimento técnico-científico, sem o primado do Ético:
> 'será a necrofilia realmente uma característica da segunda metade do século XX? [...] esse novo tipo de homem volta os seus interesses para um sítio longe da vida, das pessoas, da natureza [...] de tudo aquilo que esteja vivo [...] aspira fabricar robôs como uma das maiores realizações de sua mente técnica e alguns especialistas nos garantem que o robô mal se poderá distinguir do homem vivo. Essa realização não parecerá tão surpreendente quando o próprio homem mal consegue diferenciar-se de um robô [...] o mundo da vida transformou-se no mundo da 'não vida' [...] seus símbolos agora são máquinas limpas, que brilham [...] mas a realidade, por detrás dessa fachada antisséptica, torna-se cada vez mais visível. O homem, em nome do progresso, está transformando o mundo num lugar malcheiroso e envenenado (e isso *não* é simbólico). Polui o ar, a água, o solo, os animais - e a si mesmo. Está fazendo estas coisas em tal grau que tornou duvidoso se a Terra será algo em que se possa viver dentro de 100 anos. Conhece os fatos, mas [...] Os que governam continuam em busca do 'progresso' técnico e mostram-se dispostos a sacrificar a vida ao culto do seu ídolo. Em tempos mais recuados, os homens também sacrificaram seus filhos ou prisioneiros de guerra, mas nunca na história o homem mostrou-se disposto a sacrificar a vida toda a Moloque - a sua própria vida e a de seus descendentes' (FROMM *apud* ALMEIDA DINIZ, 1995, p. 66).

Mas, Almeida Diniz, ao citar Gabriel Marcel[3], já nos apresenta um começo para a modificação dessa visão da sociedade contemporânea:

> A reflexão que tempera esse horizonte pessimista (porém não muito longe da realidade vivida por nós atualmente) deve-se a Gabriel Marcel:
> 'Obviamente, isto não quer significar que a história deva retroceder e que devamos quebrar todas as máquinas. Significa muito simplesmente, como Bérgson observou profundamente, que toda espécie de progresso técnico exterior deve ser contrabalanceada pelo homem por um esforço de conquista interior, dirigido para um autodomínio cada vez maior [...] No mundo contemporâneo, podemos dizer que quanto mais o homem se torna dependente de produtos que funcionem confortavelmente, assegurando-lhe a vida tolerável no nível material, tanto mais alienado (*estranged*) se torna uma consciência de sua realidade interior [...] O centro da gravidade de tal espécie de homem e seu ponto de equilíbrio tendem a se tornar exteriores a si próprio [...] Quanto mais progresso a 'humanidade' realiza na direção do domínio da Natureza, tanto mais os homens individuais se tornam realmente escravos de sua própria conquista' (DINIZ, 1995, p. 67).

O caminho e a medida certa entre os avanços tecnológicos e econômicos, portanto, devem ser trilhados e sopesados no contexto de uma concepção ética, que pressupõe o paradigma da moral, obtida com ampla discussão da sociedade, observados os direitos humanos e o foro adequado para o debate.

Dessarte, observados os contornos da ética, alcançada após esse profundo debate, com efetiva participação da sociedade destinatária das ações do Estado, é que se poderá conceber maior desenvolvimento e segurança às pessoas, com a tão desejada "justiça". Aliás, não é a finalidade de "lucro" um mal em si mesmo, uma vez que se justifica pelo risco do negócio empreendido no regime capitalista. Entretanto, é o desvirtuamento advindo da falta de ética nos setores de administração da produção, e do próprio Poder Público, que conduzem às distorções e acabam por determinar as diferenças sociais e econômicas, com evidente prejuízo à segurança social, comprometendo a obtenção da "justiça".

Logo, é inegável que tanto os poderes constituídos como o cidadão comum deverão primar por atitudes éticas, se por ventura ainda desejarem melhorar a segurança pública com justiça, mantendo as liberdades individuais. A este respeito vale a síntese de Bauman (1998, p. 65) quando lembra Levinas: "Acha que um tal Estado (justo) é possível?", vem a resposta igualmente direta: "Sim, um acordo entre a ética e o Estado é possível".

---

[3] MARCEL, Gabriel. Man against mass society. Chicago, 1962, p. 55.

4 A contribuição de Emmanuel Kant para uma ciência da ética

De início, conforme assevera Salgado:

> Nenhuma teoria moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso universais, garantidores da sua validade. E, mais, todas as éticas até então existentes buscaram o fundamento da sua validade fora delas mesmas, em conceitos externos. Só a ética kantiana procura princípios próprios para a sua fundamentação. (SALGADO, 1995, p. 144).

É absolutamente inegável a contribuição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Bryan Magee (1999) esclarece que para Kant a universalização da moral é fundada na razão, no entanto salienta que uma razão não é universalmente válida quando apenas houver um interesse próprio de pegar ou largar. Assim, não se pode defender que algo poderia ser coisa certa para alguém fazer, mas errada para outra pessoa em idênticas circunstâncias e situação. Portanto, para Kant, adverte Magge, se determinada coisa é certa para alguém, tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição. Isso significa que, se o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, logo, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal. Dessa forma, ele conclui que a moralidade se funda na razão, da mesma maneira que a ciência se funda na razão.

Salgado (1995, p.152) igualmente lembra a preocupação de Kant em

> encontrar um grau razoável de 'cientificidade' para a Ética, isto é, uma objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade do éthos, entendido como conjunto do agir humano.

O Direito, por sua vez, também procura a universalização de princípios, notadamente princípios éticos para a formulação de suas máximas e concretização do agir humano conforme um ordenamento jurídico. E, embora Kant veja uma diferença de fundo entre o direito e a ética, pois em sentido estrito seria a ética somente uma teoria das virtudes, o certo é que para ele, em sentido amplo, a ética é a ciência das *leis das liberdades*, que se dividem em morais e jurídicas.

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Surge daí, pois, a importância da *Fundamentação da metafísica dos costumes* para o Direito, onde Kant se esforça para estabelecer máximas como princípios objetivos ou leis universais.

Inclusive, na segunda secção - *Transição da filosofia moral popular para metafísica dos costumes* - Kant submete seu entendimento a diversos exemplos de comportamento humano para deixar claro que uma lei somente pode ser *universal* quando válida para todos indistintamente. Assim, ele afirma que *"temos que poder querer que uma máxima da nossa acção se transforme em lei universal: é este o cânone pelo qual a julgamos moralmente em geral"* (KANT, 1997, p. 62).

Logo, as leis universais para Kant são aquelas que podem ser aplicadas a todos os homens de forma indistinta, jamais se acomodando a situações empíricas da vontade humana.

E exatamente para assegurar o império soberano dessa lei moral universal é que se faz necessária na visão de Kant uma *metafísica dos costumes*.

A propósito, para melhor entender a posição kantiana sobre universalização da lei com sua vertente no Direito, Salgado (1995, p.199), além de lembrar que a lei *"para ser válida para todos, é formal, isto é, não pode levar em conta aspectos contigentes de sua aplicação subjetiva",* ressalta de que maneira Kant, dentro desse prisma de universalização, vislumbra o importante critério de igualdade, que, como se sabe, vem inspirando os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim ele diz:

> Kant retoma o princípio da igualdade de todos perante a lei como princípio formal da sua aplicação. A lei que proíbe matar não quer significar, para ser universal, que não se deva matar em determinadas circunstâncias. Tão só quer dizer que, se há exceção para a proibição da ação, a exceção deve alcançar todos os seres racionais. Esse formalismo do direito, já vislumbrado no direito romano, da igualdade abstrata de todos perante a lei e que provocou a acerbada crítica de Anatole France (Le Lys Rouge), segundo a qual a lei proíbe igualmente ao rico e ao pobre furtar um pão, 'mendigar e dormir debaixo da ponte', não é, contudo, o que acentua predominantemente o caráter universal da lei; essa universalidade advém do momento da elaboração e significa uma conformidade absoluta com a razão, na medida em que a vontade pura a cria de tal modo, que seja válida para todos os seres racionais. Nesse sentido, aceito o critério da admissibilidade de Krassuer, não seria avesso ao pensamento de Kant, o princípio da eqüidade que preside às situações concretas, pelo qual, por exemplo, não seria imoral o furto famélico, visto que, em tais circunstâncias, a sua prática não colidiria com uma forma racional de ação, aceita por todo ser racional. Essa questão, contudo, tem a ver mais com o tema 'específico do imperativo categórico; é mais do que o conceito de lei moral' (SALGADO, 1995, p. 199-200).

Percebe-se, portanto, a influência do pensamento kantiano para o Direito contemporâneo, que não obstante esteja, e sempre esteve, muito diretamente tangido pelos interesses individuais, o que definitivamente é rejeitado pela filosofia de Kant, recebeu grande contribuição de tal filosofia, na medida em que o Direito aparece como exigência de uma sociedade livre de indivíduos que reclama uma legislação universal fundada na razão pura.

Dessarte, nos Estados de Direito pleno, a legislação universalizada surge como fundamento indispensável para a convivência em sociedade. Por isso mesmo, nas respectivas constituições, encontramos princípios como a da garantia da liberdade, da vida, da igualdade e do livre pensamento, que, independentemente de sua aplicação na prática, afiguram-se como máximas universalizadas e fundadas na razão *a priori* de uma sociedade organizada.

Entretanto, a Ciência do Direito reclama não apenas um ordenamento jurídico adequado, mas a ação prática que se expressa de forma candente perante o Judiciário e por intermédio do princípio do devido processo legal (*due process of law*). Daí por que se torna fundamental estabelecer, conhecer e estudar cada vez mais os princípios éticos aplicáveis à atividade jurisdicional, resguardando, inclusive, sua independência para que este possa atuar adequadamente na pacificação dos conflitos de interesses da sociedade.

5 Ações éticas no exercício da atividade jurisdicional

Procurou-se até agora demonstrar que a ausência de um referencial de moralidade, patente nas sociedades consumistas, conduz a insegurança e injustiças, sendo, dessarte, a busca da ética imprescindível no Estado que se insere nos paradigmas de direito e democrático.

No entanto, o exercício da ética precisa encontrar um grau de cientificidade, razão por que o universalismo pregado por Kant, malgrado todos os seus exageros de uma visão extremamente asséptica, revela-se como importante passo para se estabelecer os parâmetros de atuação do Estado e da sociedade.

E não poderia ser diferente em relação ao juiz e Judiciário, que necessitam desse paradigma ético para bem exercer suas funções institucionais.

Como lembra Dallari (2002), citando Raúl Zaffaroni, malgrado nas universidades latino-americanas se tenha uma preocupação de aprofundamento de temas de direito básico e processual, há uma verdadeira omissão quanto ao estudo e pesquisas sobre o Poder Judiciário, e mais ainda de análise sociológica do exercício da função jurisdicional. Isso se deve, salienta Dallari com apoio em Zaffaroni, à circunstância de que uma investigação dos juízes, especialmente no campo sociológico, representa uma forma de "desacato".

Por isso mesmo, Dallari (2002), ao salientar que faltam nos cursos de Direto das universidades no Brasil disciplinas voltadas para o aprimoramento da estrutura institucional incumbida de aplicar os conhecimentos adquiridos de direito material e processual, oferece um modelo que na verdade representa estudo concreto e prático da ética por parte do profissional da área jurídica, que se revelará imprescindível para exercício da atividade dos juízes. Assim, pois, ele afirma:

> Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimento sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los (DALLARI, 2002, p. 30).

Outro aspecto a ser levado em conta para estabelecer o exercício ético da atividade jurisdicional, contribuindo, assim, para a almejada segurança jurídica com justiça, é o que vem precisamente ressaltado por Luiz Flávio Gomes (1997) quando assinala ser indevida a afirmação de que a atividade jurisdicional é antidemocrática, ao simples argumento de que os membros do Judiciário não são eleitos por sufrágio universal. Essa colocação é equivocada, no seu entendimento, a partir de algumas peculiaridades dessa mesma atividade, notadamente quando se esquece que o exercício da jurisdição pressupõe o devido processo legal, inserido em um sistema de constante dialética, tendo como parâmetros as garantias fundamentais constitucionalizadas do contraditório, ampla defesa e isonomia. Nesse sentido, Gomes presta importante contribuição para a formação concreta de uma ética dos juízes em sua atividade precípua, ao sustentar que:

> Diante do exposto, quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, pelo fato de que seus membros não são eleitos pelo sufrágio universal, desconhece por completo que sua legitimação democrática formal tem natureza completamente distinta da legitimação política representativa. Desconhece, ademais, que vários membros do Poder Judiciário são oriundos de carreiras distintas, que o ingresso na carreira é concretizado com a participação da OAB (CF, art. 93, I), que pessoas do povo (no júri) participam da distribuição da Justiça e desconhecem, por fim, a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão de cada dia é o *diálogo*, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio do contraditório (CF, art. 5º, inciso LV) (GOMES, 1997, p. 123).

E, além da preocupação da formação do magistrado desde o seu curso de Direito, como refere Dallari (2002), e de sua vinculação à dialética processual, bem lembrada por Gomes (1997), como fatores essenciais à conformação na prática da eticidade exigida para o juiz, afigura-se, outrossim, importante a colocação de José Renato Nalini (1994, p. 91), ao se referir à necessidade de o juiz manter-se, no desempenho de suas atribuições, nos limites dos fundamentos constitucionais, isto é, dos "valores adotados como bons pelo formulador originário desse pacto". Ademais, acrescenta Nalini:

> O profissional juiz subordina-se a uma normatividade ética derivada não apenas da Carta Fundamental, que prevê as vedações do parágrafo único do art. 95, mas também do Estatuto da Magistratura - de índole igualmente constitucional, com sede no art. 93. Essa normatividade hoje vigora sob a forma da Lei Complementar Federal 35, de 14.3.79, a conhecida LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pela superveniente ordem fundante. Não se está diante de uma ética, pois não existem, substancialmente, idéias divergentes sobre o bem e a perfeição. Mas uma espécie do mesmo gênero, consoante confirma Antonio Peinador Navarro: 'A moral profissional é uma aplicação da moral à profissão, ou melhor, ao profissional [...] Não hão de ser, nem podem ser, distintos princípios, de razão ou revelados, que rejam a vida moral do profissional, enquanto tal, dos que hão de reger a vida de qualquer mortal, posto que a moral, como a verdade, não pode ser mais que uma. Sem prejuízo, nem tudo o que é princípio ou base do raciocínio prático tem porque endereçar-se ao profissional, nem aquele que a ele se aplica, idêntico em sua concepção genérica, chega ou há de chegar até ele da mesma forma e com a mesma carga de conclusões com que chega aos demais, enquanto alheios ao mundo da profissão'.

Destaca Nalini (1994, p. 93) a preocupação de enunciação de um Código de Ética Judicial, merecendo menção o decálogo do Juiz Juan Carlos Mendoza, Professor da Universidade Católica de Assunção e assim redigido:

> *1. Sê honesto*. O conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o Direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e se impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.
> *2. Sê sóbrio*: a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.
> *3. Sê paciente*: quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça, leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de sua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, uma pessoa humana.
> *4. Sê trabalhador*: deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente que o que está em jogo é a própria justiça.
> *5. Sê imparcial*: o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.
> *6. Sê respeitoso*: respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos.
> *7. Sê justo*: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Do ponto de vista técnico, hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.
> *8. Ama o Direito*: se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o Direito uma devoção maior porque não te dará triunfos, nem riquezas.
> *9. Sê independente*: tuas normas hão de vir unicamente das normas da lei e de tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens teham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é uma garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder.
> *10. Defende a liberdade*: tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de magistrado, em alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma lei e não te embaraces no atentado contra uma única garantia (NALINI, 1994, 93-95).

Ao magistrado no exercício desse seu mister, isto é, de defesa da liberdade de maneira indissociável da ética e, por conseguinte, como fator de garantia de segurança jurídica e social, incumbe, conforme também ensina Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002), ter uma perspectiva da jurisdição como elemento de inclusão social ou de efetivação da cidadania, entendida a partir de novos paradigmas de (re) construção do direito processual. O mesmo jurista explica essa sua posição:

> O Direito Material é do povo, porque o ato de legislar do Estado consiste em retratar os costumes, os valores e os princípios contemplados pela sociedade. Tanto que se dis-

> cute se o costume é fonte material do direito ou apenas de revelação do direito.
> No entanto, o Direito Processual é para o povo. A sociedade não legisla diretamente no direito processual, senão por meio de seus representantes no parlamento. O Direito Processual é produto da necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional. Suas normas indiscutivelmente regulam os princípios informadores, temperados pela realidade e pelo bom-senso.
> O caráter transformador que impregna a atividade jurisdicional bem norteia o endereçamento do direito processual: o proveito social. A sociedade é 'consumidora' das normas processuais no afã de conferir eficácia forçada dos direitos subjetivos espontaneamente ineficazes.
> No intuito de se obter o direito objetivo - o direito interpartes, real, concreto e forçosamente eficaz - o Estado não só pronuncia a tutela jurisdicional, como lhe dá efetividade. No âmbito da realização da inclusão social, a efetividade da jurisdição é mister para a consecução do fim desejado. (MOREIRA DE PAULA, 2002, 207-208).

É indiscutível que sem eficácia do direito processual jamais serão alcançados os objetivos da sociedade de segurança com justiça (ética), razão pela qual se impõe refletir sobre o modelo atual e suas consequências, bem como sobre a reestruturação a partir de paradigmas democráticos que na contemporaneidade não se amoldam a um sistema de litigiosidade irresponsável, a qual compromete o próprio funcionamento do aparelho estatal judiciário, e que não responde aos anseios de uma sociedade participativa.

Por fim, não se pode olvidar a preservação da independência do Judiciário, sem se descurar a harmonia com as demais funções estatais[4], motivo pelo qual se afigura essencial a referência aos chamados "princípios básicos de independência do Judiciário", adotados no "Sétimo Congresso das Nações Unidas na Prevenção de Crimes e Tratamento de Transgressores"[5], a saber:

> 1 - A independência do judiciário deve ser garantida pelos Estados e assegurada na Constituição ou na lei do país. É dever de todos os governos e de outras instituições respeitarem e observarem a independência do judiciário.
> 2 - O judiciário deve decidir os conflitos com imparcialidade, com base nos fatos e de acordo com a lei, sem qualquer restrição, influências indevidas, induzimentos, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, vindo de qualquer direção ou por qualquer razão.
> 3 - O judiciário deve ter jurisdição sobre todos os assuntos de natureza judicial e deve ter autoridade exclusiva para decidir se um problema se submete à sua decisão dentro da competência definida por lei.
> 4 - Não devem existir quaisquer interferências inapropriadas e sem justificativa com o processo judicial, nem deverão as decisões proferidas pelas cortes serem submetidas a revisão. Este princípio é sem prejuízo da revisão judicial ou mitigação ou comutação pela competente autoridade das sentenças estabelecidas pelo judiciário, de acordo com a lei.
> 5 - Qualquer um deve ter o direito de ser julgado por cortes ordinárias ou tribunais que se utilizem do processo legal. Tribunais que não se estabeleçam pelo devido processo legal não deverão ser criados visando deslocar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias ou tribunais judiciais.
> 6 - O princípio da independência do judiciário autoriza e exige que o judiciário assegure que os procedimentos judiciais são conduzidos imparcialmente e que os direitos das partes são respeitados.
> 7 - É obrigação de cada Estado Membro suprir os recursos adequados para possibilitar ao judiciário desempenhar suas funções corretamente (p. 41-42, tradução livre) (QUINN, [1997?],p. 41-42).

6 Conclusão

Não obstante a natural limitação deste trabalho, como na introdução já se chamou atenção, é possível por ele vislumbrar, como um canal de reflexão, que a segurança jurídica e social somente será atingida por intermédio da realização de uma *liberdade ética*.

E é inegável que a Ciência do Direito se sustenta no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte, existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois, enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta lembrar que são universal e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas estas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa uníssona condenação imposta por uma *ética universalizada*.

---

[4] Importante notar, a este respeito, que Montesquieu dedica, na citada obra, capítulo VI do Livro XI, apenas seis parágrafos sobre a separação de Poderes. Em todos os demais setenta e um parágrafos trata da harmonia entre eles.

[5] *Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985*
Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from August 26 to September 6, 1985, and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of November 29, 1985 and 40/146 of December 13, 1985.
Independence of the Judiciary
1. The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the coun try. It is the duty of all governmental and other institutions to respect,observe the independence of the judiciary.
2. The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.
3. The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law.
4. There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions bay the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by compe tent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o juiz não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações humanas e que são estudados pela história, sociologia e psicologia.

Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito, não se pode negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se poderá fundar um Estado de Direito pleno.

Portanto, não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso significaria, como já significou e continua significando em diversos países, o exercício do totalitarismo e da tirania. Dessarte, como assevera o prof. Calmon de Passos, "inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito [...]" (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 83).

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleçam os controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional, de acordo com o paradigma constitucionalizado do devido processo legal, nele compreendidos sempre o juízo natural, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia das partes.

De resto, cumpre assinalar que a filosofia, embora se acredite não se presta a formular soluções para os problemas humanos, pelo menos nos permite *pensar*, e, pensando, o ser humano estará exercendo a sua *liberdade*.

7 Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272 p.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 166 p.

DINIZ, Arthur José Almeida. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 216p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura*: no Estado Constitucional e Democrático de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 266 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 416p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. 117 p.

MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social:* revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002. 214 p.

NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. *In* NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 85-106.

QUINN, Frederick. *Human rights and you*. Warsaw/Poland: OSCE/ODIHR, [1997?]. 252 p.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant* - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

...

5. Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals.

6. The principle of the independence of the judiciary entitles and requires the judiciary to ensure that judicial proceedings are conducted fairly and that the rights of the parties are respected.

7. it is the duty of each Member State to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions.

Municípios e a regularização fundiária

Armando Ghedini Neto[*]

Sumário: I - Introdução. II - A propriedade imobiliária e o registro. III - Ocupação de terrenos pertencentes à Municipalidade. IV - Loteamentos irregulares. V - Matrículas imobiliárias que têm por objeto uma fração ideal dentro de um todo maior (em face do não cancelamento da matrícula original e da abertura de novas matrículas). VI - Conclusão. VII - Referências bibliográficas.

I - Introdução

Uma das características do Registro de Imóveis diz respeito à publicidade e segurança jurídica dada aos proprietários e prováveis adquirentes de imóveis. Ocorre que nem sempre todos os princípios e regras relativos à matéria são observados, causando inúmeras irregularidades fundiárias.

Durante certo período, essas irregularidades foram ignoradas. Contudo, com o desenvolvimento da sociedade, com o crescente processo de urbanização e a evolução das cidades, não se tornou possível fechar os olhos a esses problemas.

O presente estudo tem por escopo salientar a importância dada à propriedade pela Constituição da República, elevando, via de consequência, o valor do Registro de Imóveis. Também serão apontadas algumas anomalias existentes, bem como as possíveis soluções a cada uma delas.

II - A propriedade imobiliária e o registro

A cidade é uma projeção da própria sociedade em um espaço físico, ocasionando uma multiplicidade de relações, obrigações e deveres por parte dos poderes públicos e dos particulares, de modo a proporcionar um amplo desenvolvimento e proteção dos direitos individuais e sociais, da dignidade da pessoa humana, dos valores democráticos e ambientais.

O assunto envolvendo as cidades está intimamente relacionado ao direito de propriedade, sendo necessário, ao mesmo tempo, distinguir e relacionar a propriedade privada ao espaço e ao domínio público.

Sem dúvida, um dos temas jurídicos mais importantes está relacionado à propriedade, que é considerada o mais amplo dos direitos reais e possibilita ao seu titular, nos termos do art. 1.228 do Código Civil, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O constitucionalismo contemporâneo busca uma ordem social mais justa, democrática e solidária, fazendo com que a propriedade fique permeada de novos valores, notadamente sociais, afastando-se o individualismo anteriormente existente.

Nesse diapasão, o art. 5º, XXII, da Constituição da República garante o direito de propriedade, dispondo, ainda, no inciso XXIII, que esta atenderá a sua função social.

Função social foi introduzida na legislação pátria como uma cláusula geral, permitindo uma influência ininterrupta dos valores sociais, de modo a mantê-la sempre atualizada. Tal conceito, por ser impreciso e vago, tem gerado inúmeras interpretações.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 273) leciona com maestria que a função social se configura como expressão de conteúdo indeterminado e plurissignificativo, visto que passível de diversas valorações em relação a idênticos fatos sociais, dependendo de quem está interpretando. Segundo ele, essa imprecisão conceitual reclama delineamento mais exato no intuito de propiciar uma concreta execução das disposições contidas na Constituição da República.

Existem aqueles que afirmam que a função social da propriedade tem relação direta com a sua utilização, incidindo sobre os poderes inerentes a esse direto, que deve servir ao bem da coletividade (LEAL, 2003, p. 32).

Diversamente, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 37) sustenta que se podem classificar os bens em de consumo e de produção. Ressalta que os bens de produção são as fontes de riqueza de uma sociedade, enquanto os bens de consumo são destinados ao uso do seu proprietário. Segundo ele, somente os bens de produção têm por obrigação exercer uma função social, vinculando uma coisa ao interesse coletivo.

Finalmente, Nelson Rosenvald (2003, p. 26-27) afirma que a função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. E continua dizendo:

> Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá legitimidade à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios sociais. Caso contrário, o ato de autonomia privada se considera inválido.
> [...] a função social vai muito além, pois estabelece limites internos e positivos à atuação do proprietário.

Em outros incisos, o constituinte demonstrou claramente a sua intenção de proteger o direito de propriedade, dizendo que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (art. 5º, inciso XXVI, da Constituição da República).

---

[*] Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito Público pelo xCAD - Centro de Atualização em Direito.

Excepcionou a regra nos incisos XXIV e XXV do art. 5º, ao prever que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como a utilização da propriedade particular pela autoridade competente no caso de iminente perigo público.

Tais disposições estão inseridas no Capítulo I, Título II, da Constituição da República, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, motivo pelo qual devem ser amplamente protegidos contra quaisquer tipos de violações, seja por parte de particulares, seja por parte do próprio Poder Público.

É que, aos direitos individuais, deve-se dar interpretação extensiva, de modo a protegê-los e garanti-los o máximo possível, não se admitindo restrições, a não ser aquelas estabelecidas expressamente no próprio texto constitucional.

Lado outro, segundo o art. 6º da Carta Magna, a moradia é um direito social, que inegavelmente tem relação direta com a propriedade dos bens imóveis.

Já o art. 170, II e III, da Constituição da República estabelece que são princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função social da propriedade.

Por sua vez, o art. 182 e seus incisos do mesmo texto normativo, ao dispor sobre a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, impõem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, elevando o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, a instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, dizendo, ainda, que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

Ressalte-se, por oportuno, que os Entes Federados se beneficiam diretamente dos bens imóveis, seja na qualidade de proprietários, seja como instituidores e cobradores de impostos, *ex vi* dos arts. 20, 153, VI, 155, I, e 156, I e II, todos da Constituição da República.

Dessas considerações, verifica-se a relevância dada pela Constituição à proteção da propriedade, devendo os particulares bem como o Estado não só resguardá-la, como promover atos que potencializem a sua ampla utilização.

Já de outra feita, o Código Civil brasileiro, em seu art. 1.245, dispõe que a propriedade dos bens imóveis se transfere, entre vivos, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Demais disso, o § 1º deste artigo é no sentido de que, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Vê-se desse dispositivo que não basta o contrato para a aquisição, sendo necessário o registro imobiliário. Com isso, busca-se o direito de se opor o título de domínio contra terceiros.

Visando justamente dar publicidade e segurança jurídica aos proprietários e prováveis adquirentes de imóveis, e, em consonância com o art. 1.245 do Código Civil brasileiro, foi criado o Registro de Imóveis.

O procedimento do registro está previsto na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973) e se caracteriza por ser um ato translativo de propriedade ou de constituição de ônus reais, correspondendo a todos os acontecimentos envolvendo referido imóvel. Ressalte-se que os requisitos do registro estão dispostos no art. 176, § 1º, III, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973) e são: a data, o nome, o domicílio e a nacionalidade do transmitente ou do devedor, do adquirente, ou do credor, e demais dados aptos a qualificá-lo; o título da transmissão ou do ônus; a forma do título, sua procedência e caracterização; o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.

Ressalte-se que o registro do imóvel é antecedido pela matrícula, que nada mais é do que a descrição do imóvel, alcançando-se a sua individualização. Os requisitos da matrícula, segundo o art. 176, §1º, II, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973), são: o número de ordem, que seguirá ao infinito; a data; a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver; a identificação do imóvel, que será feita com indicação se rural, ou se urbano; o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como outros dados capazes de qualificá-lo; o número do registro anterior.

O registro difere da averbação, na medida em que esta se destina aos atos modificativos da situação física do imóvel e posteriores ao registro como, por exemplo, o cancelamento, a extinção dos ônus e direitos reais, a mudança de denominação e de numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis, das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso. A averbação está prevista no art. 167 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973).

Note-se que o registro imobiliário se informa por alguns princípios que são de fundamental importância para garantir a sua eficácia, tais como o da fé pública, da publicidade, identificação, prioridade objetiva, veracidade, continuidade, legalidade ou legitimidade, especialidade e unitariedade.

O princípio da publicidade faculta aos interessados o conhecimento da situação do imóvel mediante o acesso ao registro imobiliário. Nesse sentido reza o art. 17 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973): "Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido".

Já o princípio da continuidade determina que se mantenha um encadeamento ininterrupto das titularidades do imóvel, de modo que o antigo proprietário deve estar inscrito anteriormente ao novo titular, conforme exsurge dos arts. 195 e 222 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973).

O princípio da legalidade obriga ao oficial do registro, antes de proceder ao registro, a análise da legalidade e validade do título.

O princípio da especialidade, previsto no art. 225 da mencionada Lei de Registros Públicos, determina que nas escrituras sejam indicadas, com precisão, todas as características, confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

Por fim, o princípio da unitariedade é no sentido de que cada imóvel deve ter a sua própria matrícula, sendo que cada matrícula somente pode ter por objeto um único imóvel, conforme art. 176, § 1º, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973).

Feitas essas considerações e analisando a questão sob outro ângulo, pode-se afirmar que muitas irregularidades são ocasionadas por três fatores, a saber: I) ocupação de terrenos pertencentes à Municipalidade em virtude de contratos de compra e venda irregulares, ou simplesmente por concessão de alvarás para construção, sem que se procedesse à observância dos requisitos legais; II) constituição de loteamentos irregulares, também sem a existência dos requisitos previstos na Lei nº 6.766, de 1973, com a venda de lotes a diversas pessoas; III) finalmente, pela existência de matrículas imobiliárias que têm por objeto uma fração ideal dentro de um todo maior, em face do não cancelamento da matrícula originária e da abertura de novas matrículas.

Essas irregularidades não proporcionam ao registro imobiliário a segurança necessária, uma vez que os imóveis não estão perfeitamente individualizados, não se sabendo realmente as suas dimensões e a quem pertencem.

Sendo constatadas tais anormalidades, o oficial do registro imobiliário deve oficiar ao diretor do foro, o que ocasiona o bloqueio da matrícula.

É que o Oficial de Registro de Imóveis não pode proceder ao registro da compra e venda ou de outros negócios jurídicos que tenham por objeto imóveis em situações irregulares, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, *ex vi* dos arts. 52 da Lei nº 6.766, de 1979, 22 e 23, ambos da Lei nº 8.935, de 1994.

Tais bloqueios inviabilizam o registro e consequentemente o comércio seguro de imóveis. Como decorrência, não se podem receber incentivos fiscais resultantes de convênios com os governos federal e estadual visando melhorias na habitação do Município. Investimentos privados deixam de ser feitos ocasionados pela impossibilidade da aquisição dos bens imóveis ou de eventual constituição de direitos reais em garantia. Imobiliárias e corretores de imóveis ficam com seu trabalho inviabilizado em relação a tais imóveis. A construção civil também fica com a demanda reduzida, diminuindo a oferta de trabalho dos profissionais atuantes nessa área.

Daí se pode concluir que alguma solução deve ser dada, visando sanar as irregularidades encontradas, de modo a permitir o normal processo de desenvolvimento das cidades.

III - Ocupação de terrenos pertencentes à Municipalidade

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 939) conceitua bens públicos como:

> [...] todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

Os bens públicos se dividem, segundo o art. 99 do Código Civil brasileiro, em bens de uso comum, de uso especial e dominiais ou dominicais. Os primeiros são aqueles que admitem a utilização por qualquer pessoa indiscriminadamente, tais como as ruas, praças e praias. Os bens de uso especial são considerados aqueles utilizados pelo próprio Poder Público para a consecução das atividades administrativas em geral, neles se incluindo os prédios utilizados pelas Prefeituras e hospitais públicos. Por fim, os bens dominicais abrangem aqueles integrantes do patrimônio público disponível, como objeto de direito pessoal ou real das pessoas jurídicas de direito público. Estão incluídos nesta última classe os terrenos de marinha e as faixas de fronteira.

Ressalte-se, por oportuno, que os bens públicos não pertencem a determinada categoria de forma imutável, podendo passar de uma categoria a outra em virtude da sua afetação ou desafetação a determinado fim público.

O art. 100 do Código Civil brasileiro dispõe que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Por sua vez, o art. 101 do mesmo código é no sentido de que os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Nos termos dos citados artigos, os bens dominicais, diversamente dos de uso comum do povo e dos de uso

especial, por pertencerem à categoria dos bens patrimoniais disponíveis, podem ser alienados, respeitadas, é claro, as condições legais.

A alienação de bens imóveis da Administração Pública, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.666, de 1993, subordina-se à existência dos seguintes requisitos: interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais e de licitação na modalidade de concorrência.

É certo que a regra é de que a Administração Pública mantenha em seu patrimônio os seus bens. Contudo, em determinadas e excepcionais situações, a alienação pode ser conveniente e até mesmo vantajosa.

Com essas considerações, verifica-se que, a princípio, as alienações dos imóveis públicos sem os requisitos legais seriam todas nulas, acarretando ainda ao gestor público diversas consequências, tais como os crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666, de 1993; no art. 1º, X, do Dec.-lei nº 201, de 1967; bem como o ato de improbidade administrativa estabelecido no art. 10, I, III, IV e VIII, da Lei nº 8.429, de 1992.

Não é incomum se deparar com inúmeras irregularidades envolvendo alienações de imóveis públicos, criando-se um grande problema fundiário, na medida em que os particulares, de boa ou má-fé, passam a ocupar os bens adquiridos, construindo, revendendo e neles se estabelecendo.

Constatada a inexistência de algum dos requisitos legais para a compra e venda, resta saber se a Administração Pública tem a obrigação de anular o ato, ou se pode mantê-lo, deixando que produza seus efeitos.

Existem aqueles (MEIRELES, *apud* CARVALHO FILHO, 2006, p. 134) que entendem que, verificada a ilegalidade, haverá sempre a obrigação de anular o ato, em respeito ao princípio da legalidade estrita. Outros (OLIVEIRA, 1978, p.124; FAGUNDES, 1979, p. 52; MUKAI,1999, p. 229, *apud* CARVALHO FILHO, 2006, p. 134), contudo, afirmam que a Administração terá a opção entre a invalidação ou a manutenção do ato, observando-se a prevalência do interesse público.

Preferimos acompanhar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, para quem nenhuma das correntes doutrinárias está correta. Segundo o citado autor (2006, p.134), a regra geral é aquela de que o ato ilegal deve ser anulado pelo administrador, porquanto a Administração se rege pelo princípio da legalidade. Contudo, em determinadas momentos, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido como única atitude viável.

Ainda de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.135):

> [...] se essa deve ser a regra geral, há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido. Nesses casos, porém, não haverá escolha discricionária para o administrador, mas a única conduta jurídica viável terá que ser a de não invalidar o ato e deixá-lo subsistir e produzir seus efeitos.
>
> Tais situações consistem em verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: 1) o decurso do tempo; 2) consolidação dos efeitos produzidos. [...].
>
> Haverá limitação, ainda, quando as conseqüências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação.

Também se deve atentar que o princípio da segurança jurídica visa impedir que determinadas situações permaneçam eternamente instáveis, de modo a provocar incerteza nas pessoas.

Caso a opção fosse anular as alienações, provavelmente ocorreria um grande problema social, na medida em que os compradores perderiam o suposto direito de propriedade sobre os bens, gerando para a pessoa jurídica de direito público o poder-dever de reaver os imóveis públicos indevidamente ocupados, ocasionando um sério problema de moradia.

Também estariam sendo prejudicadas as finanças públicas, já que, com a volta do bem ao patrimônio público, o valor pago deveria ser devidamente restituído ao comprador, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Por fim, tal anulação ocasionaria fatalmente uma crise política, decorrente da falta de credibilidade da população nos atos governamentais, insegurança na aquisição de outros bens, e até mesmo na efetivação de investimentos.

Nessa hipótese, entende-se que a anulação traria um prejuízo ao interesse público primário muito maior do que a manutenção do ato.

Entretanto, por mais que a situação esteja consolidada e que os prejuízos morais, sociais, econômicos e políticos imponham a prevalência do ato que autorizou a compra e venda, entende-se que não se pode permitir que o patrimônio público seja dilapidado por preço vil.

Obtempere-se que o preço da aquisição deve ser compatível com o da avaliação. Caso tenha sido pago valor inferior e desproporcional, deve o adquirente complementar a quantia, de modo a não se locupletar em prol da Administração Pública.

Quanto à autorização legislativa, embora a regra seja a de que ela deva ser anterior, dada a excepcionalidade do fato e buscando justamente a regularização, entende-se que pode ser posterior, referendando a situação.

Note-se que o art. 17, f, da Lei nº 8.666, de 1993, dispensa a licitação nos casos de alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados

no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública.

Regularização fundiária é uma intervenção pública promovida pelos Entes Federativos, que objetiva legalizar a permanência das populações moradoras de áreas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando a segurança da posse, bem como melhorias na qualidade de vida da população beneficiária.

Diga-se, por oportuno, que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), em seu art. 2º, XIV, estabelece que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante, entre outros, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda através do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Tais disposições visam promover e regulamentar o bom e sustentável desenvolvimento das cidades.

Dentro dessa sistemática, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001) estabelece normas de ordem pública e interesse social, que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O art. 2º e incisos I, IV e XIV, da Lei nº 10.257, de 2001 estabelecem que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as diretrizes gerais, dentre as quais se destacam:

> I - a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
> IV - o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
> XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação considerados a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Assim, conclui-se que aquelas situações de ocupação em virtude de aquisição já devidamente consolidadas pelo tempo e pelas circunstâncias podem ser regularizadas através de legislação específica de cada Ente Federado sobre o tema, desde que haja o pagamento de um preço compatível com a avaliação, ou sua devida complementação.

A título de exemplo, cite-se que o Município de Belo Horizonte, no art. 7º, VII, c/c o art. 31, VI, VII, VIII, XIII, c/c o art. 42, II, c/c o art. 57 da Lei nº 7.165, de 1996, previu expressamente a possibilidade de regularização fundiária, dispondo especificamente na Lei nº 7.166, de 1996, sobre as condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no Município. Por fim estabeleceu na Lei nº 9.074, de 2005, sobre a regularização de parcelamentos do solo e de edificações no Município. Do mesmo modo, procedeu o Município de Ipatinga, no art. 1º da Lei nº 1.518, de 1997.

Cumpridas todas essas exigências, o Ente Federado providenciará a regularização do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis através do instrumento de compra e venda.

Frise-se que o art. 213, § 15, da Lei nº 6.015, de 1973, estabelece que não são devidas custas ou emolumentos notariais ou de registro, decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da Administração Pública.

Dessarte, esclareça-se que não se trata de uma faculdade do Município, mas sim de uma obrigação, já que a ele cabe legislar e agir especificamente para regularizar a situação urbanística em seu território.

Caso assim não proceda, e em observância aos arts. 1º e 4º da Lei nº 7.347, de 1985, poderá o Ministério Público ou os demais legitimados ajuizar ação civil pública visando compelir o Município a agir e a responsabilizar a autoridade omissa.

IV - Loteamentos irregulares

A constituição de loteamentos de forma irregular com a venda de lotes a diversas pessoas é outra situação que ocorre com frequência em diversos Municípios.

Tal situação se dá em virtude de muitos dos loteamentos terem sido feitos em datas em que não estava em vigor a legislação que regulava a matéria, da falta de conhecimento de alguns dos registradores, bem como da ausência de fiscalização do Poder Público.

O loteamento é um outro componente do processo de urbanização e se caracteriza por ser um conjunto de lotes destinados à venda e à edificação urbana. Nele coexistem interesses particulares e públicos.

A Lei nº 6.766, de 1979, dispõe sobre parcelamento do solo urbano, estabelecendo em seu art. 6º que compete aos Municípios definir as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário. Os Municípios devem aprovar previamente os projetos de loteamentos e/ou desmembramentos (art. 12), acompanhando, ainda, a implementação das obras de infraestrutura do empreendimento.

Verifica-se, assim, a imposição da efetiva participação do Poder Público na fiscalização da regularidade do loteamento, primando pelo atendimento do interesse público. Nesse sentido, Rogério Gesta Leal (2003, 196) ensina que:

> Por tais fatos, a atividade da Administração Pública não se resume à aprovação do projeto de loteamento ou de desmembramento, devendo, ainda, persistir durante todas as suas fases de instalação e efetiva confecção material, exercitando seu poder de polícia, para assegurar que tal parcelamento se enquadre e respeite as disposições legais consectárias.

Ressalte-se que somente com a aprovação do Município e com o registro em Cartório de Registro de Imóveis pode-se considerar como regular o parcelamento do solo.

O art. 52 da Lei nº 6.766, de 1973, proíbe o registro de loteamentos ou desmembramentos não aprovados pelos órgãos competentes. Já o art. 50 da referida lei considera crime contra a Administração Pública dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições da citada lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios. Por fim, o art. 37 da mencionada lei veda a venda ou promessa de venda de parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

Nos termos do art. 38 da Lei nº 6.766, de 1973, verificado que o loteamento ou desmembramento não se acham registrados ou regularmente executados, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta. Frise-se que o Município e o Ministério Público poderão promover ao loteador a notificação prevista no citado artigo.

De outra feita, o art. 40 da Lei nº 6.766, de 1973, estabelece que o Município, se desatendida pelo loteador a notificação prevista no art. 38, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento não autorizados ou executados sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Note-se que o loteador, ou qualquer pessoa física ou jurídica que se beneficiou, de qualquer forma, do loteamento ou desmembramento irregulares, será solidariamente responsável pelos prejuízos por ele causados aos compradores de lotes e ao Poder Público (art. 47 da Lei nº 6.766, de 1973), ainda que já tenham vendido todos os lotes (art. 45 da Lei nº 6.766, de 1973).

Regularizado o loteamento ou desmembramento pelo Município, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro de propriedade do imóvel em questão.

Tais medidas não são de utilização discricionária da Administração Pública, constituindo uma obrigação do Poder Público, visando evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano, sem prejuízo das sanções criminais aplicáveis aos responsáveis pela ilegalidade. Essa ação suprirá a inexistência de aprovação do projeto.

É importante ser frisado que os arts. 1º e 3º da Carta Magna, ao disporem que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, revelam valores importantes a serem atingidos, procurando alcançar de forma completa a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Por isso, o Estado deve buscar reformas e ações concretas e efetivas no sentido do atingimento do bem-estar social e do completo desenvolvimento das cidades, não podendo se restringir a cobrar impostos e esperar que o loteador ou particular prejudicado regularize a questão imobiliária.

Novamente ensina Rogério Gesta Leal (2003, p.152):

> Isto porque há uma idéia de democracia substantiva presente no texto constitucional, apresentada não como algo definitivamente realizado, mas como um princípio normativo que indica e impõe as metas a serem alcançadas. É assim que, enquanto instituição jurídica e política, o Estado passa a ser o principal responsável pela efetivação e proteção da função social dos direitos fundamentais, devendo abandonar, para tanto, sua neutralidade e apoliciticidade, assumindo funções transformadoras das estruturas sociais e econômicas.
> A Constituição passa a ser, assim, um estatuto de organização social, traçando, efetivamente, um plano de atuação concreta, e não uma simples utopia.

Isso significa que o Município, sendo parte integrante da estrutura da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, deve priorizar a efetivação dos princípios e objetivos estabelecidos na Carta Magna, no âmbito municipal, e em seu espaço territorial, estabelecendo um Estado Democrático de Direito de forma efetiva e substancial. Deve, por isso, ter como objetivo o desenvolvimento e o bem-estar de todos, não apenas atendendo aos serviços de saúde, saneamento e educação, mas utilizando-se de ações que tendam à promoção do incremento das cidades.

Falando especificamente sobre o tema, o citado autor (LEAL, 2003, p. 202-203) sustenta a obrigatoriedade da regularização:

> Ocorre que, considerando-se as particularidades dos interesses sociais envolvidos no parcelamento do solo urbano, e tendo em vista a indispensável preservação dos padrões de desenvolvimento urbano e a defesa dos direitos dos adquirentes de lotes, o Poder Executivo, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público deve promover a regularização do parcelamento, até porque inadmissível se admitir a transigência da Administração para renunciar à regularização, motivo por que alguns doutrinadores e a própria jurisprudência vêm entendendo não ser mera faculdade o que a lei determina, apesar de se falar em poder.

Nesse diapasão, caso o Município não promova a regularização dos loteamentos, incorre em omissão, fazendo surgir a possibilidade de utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público.

É sabido que o *Parquet* tem legitimidade ativa para proteção de situações envolvendo a ordem urbanística, *ex vi* do art. 1º, IV, c/c o art. 4º, c/c o art. 5º, I, ambos da Lei nº 7.347, de 1985. Para tanto, pode celebrar termos de ajustamento de conduta e até mesmo propor ações civis públicas.

Entretanto, não basta ao Município proceder, a qualquer custo, à regularização do parcelamento. É preciso que o Poder Público efetue um planejamento adequado, demonstrando o que realmente gastará nesse mister, incluindo tais valores no orçamento anual, sob pena de flagrante ilegalidade.

Também não se pode esquecer de observar todos os demais requisitos previstos nos arts. 4º a 6º, da Lei nº 6.766, de 1979, tais como as áreas destinadas ao sistema de circulação, à implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como aos espaços livres de uso público.

Obtempere-se que o Município que promover a regularização do loteamento poderá obter judicialmente do loteador o ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento.

Procedendo desse modo, estar-se-á promovendo a regularização do espaço urbano, otimizando a função social da cidade sem, contudo, causar prejuízos ao erário, garantindo-se, assim, o efetivo atendimento ao interesse público.

V - Matrículas imobiliárias que têm por objeto uma fração ideal dentro de um todo maior (em face do não cancelamento da matrícula originária e da abertura de novas matrículas)

Outro grande problema fundiário refere-se às frações ideais de imóveis dentro de um todo maior, ocasionando incerteza quanto à correta delimitação do terreno. Os proprietários dessas frações de terra são condôminos.

A existência do condomínio é uma exceção ao princípio da exclusividade que estabelece que a propriedade somente possa pertencer a uma pessoa.

Lado outro, o próprio ordenamento jurídico autoriza que cada condômino possa, sem o consentimento dos demais, vender ou dar em garantia a sua fração ideal no terreno (arts. 1.314 e 1.420 do Código Civil brasileiro).

Ocorre que inúmeras dúvidas são suscitadas, acarretando, consequentemente, o bloqueio de diversas matrículas.

Para a solução do problema, bastaria que os condôminos se dirigissem ao Cartório de Registro de Imóveis e, de comum acordo, solicitassem o cancelamento da matrícula originária, com a consequente abertura de tantas matrículas novas quantos fossem os proprietários. Contudo, lembre-se que deve ser respeitado o módulo urbano ou rural e feita a medição através do georreferenciamento nos casos exigidos pelo art. 176, § 3º, da Lei nº 6.015, de 1973.

O art. 213, § 9º, da mencionada lei é no sentido de que, independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão, desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística.

Note-se que inúmeros proprietários não se interessam pela regularização desses terrenos, visto que não lhes trará nenhum proveito imediato, além dos custos cartorários para o atingimento da regularização e do pagamento do georreferenciamento a ser elaborado por um perito.

Caso não haja acordo, as ações de divisão e usucapião podem ser utilizadas para a solução do impasse. Não se pode esquecer de que são procedimentos demorados e dispendiosos.

Em todas essas hipóteses, novamente se estaria esperando que o particular tomasse a iniciativa da regularização e no momento que bem lhe aprouvesse.

Anteriormente, as normas que regiam a matéria referente à propriedade e ao seu registro (Lei nº 6.015, de 1973) não previam a possibilidade de o Estado intervir na propriedade determinando a dissolução de condomínio.

No entanto, conforme já ressaltado, o art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição da República garante o direito de propriedade, desde que atendida a sua função social. Mais adiante, prevê, nos arts. 22, I, e 24, I, que compete privativamente à União legislar sobre direito civil e sobre normas gerais do direito urbanístico.

Já o art. 182 da Constituição da República estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, elevando o plano diretor a instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Por sua vez, o art. 182, § 2º, da mesma norma, ao prever que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, afirma que o direito de propriedade não é absoluto, mas condicionado à função social.

Mencionado artigo, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 273), objetivou o senti-

do de função social, de forma que a propriedade estará assegurada se guardar compatibilidade com os parâmetros traçados no plano diretor.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (*apud* CARVALHO FILHO, 2009, p. 273), a função social é, assim, "a linha limítrofe entre a garantia, ou não, do direito de propriedade".

Sobre o assunto Toshio Mukai (*apud* CARVALHO FILHO, 2009, p. 273) leciona que:

> [...] não há dúvida de que, diante de tais parâmetros, é certo afirmar que o plano diretor *'passa a ser um instrumento legal que, até certo ponto, pode mesmo adentrar o direito de propriedade'*, pois, para tornar efetiva a sua função que hoje compõe o próprio direito de propriedade, *pode 'impor obrigações de fazer e de não fazer'* e, ainda, dentro de certos limites que não extrapolam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impor obrigações de dar (sem grifos no original).

Do mesmo modo, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 274) entende que as normas do plano diretor têm influência dentro do âmbito do próprio direito de propriedade, normalmente instituindo algumas limitações aos proprietários em favor do interesse da coletividade.

Em consonância com o art. 182 da Constituição da República, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), em seu art. 39, prevê que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Do mesmo modo, o art. 40 reza que o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, o Estatuto da Cidade prevê a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização; o uso e a ocupação do solo e a edificação, considerando-se a situação socioeconômica da população; as normas ambientais, a simplificação da legislação de parcelamento, o uso e a ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais.

O Estatuto da Cidade coloca como uma de suas diretrizes gerais a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, buscando permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV).

Diga-se, por oportuno, que a referida lei, em seu art. 4º, III, *a, b, c, g* e *h*, e IV, *a, b* e *c*, dispõe que serão utilizados, entre outros instrumentos, o planejamento municipal, em especial o plano diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, o zoneamento ambiental, os planos, programas e projetos setoriais, os planos de desenvolvimento econômico e social. Como institutos tributários e financeiros, estão criados o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, a contribuição de melhoria e os incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Já no art. 4º, inciso V, *i, p,* e *q* (Lei nº 10.257, de 2001), há previsão, dentre outros institutos jurídicos e políticos, de desapropriação, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, operações urbanas consorciadas e regularização fundiária.

O art. 182, § 4º, da Constituição da República faculta ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, entre outras sanções, do parcelamento compulsório. Essas providências procuram ajustar a propriedade privada ao bem-estar social.

Para tanto, deverá ser incluído o imóvel no plano diretor e elaborada uma lei municipal específica contendo a referida área. É de ser ressaltado que as áreas a serem incluídas devem ser escolhidas pelos Municípios, não se podendo incluir toda a cidade na referida lei, sob pena de se ferir o princípio da razoabilidade. Também não pode o Poder Judiciário determinar ao Município a inclusão de determinado terreno, uma vez que se trata de competência constitucional do Município.

O parcelamento do solo ocorre quando se procede a sua subdivisão, em partes iguais ou não, resultando daí outros imóveis autônomos em substituição à área total e agora parcelada.

O parcelamento do solo pode ser feito através de loteamento ou de desmembramento. O loteamento já foi devidamente comentado no item anterior, motivo pelo qual deixamos de nos manifestar novamente.

No desmembramento, há o aproveitamento do sistema viário já implantado, executando-se apenas a divisão do lote, o que não ocorre no loteamento, visto que se torna necessária a abertura de vias de circulação, logradouros públicos e de áreas *non aedificandi*.

No parcelamento compulsório, não se faz presente o elemento volitivo do proprietário, imputando uma conotação de penalidade àqueles donos de imóveis em dissonância com o plano diretor.

Com respeito às opiniões em contrário, entende-se que a função social da propriedade estará sendo atendida com a regularização das matrículas dos referidos imóveis.

Não se pode admitir que um proprietário, egoisticamente, se recuse a proceder ao desmembramento de um imóvel irregular, prejudicando diversos outros indivíduos.

Esperar que as pessoas diretamente interessadas tomem a iniciativa é postergar o problema e manter a situação irregular.

Lado outro, considerar que a função social somente se aplica aos bens de produção é reduzir drasticamente o seu alcance e tornar inócuas e vazias todas as normas e institutos criados no Estatuto da Cidade, na Constituição da República e em diversas outras leis. Estar-se-á privilegiando o individualismo desarrazoado e relegando o bem-estar coletivo a um segundo plano.

José Afonso da Silva (2008, p. 78-79) considera que a Constituição da República acolheu a doutrina de que a propriedade urbana é um típico conceito do direito urbanístico e afirma, citando Spantigatti, que:

> A função social da propriedade urbana 'constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade'. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.

Segundo mencionado autor (SILVA, 2008, p. 80), é o direito urbanístico que determina os princípios que dominam o regime jurídico da propriedade urbana. Para ele:

> O regime jurídico da propriedade urbana tem seu lado civil, como tem seu lado administrativo e tributário. Aquele, no entanto, só diz respeito às relações civis do direito de propriedade, que geram, como vimos, um direito subjetivo do proprietário em face das demais pessoas, que têm o dever de respeitar a situação jurídica subjetiva ativa (de vantagem) do proprietário. É nesse âmbito que interferem as disposições sobre a propriedade contidas na legislação civil, inclusive as limitações de direito privado.

A regularização das matrículas atende à função social da propriedade, na medida em que coloca os imóveis em condições legais de serem transferidos, propiciando a segurança jurídica necessária ao seu registro. Assim, novamente poderão ser comercializados, com o reaquecimento do setor da construção civil, fazendo com que haja circulação de riquezas e geração de empregos. Também retornarão os investimentos públicos e privados que exijam a transmissão da propriedade.

Do mesmo modo, a correta metragem dos lotes, a existência de um sistema viário correto, com a presença de espaços públicos delimitados e as áreas *non aedificandi* são fundamentais para um aproveitamento racional e adequado.

Além disso, não se pode olvidar que, estando regulares as matrículas dos imóveis, se poderá controlar, de forma eficaz, a existência da reserva legal e, via de consequência, da proteção ambiental. A defesa do meio ambiente relaciona-se diretamente aos fins sociais, na medida em que é essencial a boa qualidade de vida das pessoas do campo e da cidade.

Por isso, atendem ao interesse coletivo, propiciando áreas livres dentro dos lotes, destinados a assegurar a luz e a ventilação às moradias, bem como espaços para árvores e vegetação. Essas disposições relacionam-se diretamente com a paisagem das cidades, sendo parte do meio ambiente urbano.

No que tange ao sistema viário, o correto planejamento, com a construção de ruas e avenidas adequadas ao tráfego da região e a colocação de semáforos nos melhores locais, contribui para a redução do tempo em que as pessoas utilizam para se locomoverem, permitindo que disponham de mais espaço para si e para a sua família.

Lado outro, conforme ressaltado por José Afonso da Silva (2008, p. 310): "O traçado equilibrado da cidade concorre para o equilíbrio psicológico de seus habitantes, visitantes e transeuntes". Ao ter seu imóvel regularizado, a pessoa vincula-se afetivamente a ele, passando a realizar melhorias em sua casa. Quem mora de aluguel, ou em imóvel irregular, não investe da mesma forma que o faria se o imóvel estivesse regular ou se fosse seu, uma vez que ficam sempre na expectativa de que, a qualquer momento, poderá ser determinada a sua desocupação.

Ademais, dependendo da precariedade da ocupação, nem endereço a pessoa tem. Com a regularização, haverá inclusão do morador numa situação de legalidade perante o Estado, começando a se reconhecer e a ser reconhecido como titular de direitos e de deveres em questões urbanísticas.

Dessarte, não pode ser esquecido que os índices mais preocupantes de criminalidade são encontrados naquelas áreas da cidade onde o nível de desorganização social é maior. Sem a infraestrutura predomina a violência.

Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 162) afirma que a ausência completa do Estado dá origem a uma sensação de completa anomia, condição potencializadora para o surgimento de grupos de justiceiros, bandos armados que acabam por substituir o Estado na tarefa de controle da ordem. E continua dizendo (2004, 164 e 172):

> Todos os estudos realizados pela escola de Chicago foram centrados nessas áreas acima descritas. Segundo o pensamento daqueles autores, desde problemas sociais, psicológicos, de saúde pública até criminais estavam relacionados com a distribuição da população por aquelas áreas. Foram verificadas, pois, *áreas de delinqüência*, trechos da cidade que apresentavam índices de criminalidade mais pronunciados e que estavam ligados à degradação física, à segregação econômica, étnica, racial, às doenças etc.
> [...]

> Em alguns momentos recentes de nossa história tivemos uma grande discussão sobre uma política de vertente ecológica chamada 'tolerância zero'. Ela ressurge na cidade de Nova York (principalmente, mas não só) com algumas propostas urbanísticas e ecológicas associadas à repressão em larga escala de camadas de chamados indesejados. *Algumas propostas de restauro de fachadas de edifícios antigos, melhoria de conservação dos próprios públicos, cultivo de flores em terrenos baldios de áreas ditas problemáticas de criminalidade, construção de quadras de basquete para utilização em clínicas noturnas e campeonatos de bairro*, foram associadas à repressão total das mínimas faltas (pichações, danos a edifícios públicos, riscos em veículos estacionados, jogar sujeira nas ruas etc.), [...]. *Esta política teria reduzido em larga escala os índices de criminalidade da cidade de Nova York* (sem grifos no original).

Verifica-se, portanto, que o meio ambiente urbano afeta diretamente a prática de delitos. Políticas públicas que ajudem na redução da criminalidade, obviamente, são de interesse social. Nesse particular, não existem dúvidas de que a regularidade do registro permite um controle por parte do Município da correta implementação das ações tomadas.

Após essas considerações, verifica-se que a regularidade das matrículas está diretamente relacionada ao atendimento e ao controle da função social pelos bens imóveis.

Conforme já ressaltado, o Estado pode atuar na propriedade privada, desapropriando, ocupando temporariamente, criando servidões administrativas, tombamentos, entre diversas outras formas, fazendo prevalecer o interesse público sobre o privado.

Assim, é perfeitamente possível que o Município, através do plano diretor e de lei específica, preveja o parcelamento compulsório dos imóveis urbanos que contenham um condomínio decorrente de diversas averbações na matrícula de um mesmo imóvel.

Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos no parcelamento compulsório, o Município poderá proceder à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (art. 7º, Lei nº 10.257, de 2001).

Caso tal medida não surta efeitos, e decorridos cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (art. 8º, Lei nº 10.257, de 2001).

Frise-se que, nessa hipótese e por se tratar de regularização fundiária de interesse social a cargo da Administração Pública, não são devidas custas ou emolumentos notariais ou de registro (art. 213, § 15º, da Lei nº 6.015, de 1973).

Em relação aos imóveis rurais, o Município não pode assim atuar, porquanto os impostos incidentes se destinam à União. Ademais, todas as normas acima citadas dizem respeito às cidades e ao urbanismo, excluindo-se, portanto, os imóveis rurais.

Outra solução concedida ao Poder Público seria a facilitação do processo de regularização a todos aqueles que desejarem dessa forma proceder.

Essas atitudes do Poder Público encontram respaldo no art. 32, § 1º, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), porque tais disposições estabelecem que a lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para a aplicação de operações consorciadas, assim considerado o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar, em uma área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental.

A ideia desse artigo é alcançar finalidades de interesse público, em especial aquelas que não almejem o lucro, buscando melhores resultados com a união de esforços.

Nessas hipóteses, devem estar presentes todos os condôminos, bem como os respectivos confrontantes. Também não podem as divisões ser inferiores ao módulo urbano.

Portanto, vivendo o homem em sociedade, seus direitos devem se conciliar com os do Estado, uma vez respeitada a primazia do interesse público sobre o privado, de modo a não permitir que a sua atuação individualista prejudique toda a sociedade local.

Em razão de tudo o que foi exposto, é possível que o Município, através do plano diretor e de lei específica, preveja o parcelamento compulsório dos imóveis urbanos que contenham um condomínio decorrente de diversas averbações em uma mesma matrícula. Caso não surta os efeitos desejados, poderá proceder à cobrança do IPTU progressivo no tempo e à desapropriação.

Dessarte, caso nenhuma atitude seja tomada pelo Município, incorrerá novamente em omissão, fazendo surgir a possibilidade da utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público, que é legitimado ativo para proteção de situações envolvendo a ordem urbanística (art. 1º, IV, c/c o art. 4º, c/c o art. 5º, I, ambos da Lei nº 7.347, de 1985).

VI - Conclusão

Em razão das irregularidades existentes no registro imobiliário, não se pode ter a segurança jurídica necessária, ficando a existência da propriedade sem o devido resguardo. Essas máculas existentes no Cartório de Registro de Imóveis geraram inúmeros bloqueios, impedindo que se possam fazer quaisquer operações envolvendo imóveis.

Como decorrência, advém uma paralisação em diversos setores sociais direta e indiretamente relaciona-

da aos empreendimentos imobiliários, ocasionando crises política, econômica e social.

O Município, como parte integrante da estrutura federativa nacional, é detentor de parcela de responsabilidade, por ser incumbido de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Também deve primar pelo desenvolvimento urbano, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Desse modo, surge o poder-dever de atuar para ajustar as matrículas irregulares. Caso o Município assim não proceda, incide em evidente omissão, atraindo a aplicação de penalidades aos administradores públicos, dando ensejo ao manejo de ações individuais e coletivas.

VII - Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*. São Paulo: Renovar, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, abr. 2003.

...

A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade

Christiane Vieira Soares Pedersoli *

Sumário: 1 Introdução. 2 Ato administrativo regulamentar e as repercussões da Emenda Constitucional nº 32/2001. 3 Concretização normativa direta e indireta da Constituição da República de 1988 em nível regulamentar. 4 Da legalidade formal à vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. 5 O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Diante da aceleração de fatores sociais, políticos e econômicos, bem como da atual estrutura do aparelho estatal, assiste-se ao grande incremento de instrumentos normativos utilizados pelo Poder Público. Os modernos ordenamentos constitucionais democráticos são marcados pela "*pluralità delle fonti e Il policentrismo dei luoghi di produzione normativa*" (ZAGREBELSKY *apud* RAMIREZ, 1995, p. 240). A crise da legalidade formal impõe uma releitura da Teoria de Montesquieu e um estudo aprofundado acerca da concretização normativa direta das Constituições.

Canotilho (2003) afirma que o princípio da legalidade tinha como pressuposto um conceito unitário de forma e força de lei – o que atualmente se encontra relativizado, devido ao surgimento de outros atos com força legislativa.

Nesse contexto, especial função assume a atividade regulamentar do Estado, uma vez que a lei deixou de ser a única fonte de atos normativos ou a única intermediária entre a Constituição e os atos concretos de execução.

As resoluções do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, têm sido objeto de grande discussão entre os juristas nacionais, tendo em vista o seu conteúdo polêmico e a amplitude apresentada no ordenamento jurídico brasileiro.

O escopo do presente trabalho é traçar algumas anotações sobre o ato administrativo regulamentar e a admissibilidade dos regulamentos autônomos, com alguns apontamentos de direito comparado, a vinculação da Administração Pública à juridicidade em face da crise da legalidade formal, para finalmente analisar a natureza e principalmente os limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.

2 Ato administrativo regulamentar e as repercussões da Emenda Constitucional nº 32/2001

Preliminarmente, é essencial que se faça um breve estudo sobre a conceituação, bem como a seara de atuação do ato administrativo regulamentar. Passemos, pois, à conceituação clássica de regulamento feita pela doutrina brasileira.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 305) considera o regulamento, segundo o nosso ordenamento,

> ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.

Seguindo a mesma vertente do regulamento de execução, Diógenes Gasparini (2007, p. 124) conceitua o regulamento como "ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la".

Odete Medauar (2007), considerando admissíveis também somente os regulamentos de execução no direito brasileiro, afirma que são atos administrativos definidores de normas gerais e de competência privativa do Poder Executivo.

No mesmo sentido, expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1995, p. 75), segundo a qual o poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo, exteriorizando-se por decreto e "somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração".

Hely Lopes Meirelles (2000, p. 170), por sua vez, denotando um caráter não meramente explicativo do regulamento, mas também supletivo em relação à lei (suas minúcias, mais precisamente), define-o como um ato administrativo, colocado em vigência por decreto, "para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei" (p. 170).

Sérgio Ferraz, em posição bem semelhante à de Hely Lopes Meirelles, citado por Ruaro e Curvelo (2007, p. 109), define o regulamento como

> ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não legislativa.

---

* Mestre em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Servidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Verifica-se, portanto, que, segundo a conceituação dominante apresentada em nosso ordenamento pátrio, o regulamento é um ato administrativo de caráter normativo, privativo do Chefe do Poder Executivo e destinado à execução legal.

Gustavo Binenbojm (2006) assevera que, não obstante parte da doutrina nacional considerar os regulamentos lei em sentido material (tendo em vista serem gerais em relação aos seus destinatários e abstratos quanto às hipóteses), eles nunca terão a mesma eficácia normativa e a estatura hierárquica de um ato com força de lei.

A doutrina lusitana, a seu turno, parece não apresentar divergência em relação à nossa concepção pátria de ato regulamentar. Marcello Caetano (2003), por exemplo, considera que o regulamento é composto de normas de caráter geral e execução permanente. Constituindo "uma autodisciplina da Administração Pública" para referido professor, é uma forma de se obter o "procedimento regular, harmônico e coerente dos seus órgãos e agentes na execução dos encargos que lhe são cometidos por lei e facilitar os contactos com os particulares" (p. 82).

Canotilho (2003, p. 833) destaca que o regulamento é emanado da Administração ao desempenhar a função administrativa, tendo, via de regra, "caráter executivo e/ou complementar da lei".[1]

Jorge Miranda (2007, p. 278) enquadra os regulamentos entre os intitulados "actos jurídico-públicos", visto constituírem atos do Estado (ou do Estado e das demais entidades públicas) no desempenho de um poder público, sujeitando-se a normas de Direito Público.

Em consonância com as posições anteriores, o professor argentino Gordillo (2007) considera os regulamentos atos materialmente legislativos, pois *"el reglamento forma parte del Ordenamiento"*, mas organicamente administrativos.

Diversamente do posicionamento apresentado por Gordillo, o professor argentino Rafael Bielsa (1947, p. 332) não admite que os regulamentos sejam atos legislativos, não obstante conterem normas gerais, visto que considera sua emanação sempre uma *"actividad administrativa"*, qualquer seja sua natureza.

Na doutrina espanhola, Rafael Entrena Cuesta (1999), frisando a confusão causada pela conceituação do regulamento através das diferentes formas pelas quais pode exteriorizar-se (não obstante prevaleçam os decretos), afirma que:

> *Siempre, pues, que nos encontremos con um acto normativo dictado por la Administración, en cualquiera de sus vertientes – la central, la local o la institucional -, en virtud de su competencia propia, estaremos en presencia de un reglamento. Sin que a los efectos de esta designación importe la forma de su promulgación o el término empleado para designarlo* (p. 115).

Enterría e Fernández (1998, p. 167), também expoentes da doutrina espanhola, afirmam que o regulamento é *"toda norma escrita dictada por la Administración"*. Não admitem, no mesmo sentido de Bielsa, o regulamento como uma "*ley en sentido material*", pois, tendo em vista o caráter supremo das leis (observada a Constituição) na criação do Direito, asseveram que referida qualidade não pode ser atribuída a uma norma de caráter inferior como o regulamento.

Apresentando o mesmo posicionamento, o professor alemão Hartmut Maurer (2000, p. 25), destacando o caráter secundário do regulamento, considera-o uma "disposição de direito, mas não disposição de direito original, e sim derivado".[2]

Diante desse breve estudo sobre a conceituação do regulamento na doutrina brasileira e segundo alguns expoentes da doutrina internacional, não obstante a diversidade de termos adotados, prevalece a premissa de submissão do regulamento à lei, bem como o caráter administrativo do mesmo.

Importante destacar que é indiscutível a diferença do grau de hierarquia entre uma lei e um regulamento.

Corroborando a posição de Enterría e Fernández (1998, p. 168), o regulamento só tem em comum com a lei o fato de ser norma escrita; mas é indubitável que é uma *"norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de La Ley"*.

Nesse sentido, Edimur Ferreira de Faria (2007) afirma que, no ordenamento brasileiro, o regulamento está adstrito aos limites da lei, sob pena de aferição de ilegalidade e consequente invalidade.

É cediço que, em um regime de legalidade, o administrador deve submeter a sua atividade aos termos legais (CAETANO, 2003).[3] É sempre válido recordar que a discricionariedade legislativa no Direito Administrativo é exercida nos limites da lei, nunca se confundindo com arbitrariedade (JUSTEN FILHO, 2006).

No tocante ao conteúdo do regulamento, dado o seu caráter secundário e hierarquicamente inferior à lei, a doutrina brasileira possui uma posição originária de inadmissibilidade do regulamento autônomo. Assim, a função

---

[1] E ainda afirma: "É um acto normativo e não um acto administrativo singular; é um acto normativo, mas não um acto normativo com valor legislativo" (CANOTILHO, 2003, p. 833).

[2] E completa: "Ela não apresenta uma infração verdadeira da divisão de poderes, porque o dador de regulamentos somente pode tornar-se ativo segundo o ajuste do dador de leis" (p. 25).

[3] Muito embora haja uma larga zona na administração em que a Política, como liberdade de escolha de vias de realizar o interesse público, ou a Técnica, como sistema de processos idôneos para alcançar os fins visados, tenham de ter o seu lugar, mesmo aí é a lei que está no princípio da atribuição da competência dos órgãos que realizam opções políticas ou determinam operações técnicas. (CAETANO, 2003, p. 79).

normatizadora primária caberia à lei ou a situações específicas como as leis delegadas, prevista nos arts. 59, IV, e 68 da CR/88 (URBANO DE CARVALHO, 2008) ou as medidas provisórias (arts. 59 e 62 da CR/88).

Em consonância com a redação originária do art. 84, IV[4] e VI[5], CR/88, admitia-se majoritariamente apenas o regulamento de execução no direito brasileiro.

Nesse contexto, o poder regulamentar só poderia ser exercido de forma indireta, nos estritos limites legais, não podendo encontrar na Constituição sua força normativa primária. A respeito dos limites do poder regulamentar, Sampaio, com inspiração em Pontes de Miranda (1960), afirma que:

> Embora o regulamento não se limite a repetir o texto da lei, tem por função precípua minudenciar a disciplina normativa que torne a lei mais exeqüível e operativa, integrando-a como um residual poder de colmatação de suas lacunas de natureza técnica, ainda que a dúvida séria deixada pelo legislador não possa vir a ser por ele resolvida (SAMPAIO, 2007, p. 277).

Após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, a qual modificou, entre outros, o teor do art. 84, VI, CR/88[6], o indigitado posicionamento sofreu alterações, e o debate acerca dos limites do poder regulamentar intensificou-se entre os doutrinadores nacionais (BINENBOJM, 2006). Ao permitir que o Chefe do Poder Executivo nacional disponha mediante decreto sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando isso não importar em aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos, bem como sobre a extinção de funções ou cargos públicos, estando os mesmos vagos, é indiscutível que nosso ordenamento constitucional passou a admitir o poder regulamentar autônomo nessas hipóteses excepcionais.

Ressalte-se que a mencionada mudança no art. 84 acabou por repercutir em outros dispositivos, que também tiveram sua redação alterada, tendo em vista o deslocamento de competências normativas do Congresso Nacional para o Chefe do Executivo.[7]

Assim, exercendo o seu papel de "norma-começo do Ordenamento", a Lei Magna, "dando as cartas no interior desse Ordenamento", mudou as regras do jogo em relação aos regulamentos no Brasil (BRITTO, 2006, p. 124). A partir da referida alteração constitucional, parte da nossa doutrina começou a entender que o Poder Executivo, nas hipóteses restritas do art. 84, VI, CR/88, possui competência regulamentar autônoma, retirando diretamente de dispositivo constitucional o seu fundamento, sem necessidade de lei prévia.

Tal posicionamento restou inclusive consagrado pelo julgamento da ADI nº 2.564-DF, no qual o STF entendeu não ocorrer ofensa ao princípio da reserva legal quando decreto do Presidente da República dispuser sobre a organização e funcionamento da administração federal, sendo observado o art. 84, VI, CR/88 (URBANO DE CARVALHO).

Entretanto, alguns doutrinadores brasileiros ainda negam veementemente a existência de regulamentos autônomos no Brasil, mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 32.

De fato, o poder constituinte derivado apenas criou uma possibilidade expressa de edição de regulamentos autônomos nas referidas hipóteses taxativas, mas, dado o seu caráter limitado materialmente e formalmente, não afastou a preferência legal, nem poderia, sob pena de inconstitucionalidade.

3 Concretização normativa direta e indireta da Constituição da República de 1988 em nível regulamentar

Carvalho destaca que, apesar de surgirem novas formas de se exercer a função normativa estatal, referido processo não se trata de uma "desnormatização pública seguida de uma re-regulação privada ou de uma autor-

---

[4] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
[...]
IV. sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua *fiel execução*.
[...]" (grifos nossos)

[5] "[...] VI. dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*; [...]" (grifos nossos)

[6] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
[...]
VI - dispor mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.
[...]

[7] Assim, por exemplo, o art. 48, que dispõe sobre as competências normativas do Congresso Nacional, incluía entre as mesmas:
"X. criação, transfornação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;
XI. criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Publica."
Após a EC nº 32, referidos incisos passaram a ter a seguinte redação:
"X. criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, *observado o que estabelece o art. 84, VI, b;*
XI. criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública." (grifos nossos)

regulação dirigida" (2008, p. 291). Não há a intenção, segundo a autora, de substituição das normas com origem estatal por outras com origem e que visem a fins privados. Considerando a necessidade de análise do nível de profundidade das normas no sistema, ela conclui que é preciso retomar os modos de exercício da função normativa do Estado, promovendo-se uma releitura da Teoria de Montesquieu.

Aliás, é inegável, nesse contexto, a nova leitura atualmente feita no direito constitucional pátrio sobre o princípio da separação de Poderes, uma vez que abandonada a concepção rígida – hoje tal princípio é muito mais voltado à especialização e independência funcionais do que à contenção recíproca de arbítrio entre os órgãos do poder, o que foi consagrado com a edição das ECs nºs 32, acima mencionada, e 47/2005, que instituiu a súmula vinculante (CORREIA, 2007, p. 581).

Entretanto, é preciso muito cuidado nessa releitura para que uma nova interpretação da separação de Poderes não permita desvios, exageros e desarmonia entre os mesmos.

A concretização constitucional em nível regulamentar tem assumido papel de destaque na doutrina e nas decisões jurisprudenciais. Há uma grande controvérsia acerca da concretização normativa direta, sobre a qual discorre o ministro Carlos Ayres Britto:

> [...] o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico. (ADC 12-MC/DF).

É notório que a Constituição da República de 1988 considera a lei formal a fonte do ato normativo primário, no sentido de ser editada por órgão do Poder Legislativo, "entendido este como a instância republicana que mais autenticamente encarna a representação popular e favorece a realização do Estado Democrático de Direito" (BRITTO, Carlos Ayres, ADCMC-12/DF).

Da mesma forma, verifica-se a preferência da lei no ordenamento português, a qual não teve seu significado alterado, dada a legitimidade de que se reveste o Parlamento. No entanto, verifica-se que a reserva de lei se alterou e através dela o significado do princípio da legalidade (MONCADA, 2002).

A respeito da crise da legalidade formal, Luís Roberto Barroso, adepto da concretização normativa direta da Carta Magna, sustenta que a lei formal, "incapaz de atender com presteza às demandas desses novos Estados e Sociedade, deixou de ser a única fonte de atos normativos ou a única intermediária entre a Constituição e os atos concretos de execução." (ADCMC-12/DF). Segundo o respeitado jurista, o administrador vincula-se diretamente aos deveres previstos na Constituição e não pode furtar-se ao seu cumprimento, mesmo na ausência de lei.

Binenbojm (2006, p. 125) identifica dois ângulos sob os quais ocorre a crise da lei formal – sob o primeiro, intitulado "ângulo estrutural", tal crise confunde-se com a "crise de representação" – vivida universalmente pelos Parlamentos. O segundo, o "ângulo funcional", diz respeito à descrença da lei como expressão da vontade geral ou padrão de comportamento.

As leis alcançaram tamanha complexidade e tecnicidade que o Poder Legislativo não possui mais a exclusiva titularidade da função legislativa, porquanto legislação e normação não são mais sinônimos (URBANO DE CARVALHO, 2008).Tal dissociação corresponde às mutações em relação ao princípio da reserva legal, cuja polissemia dificulta a delimitação do seu âmbito de aplicação.

A respeito da legalidade administrativa, Moncada (2002, p. 25) afirma que ela

> não se manifesta agora tanto na garantia de uma execução fidedigna da lei, mas sim na certeza da observância de um *iter* procedimental adequado à devida audição dos interesses e parceiros patentes na sociedade civil.

Silva (2005) encara a procedimentalização como uma forma de proteção do indivíduo em relação ao Estado, na medida em que procura garantir na legitimação pelo procedimento a participação dos administrados na formação de vontade estatal.

Na vertente da procedimentalização, Justen Filho (2006) afirma que a legalidade significa a "realização da finalidade buscada pelo direito", e não a simples repetição dos termos legais, o que conduziria à inutilidade do regulamento. Assim, conclui referido autor que deve ser analisada a extensão da inovação produzida pelo regulamento, e não se houve inovação.

No mesmo sentido, afirma Tácito (1997):

> Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar (TÁCITO, 1997, p. 510).

Entretanto, referido posicionamento tem procedência se há uma lei prévia que disponha ao menos sobre os limites a serem observados na edição do regulamento. Em relação à concretização normativa constitucional, não procede, uma vez que o regulamento não tem força normativa primária, como já exposto. Nesse caso, é essencial verificar se ele inova ou não em relação à Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade.

Segundo Urbano de Carvalho (2008), no Direito Administrativo brasileiro incide o princípio da reserva legal relativa, ou seja, o legislador não tem que exaurir

a matéria, mas é responsável pela inovação primária. Mas, segundo a autora, em alguns casos a Constituição da República admite concretização normativa direta em hipóteses taxativas.

Binenbojm (2006, p. 131), adepto da tese de concretização normativa direta constitucional, afirma que a Constituição apresenta-se não só como "norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas", mas também como "critério imediato de decisão administrativa".

Na doutrina brasileira, como já mencionado, firmou-se por muito tempo a tese de que nosso ordenamento não comporta regulamentos autônomos, não havendo que se falar em concretização normativa direta da Constituição em sede regulamentar. Tal entendimento fundamentava-se no caráter secundário do decreto, visto que a função primária caberia à lei ou a hipóteses excepcionais, como as leis delegadas (URBANO DE CARVALHO, 2008).

No entanto, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, que deu nova redação ao art. 84, VI, da CR/88, referido posicionamento alterou-se sobremaneira como exposto. Alguns autores passaram a considerar a existência de regulamentos autônomos no Brasil nas hipóteses taxativas do art. 84, VI, CR/88.

Nesse contexto, ganhou força a tese de deslegalização, a qual vem sendo muito praticada no direito italiano. Consiste na transferência, por meio de lei, de competência normativa primária para o administrador público (JUSTEN FILHO, 2006).

Mas vejamos bem a questão – transferência por meio de lei – ou seja, ainda há a precedência do diploma legal em relação ao regulamento. Mas daí a se admitir a concretização normativa direta constitucional já é outra coisa.

A significativa questão que se coloca diante da tese de concretização normativa primária, fora das hipóteses taxativamente previstas na Carta Constitucional, é o risco que ela representa em um Estado com tradição autoritária, centralização política e, por isso, marcado pela fragilidade democrática.

A história político-constitucional brasileira não permite que instituições como o Conselho Nacional de Justiça, a ser tratado adiante, comecem a inovar no ordenamento constitucional. Há uma necessidade de as normas provirem do Poder Legislativo, em observância à sua legitimidade democrática. Nunca é demais recordar que o poder regulamentar foi meio muito utilizado por chefes do Executivo para invadir a seara de competência do Poder Legislativo, cometendo sérios abusos.

4 Da legalidade formal à vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade

O princípio da legalidade, a tônica do Estado de Direito (SILVA, 2005), assumiu diferentes conotações em função da sua amplitude, passando por uma evolução cronológica. Na primeira fase, de cunho positivo, consagrada na Constituição francesa de 1791, ao administrador era dado apenas fazer o que a lei expressamente permitisse. Tal concepção mecanicista e restritiva não vingou por muito tempo, uma vez que

> a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é *inapta* a alcançar *performaticamente* toda a atividade da Administração, como, mais que isso, não deve *pretender* alcançá-la (BINENBOJM, 2006, p. 138).

Assim, na segunda fase, em que a legalidade administrativa é entendida em sentido negativo, a Administração pode atuar nos espaços livres previstos na norma legal, do que se extrai a noção de discricionariedade.

Na terceira fase, marcada pelo aparecimento do positivismo normativista (BINENBOJM, 2006), cujos principais expoentes são Kelsen e Merkl, a posição positiva foi reassumida, visto que o ato administrativo deveria ser necessariamente derivado de disposição legal, a fonte de sua legitimação.

A partir do século XX, com a constitucionalização dos princípios gerais do direito, novos instrumentos de condicionamento da atuação do administrador público surgiram (SILVA, 2005). Em decorrência, ganhou destaque a tese de que o Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade.

O princípio da juridicidade administrativa, assim intitulado por Merkl, consiste na vinculação da Administração não simplesmente à lei formal, mas ao *bloco de legalidade,* nos termos usados por Hauriou (BINENBOJM, 2006). Referido preceito tem sido muito utilizado para fundamentar a tese de concretização normativa direta da Constituição da República, visto prever a vinculação direta da Administração às normas constitucionais. Tal posicionamento encontra-se em consonância com a moderna dogmática constitucional, a qual confere eficácia aos princípios constitucionais (BARROSO, 2006).

Dessa forma, os princípios constitucionais passam a ser vistos como normas que carregam em si valores, padrões juridicamente vinculantes, necessitando de concretização (SILVA, 2005).

Canotilho muito bem discorre sobre a aplicação da juridicidade na doutrina portuguesa:

> Quando o texto constitucional nada disser, poder-se-á interpretar o seu silêncio no sentido da admissibilidade de uma actividade administrativa - a começar pela actividade regulamentar – fundada diretamente na Constituição. Quer dizer: a *precedência e a prevalência da Constituição substituem a precedência e a reserva vertical da lei*. Por outras palavras: a reserva vertical de constituição substitui a reserva vertical de lei (CANOTILHO, 2003, p. 840).

Assim, ocorre uma substituição, segundo referido autor, da legalidade pela primazia das normas constitu-

cionais, a serem concretizadas diretamente pela Administração Pública.

Diante da "ascendência axiológica" da Constituição sobre todo ordenamento jurídico, esse passa a ser compreendido somente a partir da normativa constitucional (BINENBOJM, 2006, p. 130).

Barroso afirma que, diante da crise da legalidade formal, "a vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo de *juridicidade,* que congrega não apenas as leis formais, mas também, e sobretudo, a Constituição" (2006, item 37).

Propondo como solução à referida crise, a "constitucionalização do direito administrativo", Binenbojm (2006, p. 36) afirma que a Carta Constitucional, seus princípios e principalmente seu sistema de direitos fundamentais devem ser "elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo". Adepto da vinculação administrativa à juridicidade, ele considera superado o dogma da imprescindibilidade da norma legal para "mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública".

Não obstante considerar que os sujeitos responsáveis pela concretização primária da Constituição da República são o Judiciário (especialmente o STF) e o Legislativo, Sampaio (2007) reconhece que atualmente o princípio da legalidade deve ser interpretado como princípio da juridicidade ou da superlegalidade. Segundo essa interpretação, entes administrativos possuem acesso direto à Constituição.

Mas – indaga-se – qual é o limite para tanto? A ausência de lei não pode comprometer o cumprimento da Constituição. O administrador deve ter acesso direto à Constituição. Mas a *inovação no ordenamento* por esse administrador, ou seja, mediante ato normativo secundário, exorbita a seara de competência do poder regulamentar, comprometendo seriamente o sistema de fontes de direito no Brasil.

A juridicidade deve ser vista como uma nova forma de interpretação do princípio da legalidade, mas não como modo de superação da mesma ou como uma alternativa que exclua a legalidade formal. Não se pode aceitar que de princípios abertos sejam extraídas vedações que não se encontrem previstas em lei ou reconhecidas pela jurisprudência (SAMPAIO, 2007).

Extremamente acertada a posição exarada por Moncada em sua tese de doutorado, ao propor uma integração entre o princípio da legalidade e da juridicidade, esse de caráter mais amplo:

> A juridicidade não substitui a legalidade da administração, ou seja, a ausência da lei não é mais que compensada por uma vinculação a princípios gerais de recorte axiológico. Estes aprofundam o sentido da vinculação à lei, mas não a substituem, desculpabilizando poderes autônomos do executivo. A juridicidade não deve ser invocada para afastar a legalidade (MONCADA, 2002, p. 1.144).

O princípio da juridicidade deve ser *complementar* ao princípio da legalidade, uma vez que não se pode da vinculação da Administração Pública à juridicidade, "retirar dividendos para afectar a ordem constitucional da primazia parlamentar quanto ao exercício das competências normativas" (MONCADA, 2002, p. 1.007).

5 O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites

O intitulado controle externo do Judiciário no Brasil, inaugurado em nosso ordenamento com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, corporificou-se no Conselho Nacional de Justiça, órgão de inspiração notadamente europeia e formação híbrida.

A finalidade precípua do Conselho Nacional de Justiça, como previsto na Carta Constitucional, é exercer um controle administrativo e orçamentário do Poder Judiciário, destacando-se no presente artigo a sua atribuição regulamentar (art. 103-B, § 4º, I).

É inquestionável a importante atuação que vem assumindo o CNJ no Judiciário brasileiro, como verificado, por exemplo, nos movimentos em prol da conciliação, uniformização de procedimentos nos tribunais, maior transparência nas estatísticas processuais. No entanto, em se tratando de sua competência regulamentar, referido órgão tem ultrapassado – e muito – os seus limites administrativos.

A premissa de mencionada competência é assegurar a autonomia do Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura. Tendo em vista o relevo e o destaque das resoluções do CNJ, em grande parte de constitucionalidade duvidosa, muita polêmica tem sido gerada entre os juristas brasileiros.

O debate começou com a edição da Resolução nº 3, destinada ao cumprimento da vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau, inserida na Constituição por força de EC nº 45[8]. Referida resolução acatou as justificativas dos tribunais de marcação de férias para julho/2005, mas deixou claro em seu art. 2º a impossibilidade de novas justificativas, em conformidade com o texto constitucional, ou seja, declarou o fim das férias coletivas em 2ª instância. No entanto, após reivindicações da OAB, do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça e outras entidades representativas, o CNJ, em flagrante desrespeito ao co-

[8] Art. 93, XII, CR/88.

mando constitucional, suspendeu referido art. 2º, voltando na prática com as férias coletivas (janeiro e julho), mediante a Resolução nº 24. Assim, assumiu o papel de poder constituinte derivado, inserindo uma alteração que só caberia por meio de emenda constitucional. Mediante tal conduta, restou prejudicada "a eficácia da força normativa da Constituição" (ADI 3823/DF).

Após decisão liminar proferida na ADI nº 3823, calcada no princípio da ininterruptabilidade da jurisdição, voltando atrás mais uma vez, o CNJ editou a Resolução nº 28, revogando a Resolução nº 24. Nesse sentido, repristinou os efeitos do art. 2º da Resolução nº 3, agora sim, dando cumprimento ao texto constitucional.

Grande destaque ganhou também a Resolução nº 07, famosa por "expurgar" o nepotismo do Judiciário brasileiro, mas não por isso acima de todas as suspeitas sobre sua legitimação. A análise do julgamento da ADCMC nº 12-DF, na qual a Associação dos Magistrados Brasileiros, sob a lavra do ilustre jurista Luís Roberto Barroso, impetrou ADC visando à declaração de constitucionalidade da indigitada "resolução do nepotismo" demonstra os contornos bastante amplos e, por tal razão, questionáveis adotados pelo STF acerca do poder regulamentar do CNJ.

Os fundamentos da inicial foram, em síntese: a competência constitucional do CNJ para zelar pela observância do art. 37, CR/88 e apreciar a validade dos atos administrativos do Poder Judiciário; eficácia jurídica dos princípios constitucionais – vedação ao nepotismo decorre do princípio da impessoalidade; vinculação da Administração Pública não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, o que segundo o impetrante possibilita a concretização normativa direta da Constituição; ausência de violação à separação de Poderes e ao princípio federativo; inexistência de direitos fundamentais oponíveis à resolução.

O Supremo Tribunal Federal acabou por acolher os argumentos acima citados e adotar interpretação bastante ampliada em relação a referido poder (SAMPAIO, 2007). Segundo o acórdão, acompanhando os termos do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, a Resolução nº 07 possui os atributos da generalidade (contém normas proibitivas de condutas administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica) e abstratividade (modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto), o que permite a sua análise em ADC.

Ademais, referida decisão entendeu que a Resolução nº 07 é dotada de caráter normativo primário, visto que:

> arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da *Carta Cidadã* e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

Admitindo a concretização normativa direta da Constituição da República pelo CNJ e aplicando a conhecida *doctrine of implied powers*[9], os Ministros, em sua maioria, afirmaram que a resolução não contradiz o conteúdo constitucional, tendo o Conselho feito "adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04". (ADCMC nº 12/DF). Ademais, não admitiram o caráter inovador da resolução no ordenamento brasileiro, uma vez que deduziram as restrições impostas ao nepotismo dos princípios contidos no art. 37, especialmente da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, segundo a tese de eficácia jurídica dos princípios constitucionais.[10]

Lado outro, seguindo a mesma orientação da ADI 3367 (que declarou a constitucionalidade do CNJ), afirmaram que a resolução não atenta contra o princípio da separação de Poderes e o princípio federativo, não obstante a autonomia dos Estados para organizarem as suas próprias Justiças.

Por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, foi concedida a liminar e, ao final, no julgamento da ADC, foi considerada constitucional a Resolução nº 07 do CNJ.

Contrariando os demais Ministros, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a Constituição revela, no seu art. 103-B, § 4º, a ausência de poder normativo do Conselho, cabendo citar o seguinte trecho:

> *Onde há base constitucional para o Conselho Nacional de Justiça normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso?* Não encontro, Senhor Presidente, por mais que queira ver a atuação profícua desse mesmo Conselho, base para afirmar que tem ele o poder, como disse, normativo. (grifos nossos)

Assim, em conclusão do indigitado voto, o Ministro Marco Aurélio ressalta que, se o Conselho houvesse "legislado" ao editar a Resolução nº 07, ele o teria feito totalmente à margem das atribuições previstas taxativamente na Constituição da República.

O entendimento exarado pelo Supremo apresenta grande risco, se a partir dele forem admitidos regulamentos de órgãos ou entidades dotados de poder regulamentar segundo a Constituição, que inovem no ordenamento sem qualquer comando legislativo prévio, como assevera Urbano de Carvalho (2008):

---

[9] Conforme sustentado por Luís Roberto Barroso: "É fora de dúvida que, ao atribuir ao CNJ tal poder-dever, a Constituição conferiu-lhe também os meios lícitos para desincumbir-se dele" (ADCMC nº 12/DF).

[10] Nesse diapasão, asseveraram que: "o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado" (ADCMC nº 12/DF).

> O risco é comprometer seriamente o princípio da reserva legal e o da independência e harmonia entre os poderes, porquanto afastado o limite nítido que exclui a matéria a ser tratada em lei e aquela deixada ao espaço da regulação administrativa, qual seja, a inovação reservada ao Legislativo. (p. 316).

Sampaio (2007) ressalta que o CNJ não pode buscar razões adicionais que extrapolem a sua condição de órgão administrativo, mas entende que a Resolução nº 07 não é inconstitucional. Não "pela decorrência direta da Constituição ou porque o Conselho tem atribuição normativa autônoma e primária" (p. 284), pois, segundo o referido autor, a resolução não inovou o nosso ordenamento, uma vez que apenas explicitou diversas normas espalhadas no sistema, bem como reproduziu jurisprudência anterior do STF. Assim, ele cita os seguintes dispositivos federais pertinentes:

> o artigo 177, VIII, da Lei n. 8112/1990 – para o serviço público federal, o art. 10 da Lei n. 9421/1996 para o Judiciário Federal; o art. 22, da Lei n. 9953/2000 – para o Ministério Público da União; e o art. 357, parágrafo único, RISTF – para o Supremo Tribunal Federal [...]

Não existem dúvidas sobre a nobreza dos fins buscados pela referida resolução, bem como a grande pressão da sociedade que influenciou a sua edição, ávida por um basta ao nepotismo. Mas referida matéria deveria ser sido trazida por uma lei, a solução cabia ao Legislativo – "órgão constitucionalmente legitimado para tanto" (RUARO; CURVELO, 2007, p. 129). A Loman foi literalmente atropelada pelo CNJ, que agiu como se fosse dotado de poder regulamentar autônomo.

Streck, Sarlet e Clève (2005) afirmam que, no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a expedição de atos (resoluções, decretos, portarias etc.) por órgão administrativo com força de lei, "circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo 'leis e execução de leis'".

E, mais uma vez, no intuito de "zelar pela observância dos princípios do art. 37 da Constituição Federal, pela escorreita prestação e funcionamento do serviço judiciário", o CNJ editou recentemente a Resolução nº 59, aprovada por doze votos a um, contendo regras para autorizações de escuta telefônica. Após tanto debate deflagrado na mídia, o CNJ, sem esperar qualquer medida tomada pelo Congresso, aprovou uma nova disciplina que institui um sistema nacional de coleta de dados de interceptações telefônicas legais e impõe a comunicação pelos juízes de todo o Brasil às corregedorias estaduais acerca da quantidade de escutas autorizadas. Essas, por sua vez, devem comunicar mencionados dados todo mês à Corregedoria Nacional de Justiça.

Interessante destacar que tal resolução, arrogando-se a competência legislativa processual, estabelece as regras a serem adotadas pelos magistrados quando do deferimento cautelar de interceptação telefônica.

Sem intuito algum de entrar na discussão acerca das interceptações telefônicas, verifica-se que o CNJ mais uma vez pretendeu substituir o legislador, a quem cabia a regulamentação de forma mais ampla e profunda de tal matéria, e ainda comprometeu a independência dos magistrados ao impor a comunicação e os requisitos das decisões de deferimento das escutas autorizadas. As corregedorias, assim como o CNJ, são órgãos administrativos – é sempre bom recordar -, não possuem atribuição para interferir na atuação dos juízes, principalmente em procedimentos sigilosos (como ocorre nas escutas).

Insurgindo-se contra a referida resolução, a Procuradoria-Geral da República impetrou ADI (4145) perante o STF, nove dias após a sua aprovação. Destacando o abuso cometido pelo CNJ no tocante ao seu poder regulamentar, a PGR alega que ele acabou por "(i) adentrar na atividade típica ou finalística do Judiciário e (ii) inovou a ordem jurídica, subvertendo reserva constitucional de lei em sentido formal".

O grande receio de que houvesse interferência na atividade-fim dos magistrados, que se fez presente quando da criação do CNJ no Brasil, agora possui amparo real diante da Resolução nº 59.

Mesmo não sendo reconhecida a ingerência na atividade jurisdicional ou sendo considerada a resolução de caráter meramente administrativo, a reserva de lei prevista expressamente (art. 5º, XII, CR/88) não deixa qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, como assevera a PGR.

Diante dos abusos cometidos no exercício da atribuição regulamentar do CNJ, que ameaçam a democracia e a República, alguma medida tem que ser tomada. É preciso que limites claros sejam estabelecidos para a edição das resoluções, coibindo-se as fincas autoritárias.

6 Conclusão

Diante das alterações pertinentes à legalidade formal e aplicação do princípio da juridicidade, a congregar um bloco mais amplo que inclui os mandamentos constitucionais, não restam dúvidas da possibilidade de acesso direto do administrador público à Constituição. É o que nos fala a moderna dogmática constitucional de eficácia dos princípios constitucionais.

No entanto, não se pode permitir que uma subversão da juridicidade afaste a legalidade, de tal modo que haja um comprometimento do sistema de fontes normativas no Brasil. É o que está ocorrendo através de resoluções exorbitantes e ilegítimas do Conselho Nacional de Justiça.

Usurpando as competências do Poder Legislativo, ao inovar no ordenamento nacional, indevidamente ex-

traindo de princípios abertos vedações não previstas em lei ou reconhecidas pela jurisprudência (SAMPAIO, 2007), o CNJ fragiliza o Estado Democrático de Direito.

Devem ser traçados os exatos limites da competência regulamentar do Conselho. Aguarda-se com muita ânsia o julgamento da ADI 4145 pelo Supremo Tribunal Federal, pois é uma oportunidade para que os Ministros realmente adentrem na abrangência das resoluções *in concreto*, como requer a Procuradoria-Geral da República.

Deve-se refletir sobre a inclusão de um rol taxativo de matérias passíveis de regulamentação pelo CNJ no Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (art. 93, *caput*, CR/88), para que não restem dúvidas.

Vivemos sob a égide do "Principio de legalidad, Estado de Derecho, Rule of Law, Règle de droit e Rechtsstaat", as quais constituem todas expressões dentro dos distintos objetivos sociopolíticos no mundo ocidental, *"a una conotación similar: supremacía de la norma jurídica general – la ley – por encima de las disposiciones eventualmente arbitrarias – aunque non necessariamente injustas, del poder del Estado"* (GARCÍA, 1958) (grifo nosso). Os princípios constitucionais basilares de nosso ordenamento devem prevalecer, sob pena de grave retrocesso às instituições democráticas vigentes.

7 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et al.* (Orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*, 2006, v. III.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. *Interesse Público*, v. 6, n. 30, p. 13-38, mar./abr. 2005.

BARTOLE, Sergio. Alternative models of judicial independence. Organizing the Judiciary in Central and Eastern Europe. In: *East European Constitucional Review*, New York University School of Law, v. 7, n. 1, 1998. Disponível em: <http://www3.law.nyu.edu/eecr/vol7num1/special/organizing.htm>. Acesso em: 22.05.2007.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo, 1947.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal*. Senado Federal, 1988.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1. Relator: Ministro Cezar Peluso, 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/ Jurisprudencia/ Peticao/ Frame.asp? classe=ADI&processo=3367&remonta=2&primeira=1 &ct=46>. Acesso em: 08.10.2006.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Bicentenário do Judiciário Independente no Brasil. Disponível em <http://www.stf.gov.br/bicentenario/apresentacao/apresentacao.asp>. Acesso em: 11.06.2007.

BRASÍLIA. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 126/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 20.08.2008.

BRASÍLIA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4145/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso, 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 23.09.2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CADERNOS ADENAUER III (2002), n. 6. O Terceiro Poder em crise: impasses e saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, fevereiro 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Reimpressão da edição brasileira de 1977. 2ª reimpressão portuguesa. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CASTAÑEDA, Alfredo Sánchez. El Consejo Superior de la Magistratura Francês: una independencia difícil de conseguir. In: *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 4, ene./jun. 2001. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/. Acesso em: 06.06.2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/pages/anonimo/regimento.htm>. Acesso em: 18.02.2007.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do Direito Público no*

Brasil. Sobre a existência do princípio da reserva administrativa (cap. III). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CUESTA, Rafael Entrena. 13. ed. *Curso de derecho administrativo*. Barcelona: Tecnos, 1999, v. I. (bom livro)

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República:* a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DIAS, João Paulo**.** Responsabilidade e transparência democrática: o papel dos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público na reinvenção da prática judicial. In: IV CONGRESSO PORTUGU S DE SOCIOLOGIA. Faculdade de Economia de Coimbra. Abril, 2000. *Actas do IV Congresso Português de Sociologia*, Coimbra, 2000. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/sociedaderevistasest.html>. Acesso em: 1º.04.2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tómas-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Reimpresión. Madrid: Civitas, 1998.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

FILHO SLAIBI, Nagib. *Meios de controle do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.nagib.net.artigos/art const/art const3.htm>. Acesso em 05.01.2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Um conselho inconstitucional. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 4, janeiro, 2005. Caderno A, Opinião, artigo, p. 7.

FREITAS, Vladimir Passos de. História da Justiça no Brasil. Corregedoria, aspectos históricos. Controle disciplinar da magistratura. Reforma constitucional e Conselho Nacional da Magistratura. In: FREITAS, Vladimir de Passos (Coord.). *Corregedorias do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDILLO, Agustín.*Tratado de derecho administrativo*. Tomo 3: El acto administrativo. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2007. Disponível em: <http:// www.gordillo.com/Tomo3.htm>. Acesso em: 18.08.2008.

HORTA. Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

LENZ, Carlos Eduardo Thomson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. *Forense*, v. 103, n. 389, p. 469-479, jan./fev. 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo III: Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2. ed. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. Revisão de Roberto Leal Ferreira. Martins Fontes: São Paulo, 2001.

MARCHIORI, Berta. Ministros criam regra para órgão fiscalizador: presidentes do STF, STJ e TST vedam parentes de magistrados no Conselho Nacional de Justiça. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 3 fev. 2005, p. A7.

MASSOUD, Carolina Hormanes; HABER, Lílian Mendes. In: VELOSO, Zeno (Coord.) *et al*. *Reforma do Judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo III Organização do poder político, garantia e revisão da Constituição, disposições finais e transitórias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÁSARA, Luis. Selección, Carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales. In: *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, n. 4, p. 81-95, 2004. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=951897>. Acesso em: 10.05.2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2004.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.pucminas.br/ biblioteca/>. Acesso em: 12.06.2008.

RAMIREZ, Jose Maria Porras. Fundamento, naturaleza, extension y limites de la potestad reglamentaria del Consejo General Del Poder Judicial (A propósito de la nueva regulación introducida por la ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julho, del Poder Judicial). *Revista de Estúdios Políticos* (Nueva Época), n. 87, ene.-mar. 1995.

RÍOS-FIGUEIROA, Julio. *Judicial independence*: definition, measurement and its effects on corruption. An analysis of Latin America. Departament of Politics, New York University, September/2006.

ROMANO, Roberto. *Programa Roda Viva*, exibido na Rede Minas em 04.06.2007.

RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert Curvelo. O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 96, n. 858, p. 102-129, abr. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Alberto Martínez de. La extralimitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial: apuntes sobre el Reglamento 1/2005 de 15 de Septiembre. *Noticias Jurídicas*, enero, 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200601-515610221110543550.html> Acesso em: 18.09.2008.

SAVINO FILHO, Cármine Antônio. O controle externo do Judiciário. *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 37, agosto, 1993.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) . In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>. Acesso em: 12.04.2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, a. I, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 16.09.2008.

ZARAGOZA, Jorge Chaires. La independencia del Poder Judicial. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. 37, n. 110, mayo-agosto 2004. Disponível em: < http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art4.htm >. Acesso em: 22.05.2007.

...

Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos

Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Os bens jurídicos protegidos nos crimes de perigo abstrato. 3 Criminalização de condutas sem proteção a bens jurídicos - legitimidade. 4 Existência de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos. 5 Conclusões. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O Direito Penal tem como função primordial a proteção de bens jurídicos. Bens jurídicos são aqueles bens mais importantes, quer para a o indivíduo, quer para a sociedade[1]. Vasta é a discussão a respeito do que seriam, de fato, bens jurídicos, mas é sabido que são os valores e direitos (vida, integridade física, propriedade, dentre outros) inerentes a toda pessoa. Ao criminalizar uma conduta, busca o Estado assegurar a própria existência da sociedade, pois não se pode considerar legítimo um poder constituído que não garanta aos seus governados a proteção mínima aos seus direitos básicos. O Estado, por meio do Direito Penal, tem o dever de proteger bens jurídicos.

O presente trabalho tem como objetivo discutir sobre a legitimidade do uso da técnica dos crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos. Não se busca resolver totalmente o que fora levantado, mas ao menos chamar atenção para uma nova realidade, a dos riscos inerentes à evolução biotecnológica ou mesmo à evolução social, e a necessidade de outros meios de proteção, dentre os quais estão os crimes de perigo abstrato.

2 Os bens jurídicos protegidos nos crimes de perigo abstrato

O Direito Penal tem como função principal a proteção de bens jurídicos[2]. Esse entendimento não é pacífico, mas é o que melhor se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. O controle, por si só, sem o escopo de proteção de bens jurídicos, vai de encontro aos princípios constitucionais do Direito Penal[3] e à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que veda o arbítrio estatal. Daí a importância de se definir o que seriam bens jurídicos, tendo em vista que, em regra, somente a lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos é que justificam a intervenção penal.

Tratando-se de crimes de perigo abstrato, a definição de bens jurídicos por eles protegidos é de suma importância. Conhecendo-se o bem jurídico a ser tutelado, busca-se melhor técnica para tal: crimes de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato. Importante, a princípio, é delimitar conceitos de bens jurídicos para então se demonstrar quais são aqueles protegidos pelos crimes de perigo abstrato.

Sobre o conceito de bem jurídico, disserta Claus Roxin:

> Em um estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, a propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção de normas que subjazem a estas condições eu as denomino bens jurídicos (ROXIN, 2006, p.17 e 18).

Desse modo, define o autor os bens jurídicos como

> circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (ROXIN, 2006, p.18 e 19).

Os bens jurídicos podem ser materiais ou imateriais, bem como individuais ou coletivos.

Roxin (2007, p.28) trata brevemente da proteção antecipada de bens jurídicos na obra *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal,* no qual cita como

---

[*] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Ciências Criminais pelo IEC Puc Minas e pós-graduanda em Direito Empresarial pelo Ceajufe - Centro de Estudos Jurídicos na Área Federal, servidora pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, lotada na 34ª Vara Cível da Comarca de Minas Gerais como Oficial de Apoio Judicial - Escrevente de Pauta.

[1] Claus Roxin conceitua bens jurídicos como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias pra uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferença entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no direito Tributário" (ROXIN, 2006, p.19).

[2] Para Jackobs, o direito penal tem como função a reafirmação da existência da norma.

[3] Vejam-se os princípios constitucionais do Direito Penal na obra Introdução crítica ao direito penal brasileiro, de Nilo Batista.

exemplos a condução de veículos em estado de embriaguez e o estelionato de seguros, previstos no Código Penal alemão, nos art. 316 e 265, respectivamente, que são típicos crimes de perigo abstrato. Defende o autor que a antecipação da punibilidade só se justifica se for feita de forma fundamentada. Não descarta o autor a proteção aos bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato.

Claus Roxin considera ponto principal do injusto penal a criação de riscos não permitidos, e não a causação de um resultado (Roxin, 2007, p. 41). Por essa teoria, justifica-se a proteção a bens jurídicos por meios de crimes de perigo abstrato, pois a lesão ao bem jurídico é evitada pela antecipação da punibilidade, ao passo que, caso se espere pela ocorrência do resultado, não haveria razão para a intervenção penal, em certos casos.

Pode-se inferir, pelo exposto acima, que quaisquer bens jurídicos (vida, saúde, liberdade, propriedade) podem ser passíveis de proteção por meio dos crimes de perigo abstrato. Nesse sentido, discorre Luís Greco (2004, p. 119): "Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de dano e de perigo concreto de dano [...]". Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p.195) defende que os bens jurídicos passíveis de ser tutelados pelo direito penal são os bens jurídicos difusos como meios de proteção a interesses individuais. Bens jurídicos individuais, então, devem ser protegidos, em regra, por crimes de perigo concreto ou de lesão. Para explicar sua teoria, o autor defende que o crime de perigo abstrato é absorvido pelo crime de lesão sempre que todos os que forem expostos ao risco forem de fato atingidos. Não se atingindo todos, tratar-se-á de bem jurídico difuso, devendo o autor responder a título de dano e exposição ao perigo.

Em resumo: pode-se afirmar que os crimes de perigo abstrato podem proteger os mesmos bens jurídicos protegidos pelos crimes de perigo concreto e de dano. A titularidade do bem é que deve ser de origem difusa. Não se sabe, em se tratando de crime de perigo abstrato, quais são os indivíduos destinatários da proteção, o que, entretanto, não retira sua legitimidade para proteção de bens jurídicos quando necessário.

3 Criminalização de condutas sem proteção a bens jurídicos - legitimidade

O princípio da lesividade, segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p. 42), está intimamente ligado ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Isso porque a classificação de crime sobre seu potencial lesivo tem por base o bem jurídico tutelado. Para ele, não são admissíveis crimes que não existam para tutelar bens jurídicos. Luigi Ferrajoli, semelhantemente, aborda o fato de o delito existir para proteção de bens jurídicos, não devendo haver criminalização de meras desobediências e o que ele chama "regras de etiqueta":

> Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a 'fraude de etiquetas', consistente em qualificar como 'administrativas' sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Preceitua ainda o ilustre autor:

> O mesmo pode-se dizer dos denominados 'crimes de perigo abstratos' ou 'presumido', nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão um tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Luís Greco apresenta uma visão diferente acerca da obrigatoriedade de existência de bem jurídico a ser tutelado quando da criminalização de uma conduta, sem, contudo, ser essa criminalização um arbítrio estatal. Existem bens, conforme leciona o ilustre estudioso, que não são abarcados pelo conceito de bem jurídico, mas que merecem igualmente proteção penal, dada sua importância pelos indivíduos. Defende Luís Greco que

> O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus-tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social (GRECO, 2004, p.111).

A questão crucial, segundo Greco, não é o que se protege, mas como se protege. Para o autor, todos os bens jurídicos podem ser protegidos quer por meio de crimes de perigo concreto, ou perigo abstrato ou de lesão. Ele considera simplórias as discussões generalizadas sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Ele defende que não é imprescindível a existência de bens jurídicos para que se criminalize uma conduta. Para ele, o conceito de bem jurídico comporta exceções que são os crimes de maus-tratos aos animais e as levantadas por Roxin, que são a proteção aos embriões e aos interesses de gerações futuras (GRECO, 2004, p. 109 e 111).

Desse modo, entende Greco que condutas que afetem bens que não estão contidas nos considerados

bens jurídicos são passíveis de proteção penal, sem qualquer problema, porque, embora não essenciais para vivência social, são de suma importância para as pessoas em geral. E o direito existe para as pessoas, e não estas para o direito.

4 Existência de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos

Grande é a discussão doutrinária acerca da legitimidade da proteção de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato. Entende-se, em suma, que essa técnica legislativa ofenderia os princípios da lesividade e da culpabilidade. Desse modo, discorre Daniela de Freitas Marques sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato:

> Na realidade, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque importa em presunção absoluta de resultado. Diga-se mais: a tese do perigo abstrato é insustentável, ainda que a conduta típica contenha o perigo como elemento integrante de sua descrição, porque há violação ao princípio da causalidade e a violação à própria culpabilidade. Por último, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque condutas de mera desobediência ou de mera infração são levadas a tipos-de-ilícito (MARQUES, 2008, p.69).

Na mesma esteira, preleciona o ilustre mestre Luigi Ferrajoli:

> Temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de crimes de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como 'atos preparatórios', 'dirigidos a', ou 'idôneos para pôr em perigo' ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio - desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes - ou de delitos de opinião contra a religião (FERRAJOLI, 2006, p. 436).

A técnica do perigo abstrato vai, por vezes, de encontro à dogmática tradicional. Daí não ser aceita pela maioria dos estudiosos brasileiros. O fato de não poder ser explicado doutrinariamente não retira dos crimes de perigo abstrato sua finalidade de proteção de certos bens jurídicos contra danos de extensões desconhecidas. A sociedade, a vivência dos indivíduos, não se encontra à mercê dos estudiosos do direito. Este regula relações entre os seres humanos e riscos que surgem a cada dia. É natural que a doutrina não consiga acompanhar a evolução das relações sociais e o surgimento de novos riscos.

Ocorre que, para proteção de certos bens jurídicos, sobretudo os coletivos, necessário se faz que o direito penal venha a se antecipar à lesão ou ao perigo concreto de lesão. Francisco Assis Toledo entende ser admissível penalizar condutas que sejam ao menos potencialmente lesivas aos bens jurídicos, embora não demonstre concordar com sua legitimidade. Assegura o autor:

> A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real ou potencial a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes. A punição da tentativa impossível, contemplada em vários países latino-americanos (não no Brasil) e na atual legislação penal alemã, é um exemplo de punição do ânimo. Os denominados crimes de perigo abstrato são outro exemplo (TOLEDO, 2000, p.19).

Apesar da controvérsia doutrinária, não se pode ignorar o crescimento das hipóteses de tipificação de crimes de perigo abstrato na legislação brasileira. Várias são as causas de ampliação do número de crimes de perigo abstrato. Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 125) defende que são suas causas:

. alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos;

. dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivado da aplicação de novas tecnologias;

. tutela de bens jurídicos coletivos (meio ambiente, ordem tributária, saúde pública) dada a dificuldade de se constatar a efetiva lesão ou o perigo concreto de lesão;

. atos perigosos por acumulação, ou seja, atos que, isolados, não ameaçam o bem, mas, reiterados, produzem consequências incalculáveis, como, por exemplo, as condutas que tipificam os crimes ambientais.

O autor sintetiza com muita propriedade as razões de ampliação dos crimes de perigo abstrato. Percebe-se, com isso, que a proteção de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato não configura algo negativo, conforme se tem dito na doutrina. Não se pode tratar da mesma maneira situações diversas. Os riscos atuais devem ser tratados de forma compatível, tendo em vista que, caso se espere que haja a lesão efetiva, os prejuízos à coletividade poderão ser sem precedentes e de difícil ou improvável reparação.

Não se pode, de maneira simplória e superficial, concluir que não deve o direito penal lançar mão da técnica do perigo abstrato, expressão do princípio da precaução, sem cometer o erro de, pela generalização, deixar-se de proteger bens importantes de consequências irremediáveis apenas por não se ter certeza do perigo de dano. A antecipação pode ser necessária em certos casos, tendo em vista que o desconhecimento de algo não quer dizer que este não exista de fato.

5 Conclusões

Os crimes de perigo abstrato devem ser entendidos como uma técnica de que o legislador pode lançar mão para tipificar condutas para proteção antecipada de bens jurídicos. A antecipação da punibilidade se justifica

devido ao surgimento de novos riscos, cujas consequências, por muitas vezes são irremediáveis.

Não se defendeu, no presente trabalho, a flexibilização dos princípios garantistas do direito penal, mas não se pode negar que é necessária uma releitura dos mesmos quando se trata do direito penal do risco. Existem, porém, certos limites que não podem ser ultrapassados, nem pela prevenção de danos irreparáveis, pois, a pretexto de se proteger certos bens jurídicos, cometem-se atrocidades, proibindo condutas arbitrariamente com o fundamento de serem perigosas. O perigo, para legitimar a antecipação da tutela penal, deve ser tal que haja um equilíbrio entre os benefícios da punição *a priori* e a manutenção dos princípios do direito penal.

Acredita-se também que a própria dogmática penal deve ser relida, tendo em vista que a nova criminalidade que enseja a criação de crimes de perigo abstrato requer uma nova estrutura do delito, sob pena de ser uma "exceção" à dogmática. Ora, não se pode falar em exceção, mas em um ramo do direito penal que está em construção, que não tem respostas a todos os questionamentos dos estudiosos. O que se pode dizer é que o direito penal do risco busca proteção de modo peculiar, apropriado à nova realidade. Busca-se a antecipação para uma proteção efetiva, e não a punição por si só, que não enseja reparação.

Conclui-se ainda que os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade, tendo em vista que existem, a princípio, para proteção antecipada de bens jurídicos em face de novos riscos, de prejuízos incalculáveis por vezes. A lesão dá-se pela própria exposição ao perigo, núcleo do tipo.

Os crimes de perigo abstrato são legítimos se obedecerem a uma técnica legislativa clara e que o bem jurídico protegido seja de antemão identificável, sob pena de afrontarem o princípio da legalidade e de serem meros crimes de desobediência.

Insta esclarecer que não se pode aplicar o que aqui se defende de forma desmedida. Os verdadeiros limites do direito penal do risco só serão traçados com o tempo e com os erros do legislador e do aplicador do direito.

6 Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de janeiro: Renavan, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.14, n. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Os crimes de perigo abstrato e o Supremo Tribunal Federal*. Disponivel em: <ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/371/405>. Acesso em 19.03.2009.

BRASIL, Senado. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponivel em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. acesso em 19.03.2009.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.14, n. 62 , p. 107-133, set./out. 2006.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio**.** *Lições de direito penal:* parte geral. Ed rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio - *A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato*. http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277, 15.02.2007 acesso em 19.03.2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 116 p.

GOMES, Luiz Flávio. Muñoz Conde e o direito penal do inimigo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em: 17.08.2008.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Revista Brasileira de Ciências Criminais***,** São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.13, n. 56, p.80-112, set./out. 2005.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio:* uma visão minimalista do direito penal. 3. ed. Niterói: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 81p.
JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Tradução: Gersélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 142 p.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal:* do perigo proibido e risco permitido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, 496 p.

MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.13, n. 57, p. 9-43, nov./dez. 2005.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre , v. 4, n. 23 , p. 8-14, maio 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa*. Belo Horizonte, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.
PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, Tomo I, p. 407.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Jésus Maria Silva. *La expansion del derecho penal* - Aspectos de la política criminal nas sociedades postindustriales. 2. ed. Civitas, 2001.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 362 p.

TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental*. 3. ed. Salvador: Editora Podium, 2008. Obra recomendada para concursos públicos.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

...

Interpretação constitucional e compreensiva da caução do art. 835 do Código de Processo Civil na dicção da Lei 11.382, de 06.12.2006, e do Protocolo de Las Leñas (Decreto nº 2.067, de 12.11.1996)

Sérgio Álvares Contagem[*]

Resumo: O artigo 835 do Código de Processo Civil, à luz da Lei 11.382/2006, que alterou sobremaneira o processo de execução, e do Protocolo de Las Leñas (1996), normas estas que inseriram importantes regramentos de reverberação processual, deve ser interpretado sob o influxo da ordem processual e constitucional vigente. No enfoque proposto neste trabalho, tal necessidade objetiva impedir que companhias *offshores* se valham de sua constituição societária de ações ao portador como escudo, o que lhes proporciona a liberdade de propor demandas descomprometidas com o adimplemento de eventual sucumbência final no pleito. Tal permissibilidade jurídica, fruto de uma simbiose truncada de diplomas legais, imprime instabilidade no cenário processual e provoca o rompimento da harmonia processual, na medida em que princípios, tais como isonomia e segurança jurídica, são vulnerados, já que essas companhias se arvoram no direito de litigar em território nacional sem caucionar o juízo, estando fulcradas no art. 836, I, do Estatuto Processual Civil, dispositivo este que lhes brinda com aparente isenção no que tange à prestação de caução para propor ações lastreadas em título executivo extrajudicial, mesmo quando não possuam bens imóveis no Brasil. Tal contexto é objeto de contundentes críticas neste trabalho, visando a possibilitar uma releitura de tais normas e institutos à luz das reformas processuais mencionadas, buscando-se conformá-las à norma constitucional fundamental.

Palavras-chave: Caução; art. 835 do Código de Processo Civil; Protocolo de Las Leñas.

1 Introdução

O presente trabalho visa a uma interpretação bastante ousada no que tange à aplicabilidade e eficácia dos institutos aqui abordados. Trata-se de um tema dotado de significativa especificidade e que congrega um universo de efeitos que são irradiados em vários ramos da ciência jurídica, os quais deverão ser compreendidos dentro do contexto aqui proposto, obviamente sem se limitar às estreitezas de conteúdos e limitações semânticas, mas tendo como norte e limite a supremacia da *Lex Mater*.

Pretende-se provocar os aplicadores do direito à real extensão das reformas processuais promovidas pela Lei 11.382/2006, bem como pelo Protocolo de Las Leñas, e interpretá-los de forma sistemática no ordenamento jurídico. Aspira-se apontar possíveis inconstitucionalidades e realizar uma interpretação sistemática e compreensiva deste tratado e de sua repercussão nas normas processuais, especialmente no que tange à norma dos arts. 835 e 836, I, do CPC, sem olvidar a sua conformação e sintonia com o texto constitucional.

Impende esclarecer que a crítica feita neste artigo se dirige, precipuamente, à aplicabilidade dos institutos jurídicos e normas referenciadas às sociedades estrangeiras de ações ao portador, notoriamente conhecidas como sociedades *offshore*, e o tema cinge-se às execuções por ela ajuizadas em âmbito nacional fulcradas em títulos executivos extrajudiciais.

Malgrado este estudo não pretenda exaurir o tema, por ser um debate que passa ao largo dos assuntos acadêmicos e diante da escassez da interpretação pretoriana sobre a matéria, almeja-se trazer a lume uma proveitosa e sadia discussão científica, a fim de que se possa agregar valor à interpretação desses institutos à luz do ordenamento pátrio e incitar os destinatários de tais normas a refletir sobre a matéria aqui esposada e suas consequências, tendo como diretrizes os princípios da segurança jurídica, isonomia, efetividade e devido processo legal.

2 Breves considerações técnicas sobre a incerteza jurídica incidente nos títulos executivos extrajudiciais e seus reflexos sobre o princípio da efetividade e da segurança jurídica

A doutrina de Souza[1], citado por Delgado[2], ensina que:

> A segurança jurídica é concebida como valor na Carta Magna, em razão dela, justamente com a Justiça, serem "valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu, aquilo que, por ser justo, lhe compete.

Com a entrada em vigor das recentes reformas no processo de execução, buscou-se implementar maior

---

[*] Advogado. Especialista em direito de empresa. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais.

[1] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17-18.

[2] DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional - *O Direito Constitucional do Século XXI*, em 21 de maio de 2005, p. 5.

efetividade e satisfação ao direito material através da prestação jurisdicional. No entanto, é salutar que essa perspectiva não colida com a segurança jurídica, bem como não semeie instabilidade no processo de execução que reflita diretamente em uma entrega jurisdicional irreversível e precipitada, sendo imperativa a aplicação de um aguçado juízo de ponderação pelo julgador.

A fim de consubstanciar um enfoque multidisciplinar e plural sobre o debate que se propõe, curial tecer algumas considerações sobre a execução fundada em títulos extrajudiciais e sua fragilidade no que tange à certeza jurídica, com especial realce para o seu reflexo na segurança e irreversibilidade de medidas constritivas anteriores a um provimento jurisdicional de mérito.

Segundo a maciça doutrina processualista brasileira, a sentença proporciona o acertamento do conflito. Para a sociedade, o que importa é a efetividade prática do direito reconhecido na sentença. O conhecimento é o meio; a sentença é o fim.

Em princípio, a execução de título extrajudicial, remodelada pela Lei 11.383/06, não é um processo tendente à discussão do direito, haja vista ser um processo técnico. Ao contrário do que ocorre ordinariamente numa sentença civil condenatória transitada em julgado (título judicial), em que se tem uma ampla discussão cognitiva pelas partes no tocante ao direito invocado, na execução fundada em título executivo extrajudicial não há o acertamento completo do direito, visto que o título executivo foi constituído à revelia de um processo jurisdicional com supressão de um debate dialético entre as partes, razão pela qual se permite a sua discussão em ação de impugnação denominada embargos à execução. Ademais, o que confere força a tais títulos é a própria lei processual civil, consoante se dessume do art. 585 do Código de Processo Civil.

A execução extrajudicial, nos moldes atuais, é ação autônoma executiva pura por excelência e não constitui desdobramento ou fase de satisfação de processo de conhecimento como ocorre nas ações sincréticas. Dessarte, ressoa nítida a importância dos embargos à execução como ação cognitiva apta a revelar ao Judiciário todas as potenciais vicissitudes formais e materiais do título executivo que se acredita ter uma presunção relativa de liquidez, certeza e exigibilidade, bem como atacar o direito à realização do crédito nele mencionado. Nessa ordem de ideias, é notória a relevância da concessão pelo juiz do efeito suspensivo aos embargos, sempre que requerida e demonstrada a justa causa, bem como os requisitos para seu deferimento, a fim de possibilitar a sustação dos possíveis efeitos irreversíveis e danosos do prosseguimento do processo de execução, visto que somente a sentença que decide os embargos traduzirá o perfeito acertamento do direito material de forma plena.

Assim como o processo tende a buscar um resultado prático e útil para o credor, não pode se tornar meio de expropriação indevida pelo Estado em desfavor do suposto devedor, quando a situação em concreto oriente pelo correto acertamento do direito que se legitima na fase de discussão cognitiva de embargos. O processo é técnica para contribuir para a lapidação do direito, e não para impedi-lo ou torná-lo inócuo diante da sentença condenatória definitiva. É papel do Estado velar pela efetividade de seus mandamentos sentenciais. A técnica está a serviço do processo, e não contra ele. O princípio da instrumentalidade de formas orienta que, ainda que se atropele a forma, em certas circunstâncias, se o efeito do ato é alcançado e atingida a finalidade, sem prejuízo para as partes e para o processo, não se deve decretar a sua invalidade. No entanto, esse dogma jamais poderá ser interpretado de forma absoluta e isolada da realidade histórica que originou a lide, visto que a inobservância da forma muitas vezes poderá acarretar danos irrecuperáveis ao executado. Consequentemente, caso não seja concedido o eventual efeito suspensivo, tornar-se-ia estéril e ineficaz o acertamento do direito material, mormente quando a sentença dos embargos julgar procedentes os pedidos do embargante, declarando a iliquidez, a inexigibilidade e/ou a incerteza do título executivo, ou ainda, que o quantum debeatur não procede na forma proposta pelo exequente[3].

É salutar uma interpretação compreensiva de tais institutos mediante uma filtragem constitucional, não se podendo limitar a uma leitura puramente literal da lei. Hodiernamente, a interpretação gramatical é técnica que não atende mais aos reclames da hermenêutica jurídico-constitucional. Conforme o magistério de Câmara[4] apesar de insuficiente, o método literal ou gramatical é indispensável, uma vez que não é possível ao intérprete exercer a sua atividade sem ler a lei.

A função jurisdicional do Estado é instrumental[5], e não um fim em si mesma. O processo tem por escopo efetivar essa função de solucionar os conflitos por ser ciência e método de solução de controvérsias. O seu fim

---

[3] Seguindo essa linha de raciocínio, a determinação da prestação da caução do art. 835 do CPC deve ser interpretada à luz das reformas processuais do processo de execução, recentemente operadas na legislação pátria, sob pena de um total desvirtuamento do conteúdo axiológico da norma hipoteticamente vislumbrada pelo legislador, o que nos renderia conclusões absurdas.

[4] CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 1, p. 21.

[5] O Direito é instrumento de civilização. No entanto, deve-se buscar a efetividade do processo com presteza, técnica e qualidade das decisões, sem prejuízo da segurança jurídica e sem que o mesmo subverta o direito material a um mero instrumento da sua atuação, contrariando a natureza da norma adjetiva de qualificadora do direito substrativo.

último é a efetividade da solução da lide, porém uma efetividade temperada pela razoabilidade sob o prisma da proporcionalidade e da segurança jurídica, não podendo o processo tornar ineficaz uma decisão definitiva, ou tornar irreversível uma medida precária anterior à sentença, diante de situações em que a verossimilhança dos fatos e o fundado receio de dano irreparável orientem um melhor acertamento do direito objeto de discussão.

3 Da utilidade dos institutos da "caução" e "efeito suspensivo aos embargos à execução" e seu reflexo nas execuções lastreadas em títulos executivos extrajudiciais movidas por sociedades offshore. Interpretação à luz da legislação processual precedente à Lei 11.382, de 06.12.2006

Segundo a preciosa doutrina de Câmara[6], o vocábulo "caução" significa garantia sendo certo que segurança e preventividade são da essência de tal instituto.

Preceitua o art. 835 do Código Instrumental brasileiro:

> O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

Em sequência, o art. 836, I, plasma:

> Art. 836. Não se exigirá, porém, a caução, de que trata o artigo antecedente:
> I - na execução fundada em título extrajudicial; [...].

Segundo o renomado Machado[7], a regra do art. 835 nada tem que ver com o procedimento da caução, visto que disciplina apenas uma das suas hipóteses de cabimento, a chamada *cautio iudicatum solvi* (garantia do cumprimento do julgado), consistente na garantia que o sujeito ativo da ação deve prestar para garantir o pagamento do reembolso das despesas processuais e da verba honorária caso saia vencido na causa. É perfeitamente lógica a interpretação[8] feita pelo festejado processualista retrocitado, haja vista que, quando redigiu a citação mencionada, estava em vigor a regra do § 1º do art. 739 do Código de Processo Civil (Brasil, 1973) que dispunha: "Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo".

No entanto, com as alterações trazidas pela Lei 11.383, de 06.12.2006, houve contundentes alterações no Livro I - Do Processo de Execução - do Digesto Adjetivo brasileiro.

Nos termos do art. 739-A do CPC, acrescido pela Lei 11.382, de 06.12.2006, tem-se:

> Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
> § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Segundo o perspicaz magistério de Coelho[9], companhias *offshore* são sociedades empresárias constituídas e estabelecidas em países estrangeiros. Podem ou não ser utilizadas para propósitos fraudulentos. Uma vez adquiridas as ações ao portador representativas do capital social das *offshore companies*, o devedor transfere para o domínio da pessoa jurídica os seus principais bens, tais como imóveis, veículos e quotas ou ações de sociedades brasileiras. Isso não importa dizer, necessariamente, que elas são um indício de fraude, porquanto podem ser utilizadas para fins legítimos em operações mercantis; no entanto, consistem em uma das alternativas mais empregadas pelos devedores para ocultar bens de credores, dificultando a execução de suas obrigações.

Na particularidade e especificidade do tema proposto, que envolve a participação de sociedades anônimas com ações ao portador, em que se tem uma execução fundada em um título executivo, que não foi pro-

---

[6] CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 3, p. 123.
[7] *Código de Processo Civil interpretado:* Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, p. 1.254.
[8] Ob. cit., p. 1.255-1.256. Como na execução, as despesas do processo (custas, diligências, honorários, periciais etc.) correm às expensas do devedor, não importa a espécie de procedimento in executivis de que se valha o credor, porque em face do princípio aludido e da própria literalidade do art. 835, este não se submete à exigência da cautio iudicatum solvi. Logo, também em relação à execução fundada em título judicial, não se aplica ao exequente o instituto da caução. Como interpretar, então, este inc. I, que fala de execução e, especificamente, da fundada em título extrajudicial? O elemento-chave para a interpretação aqui é justamente a referência ao "extrajudicial", que nos conduz ao fato de que na execução existem embargos que são uma ação de conhecimento incidente para a qual o presente dispositivo apresenta regramento quanto à questão da caução. Assim, do embargante na execução fundada em título extrajudicial não se exige caução porque, em se tratando de título ainda não discutido em juízo e dada a amplitude de defesa realizável (art. 745), a probabilidade de existência do crédito é menor e maior a possibilidade de sucesso do autor dos embargos (Humberto Theodoro Júnior). Exige-se, no entanto, a cautio do embargante na execução de título judicial, porque nesta o contexto é justamente o oposto.
[9] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial:* direito de empresa, v. 2, p. 48.

duto de um acertamento do direito material em uma fase de cognição exauriente iluminada pelo contraditório e ampla defesa, observa-se que tais sociedades estrangeiras se valem do seu tipo societário para se escudar no afã de burlar a legislação brasileira. Isso se torna possível, porque muitas vezes tais sociedades são constituídas em alguns países do Mercosul, em que a legislação do anonimato não imprime rigores à avaliação de bens para a integralização do capital social, ao contrário do que ocorre na Lei de Sociedades por Ações brasileira - Lei 6.404/76 -, que prescreve no *caput*[10] do seu art. 8º os rigores acerca da avaliação dos bens para integralização do capital social e a responsabilidade dos avaliadores e subscritores (§§ 4º e 5º)[11].

Assim, tais sociedades *offshore* estrangeiras tornam-se encorajadas a propor ações judiciais totalmente descomprometidas com qualquer possibilidade de sucumbência no Brasil. A permissividade do art. 836, I, do Digesto Processual Civil diante de nosso atual sistema jurídico, somada às disposições inovadoras do Protocolo de Las Leñas, e diante das reformas promovidas pela Lei 11.382/06, que reformulou o processo de execução da Lei Instrumental, possibilita que eventual sucumbência em uma demanda ajuizada se torne um nada jurídico, uma esterilidade absoluta, fruto do revestimento protetivo que o ordenamento jurídico de determinadas legislações do Mercosul e de outros países confere a tais sociedades e que lhes permite a "liquefação" de seu capital social, diante da ausência de rigores no que se refere à sua constituição.

O direito não pode ficar alheio a tais distorções externas que repercutem internamente no seio social e negocial, devendo, por conseguinte, implementar o verdadeiro sentido da norma jurídica, bem como impedir que empresas estrangeiras, ao deduzirem suas pretensões creditícias no Brasil, promovam a quebra da harmonia do processo e frustrem expectativas legítimas dos devedores, de litigarem sob um processo justo e isonômico.

Associado à exigência da caução, o efeito suspensivo visa a possibilitar um amadurecimento do direito material invocado na ação de conhecimento dos embargos do devedor, que somente após a dilação probatória, sob o crivo do contraditório, culminará com o seu acertamento na sentença de mérito, possibilitando, assim, a satisfação de forma sadia do direito reconhecido, ou declarando a inexigibilidade ou a invalidade do título exequendo. Evita-se, assim, uma penhora on-line, quase sempre de efeitos irreversíveis nos autos da execução, haja vista que, na maioria das vezes, é impossível ao executado/embargante vencedor restabelecer o *statu quo* diante da impossibilidade de encontrar patrimônio e representantes legais das *offshore* mal intencionadas. Ademais, as ações das companhias dessa natureza se transmitem pela simples tradição, não havendo o seu registro em livro próprio como existente na legislação brasileira (livro de registro de ações nominativas), o que torna extremamente volátil a titularidade de tais ações, bem como a quase impossível localização de seus detentores, devido à facilidade de circulação desses papéis.

4 Inaplicabilidade do art. 836, I, do CPC, à luz das reformas processuais do processo de execução de título extrajudicial (Lei 11.382, de 06.12.2006). Necessidade de interpretação compreensiva, sistemática e teleológica da norma

Crê-se que a verdadeira *mens legis* do art. 835 do Estatuto Processual Civil foi garantir ao Fisco o pagamento das custas judiciais e os honorários ao advogado da parte vencedora (executado/embargante) nas ações intentadas por empresa estrangeira que não tiver bens imóveis no Brasil. E a razão para tal preocupação do legislador é simples: evitar o ajuizamento de ações judiciais infundadas, em que o exequente, caso sucumbente, restasse ileso e não lesasse os cofres públicos, bem como não cumprisse com as obrigações decorrentes da sentença, sobretudo o pagamento dos honorários do advogado vencedor, que inclusive possui natureza jurídica de verba alimentar como tem reiteradamente entendido a jurisprudência do STF[12].

Se sucumbentes tais empresas estrangeiras, os executados e o Fisco seriam lesados, haja vista, como dito anteriormente, jamais conseguirem localizar quaisquer bens passíveis de penhora, nem sequer seus representantes legais, por uma razão óbvia: grande parte de tais sociedades *offshore* são criadas com fins escusos para ludibriar terceiros. É de fácil percepção que, caso sobreviesse a efetivação de uma penhora *on-line* nos autos do processo de execução, isso tornaria, conforme a amplitude do valor da causa, inviável o exercício do objeto social da sociedade executada ou poderia reduzir à miséria a pessoa natural executada, acarretando a ruína de sociedades empresárias, tamanho o impacto irremediável e irreparável

---

[10] "A avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em Assembléia geral dos subscritores, convocados pela imprensa presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número".

[11] "§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor".
"§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido. No caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária."

[12] São Paulo/SP, STF, RE 146318., Rel. Min. Carlos Velloso, 1996.

que uma execução injusta e dessa envergadura poderia causar. É notório que raras empresas hodiernamente sobrevivem à hipertributação do Estado. Despiciendo dizer que a constrição de montantes elevados e sem qualquer garantia de reversibilidade seria um golpe letal à continuidade de inúmeras sociedades que jamais suportariam os efeitos nefastos de uma supressão brusca de ativos financeiros, comprometendo o giro do seu negócio.

O CPC estatui, e a jurisprudência[13] sufraga, que, no art. 301, inciso XI, a caução é matéria de defesa preliminar e no art. 267, IV, do mesmo diploma, infere-se que o processo será extinto sem resolução do mérito, quando se verificar ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Assis[14], com irretocável propriedade, afirma que na execução a posição jurídica de vantagem usufruída pelo credor, o prognóstico favorável à pretensão de executar, que lhe acode, minimiza a necessidade de qualquer cautela prévia. Com todas as vênias à posição do eminente processualista, não é o que se parece, e ousa-se divergir do seu entendimento.

Pretende-se aqui demonstrar que o art. 836 do CPC passou despercebido pelo legislador ordinário da reforma da Lei 11.382/2006, visto que aquela regra não foi contemplada com a mencionada reforma no que tange ao processo de execução, não prescindindo, assim, a sua releitura, da interpretação à luz de tais mudanças legislativas[15].

Fazendo-se uma interpretação sistemática e teleológica da norma processual e buscando-se a sua compreensão jurídica dentro do ordenamento constitucional que a valida, infere-se que o propósito do legislador foi proteger o Fisco e o causídico patrocinador do executado de um possível descumprimento pelo exequente de suas obrigações pecuniárias no que tange às custas processuais e honorários de sucumbência, e ainda evitar que o mesmo, em se tratando de empresa estrangeira, caso vencida, não saísse ilesa do processo sem comprometer-se com o ônus da sucumbência. É óbvio ululante que o legislador quis beneficiar tais credores[16].

Seria teratológico não se exigir a caução do art. 835 aos títulos extrajudiciais, nas hipóteses aqui ventiladas, haja vista os embargos de devedor, como ação autônoma de impugnação à execução fundada em título extrajudicial, sob a nova regência processual, não mais gozar de efeito suspensivo automático. Seria ilógico conceder um efeito suspensivo e não conceder tal caução, visto que o objetivo é mutuamente identificado em ambos os institutos, além do que se estaria vulnerando o que o legislador quis evitar: a impunidade das empresas estrangeiras que não tenham bens de raiz em território pátrio, o que as levaria, caso vencidas, à frustração do Fisco e do patrono vencedor, no que tange à execução dos seus créditos fiscais e sucumbenciais do processo. Seria indiretamente admitir uma ingerência de sociedades alienígenas que a lei brasileira não contemplou, bem como promover a quebra da isonomia do debate jurídico no processo, em virtude da constituição societária peculiar de tais companhias de títulos ao portador, as quais são, inteiramente, receptivas a fraudes, desvios de finalidade e abusos, os quais a lei pátria não se preocupou em coibir eficazmente.

Em outras palavras, conceder somente o efeito suspensivo, sem a caução, seria o mesmo que conduzir o processo rumo à irreversibilidade, atropelando-se o próprio direito material que o subordina e o que todos os modernos Estados de Direito foram construídos à base de sangue e lágrimas, qual seja a segurança jurídica[17].

Olavo Ferreira, citado por Lenza[18], em notável pronunciamento dispara:

---

[13] AI nº 70013932934/RS.

[14] ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 416.

[15] Conforme citado em linhas anteriores, os embargos à execução, sob o regime revogado nas execuções em geral, eram, seguro o juízo, ordinária e automaticamente, suspensivos da execução, uma vez que seriam todas as questões controversas discutidas e dirimidas em sede de embargos do devedor. No entanto, com a nova regra da supressão da suspensão automática dos embargos, tal exceção, constante do artigo supracitado, não acompanhou a dinâmica da reforma empreendida pelo legislador que pretendeu prestigiar o exequente com uma maior efetividade na execução, o que não poderia admitir-se afrouxar as rédeas da segurança jurídica e tornar provável a irreversibilidade prematura dos efeitos práticos do processo sobre o patrimônio do devedor. Se o exequente não cauciona o juízo, e considerando ser ele uma empresa estrangeira de ações ao portador (*offshore*) e fatalmente com capital social liquefeito, caso se concretizasse uma penhora *on-line*, jamais se conseguiria reaver os valores constritos, o que geraria a sua ruína, diante das sequelas econômicas que tal ato geraria, além da fragilidade e descrédito no mercado.

[16] Nesta linha de raciocínio, não se concebe como racional entender como mantida a exceção do art. 836, I, do Código de Processo Civil, por estar diametralmente em flagrante descompasso com as reformas processuais mencionadas, não guardando consonância com a nova tônica processual pós-reformas, por ser categoricamente incoerente com as orientações legais e aos reclames de efetividade e segurança jurídica propugnados pelos tribunais superiores.

[17] E mais: somente poderia ser evitada uma eventual cassação ou revogação da suspensão aos embargos à execução, fruto de uma leitura açodada dos institutos legais já mencionados, caso houvesse um correto juízo de ponderação dos interesses em conflito e mediante um consciente sopesamento dos valores em aparente confronto, seguida da aplicação das regras jurídicas à luz da realidade fática e não pura e simples cega subsunção do fato à norma, sob pena de ceifarem-se axiomas basilares das instituições do direito.

[18] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 630.

> O princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. O segundo encontra fundamento nos artigos 5º, inciso LV, e 3º, inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm *status* constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado [...].
> A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o direito tem conteúdo justo[19].

O objetivo da construção desse raciocínio é primar pela correta interpretação das normas e evitar, ao fim do julgamento dos embargos, um quadro irreversível, considerando-se que é a própria certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo que estão em discussão.

Natural que, antes das reformas, não era razoável exigir a caução para ações fundadas em títulos executivos extrajudiciais, haja vista que, na vigência da sistemática processual anterior, os embargos sempre tinham efeito suspensivo, ou seja, a suspensão era a regra, o que não gerava o risco de se causar desfalque irreversível ao patrimônio do devedor até o julgamento da ação de embargos. O que se tem hoje no ordenamento jurídico é o inverso: os embargos à execução, em regra, não têm efeito suspensivo, razão pela qual ora defende-se a aplicação da caução do art. 835 do CPC e a interpretação do art. 836, I, do mesmo diploma à luz dessa nova realidade. Visa-se, portanto, a evitar prejuízos irremediáveis ao executado que discute a validade do título executivo, o qual pode estar inquinado de nulidades insanáveis e executados por uma pessoa jurídica de constituição, idoneidade financeira e finalidades de origem duvidosas[20] .

Por tais razões, entende-se que a melhor interpretação do retrocitado art. 836, I, é considerá-lo revogado pelas recentes mudanças do processo de execução, aplicando-se o art. 835 do mesmo diploma para todas as ações intentadas por companhias *offshore* e que não tenham bens móveis no Brasil, sejam ações de conhecimento ou de execução, sob a nova leitura processual e constitucional.

Como muito bem aponta Câmara (2008)[21] , a isonomia está diretamente ligada à ideia de processo justo, isto é, de devido processo legal, o qual reclama um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos.

Conclusão outra não se extrai senão a que a exigência da caução é norma que promove o nivelamento das partes no processo, equilibrando as diferenças, de forma a tornar o processo o ambiente propício para que a discussão jurídica se desenvolva e se aperfeiçoe na ação de conhecimento dos embargos, à luz do devido processo legal e da ampla defesa, com participação paritária das partes, sem correr-se o risco de que o benefício da constituição societária das *offshores* seja um prenúncio de impunidade, caso sucumbam ao final do pleito.

5 Da inaplicabilidade do Decreto Federal nº 2.067 (Protocolo de Las Leñas). Ausência de regulamentação. Precedentes. Reafirmação da necessidade da caução do art. 835 CPC

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa, conhecido como Protocolo de "Las Leñas" [22] ,

---

[19] O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal: 15 anos:* mutação e evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003, p. 103. Na jurisprudência do STF, cf. RE 197.917/SP, rel. Min Maurício Corrêa, *Inf. 341/STF.*

[20] O processo é método de aplicação do direito material e jamais deve contrariar o próprio direito em si, sob pena de ser um instrumento e um fim em si mesmo, negando assim a sua própria natureza adjetiva e qualificadora do direito substantivo invocado. O direito processual foi criado para servir ao direito civil, e não para subverter suas regras em favor de si. O processo deve ser interpretado de forma a concretizar, sobretudo, o princípio da justiça e da segurança jurídica, e não propagar a instabilidade, a ineficácia e a esterilidade dos provimentos jurisdicionais, dissuadindo assim a prática ao abuso do direito de demandar, o que constitui, por si só, ato ilícito objetivo, nos termos do art. 187 do Código Civil vigente.

[21] CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. 1, p. 41-43. Afirma o festejado processualista que o art. 125, I, do CPC dispõe que é dever do juiz assegurar às partes um tratamento isonômico. Não se poderia conceber tal garantia como meramente formal. E dispara dizendo que a falsa ideia de que todos são iguais e merecem o mesmo tratamento é paradoxalmente contrária à noção de isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser consideradas para que a garantia da igualdade supere o caráter meramente formal e se realize substancialmente. Neste sentido, diz o autor, é que mais do que nunca se deve obedecer à regra que determina tratamento igual às pessoas iguais e tratamento desigual às pessoas desiguais.

[22] MAGALHÃES, José Carlos de. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul, *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, a. 36, n. 144, p. 283, out./dez.1999. Preciosa a doutrina do citado autor: "O Protocolo de Las Leñas, incluído nesse rol e objeto deste estudo, constitui importante passo para o processo de integração, ao conferir às decisões judiciais provindas dos países do Mercosul o efeito de extraterritorialidade, podendo contribuir muito para o processo de integração regional. E continua o autor: "Esse Protocolo tem, ainda, a virtude de assegurar a assistência mútua e ampla cooperação judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do Mercosul e, assim, estreitar o relacionamento entre eles. Não esclarece, contudo, como essa assistência será prestada, limitando-se a prever a indicação de uma autoridade central, que estará encarregada de receber e dar andamento às petições sobre a matéria".

promulgado no Brasil pelo Decreto 2.067, de 1996, preceitua em seu art. 4º que:

> Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado-parte. O parágrafo precedente se aplicará às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-partes.

Advoga-se a tese de que tal norma não pode prosperar por dois aspectos: a uma, porque não foi regulamentada e dessa forma não tem como render aplicabilidade; a duas, porque tal disposição, ainda que seja regulamentada e ingresse no ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária, e ainda que seja norma que especifique situações do art. 835 CPC, diante do fenômeno da antinomia de normas[23], ainda assim, entende-se que não pode ser aplicada, haja vista colidir frontalmente com o princípio constitucional do devido processo legal e da isonomia, na medida em que promove uma quebra da harmonia do processo executivo do estatuto adjetivo, sem se mencionar o prejuízo à segurança jurídica.

No que tange ao primeiro ponto, ou seja, à ausência de regulamentação de aludido protocolo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se pronunciou sobre o tema e afirmou que a norma é carente de regulamentação e, portanto, sem aplicabilidade.

Oportuna é a decisão do TJ/RJ de relatoria do Des. Pedro Raguenet[24], na qual, em julgamento unânime, foram tecidas preciosas considerações sobre a matéria.

Consoante se infere do julgamento supra, datado de 02 de outubro de 2007, sustentou-se que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional do Mercosul ainda não está regulamentado, donde se tem por absolutamente temerário desobrigar empresa estrangeira, sem bens no Brasil, de prestar caução necessária para cumprimento da lei processual.

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa entre países do Mercosul não possui nem a abrangência nem a vinculação que um intérprete mais apressado pretenda lhe conferir, conforme se dessume do pronunciamento do órgão Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal[25] .

Como muito bem pontificou o Des. Pedro Raguenet em seu voto no julgamento da Apelação Cível retrocitada, não inexiste a exclusão de responsabilidade em se adequar o comando do art. 835 da Lei Adjetiva, porque, além de não estar regulamentado tal instrumento legal (o Protocolo), o prosseguimento da demanda sem a existência da caução implicaria expressa violação de lei federal, na forma da norma processual preexistente e expressa a esse teor. Ademais, não há que se falar que tal entendimento viola tratado internacional, visto que com crivo no

---

[23] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 25-26. Oportuna a lição de Mendes: "Como o direito enquanto ordenamento ou sistema, não tolera antinomias ou contradições, ao longo dos séculos tanto a legislação quanto a doutrina e a jurisprudência foram elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, pelo menos aqueles simplesmente aparentes, já que as antinomias reais permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala Bobbio. Fruto desse trabalho são os chamados critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, em verdade simples regras técnicas que, na maioria dos casos, ao serem utilizadas parecem ter resolvido apenas falsos problemas [...]. Por isso, nesses modelares de inconsistência total-total ou de incompatibilidade absoluta entre normas, não se encontram soluções manejando os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só "resolvem" mesmo os conflitos aparentes de normas".

[24] Apelação Cível nº 2007.001.02275. Vale transcrever parte do aresto: "Cível e processual civil. Ação de cobrança manejada por pessoa jurídica de direito privado estrangeira e com sede no exterior. Sentença que acolhe o pedido inicial e rejeita o pedido de reconvenção apresentado. Apelação.
Reiteração de agravo retido que afastou as preliminares e pedido de reforma do *decisum*, com o acolhimento da reconvenção e improcedência da cobrança.
Agravo retido conhecido por reiterado e rejeitado. Se a decisão é concisa, mas não falha em apontar os motivos pelos quais rejeitou as preliminares, não se acolhe a alegação de ausência de fundamentação da mesma.
Preliminares processuais que restam corretamente afastadas pela prova dos autos. Conhecimento e rejeição do agravo retido.
Prejudicial de ausência de caução previamente realizada, pela autora, com violação ao comando do art. 835 do CPC. Conversão do julgamento em diligência. Interposição de agravo de instrumento de decisão que fixou o valor da caução, ausente nos autos qualquer depósito a esse título.
Agravo de instrumento convertido em agravo retido, relativo à prejudicial acima mencionada.
Sociedade estrangeira que se pretende incluída no Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.067/96. Pretensão de não sujeição à obrigação de efetuar caução relativa ao depósito das custas e aos honorários advocatícios.
Efetividade restrita do Protocolo enquanto não regulamentado, na forma de precedente do STF. Não se desobriga empresa estrangeira, sem bens no Brasil, de prestar caução, com o intuito de assegurar a eventual condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.
Ausência de cumprimento, pela parte interessada, desta exigência legal. Preclusão de prestação da caução como decidido pelo Colegiado. Extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC e inversão das verbas de sucumbência na forma de precedente do STJ, restando prejudicado o restante do apelo".

[25] (CtR-AgR7613/AT-Argentina Ag.Reg. na Carta Rogatória. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 03.04.97 - Pleno).

precedente do colendo STF a respeito da prevalência da legislação processual brasileira, não se tem por eficaz a efetiva qualquer exclusão de aplicação desta por força daquele. Nesses termos, é salutar que as empresas estrangeiras, sob esse prisma se submetam à prestação da caução e não se eximam tal incumbência sob a frágil alegação de suposta exclusão legal com base no aludido protocolo, visto que, além de não estar regulamentado, deve haver prevalência da legislação genuinamente brasileira, sendo que a pena ao descumprimento de tal pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo implica a extinção do feito sem resolução do mérito nos exatos termos do art. 267, IV, do Diploma Processual Civil.

No que tange ao segundo argumento apontado para a inaplicabilidade de tal protocolo, defende-se a tese da sua inconstitucionalidade. Ainda que seja regulamentado, ao ingressar no ordenamento jurídico derrogando ou especificando os arts. 835 e 836, I, do CPC, tal fato haveria de vilipendiar o art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reza que deverá ser observado o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, donde deriva a paridade de participação das partes no processo.

É inquestionável que todo o ordenamento jurídico encontra fundamento de validade na norma constitucional[26] [27].

É categórico que a repercussão da norma do art. 4º do Protocolo de Las Leñas geraria um estado de total instabilidade nas relações jurídicas travadas entre nacionais e empresas estrangeiras. Nesse ponto, ousa-se discordar de Magalhães[28], haja vista que não se admite afirmar que o art. 4º do Protocolo de Las Leñas tende a gerar igualdade processual, como tenta fazer crer o eminente autor. Entende-se que, na verdade, o que ocorre em alguns casos é exatamente o contrário: desvirtuamento do sistema processual brasileiro proporcionando desequilíbrio nas relações dos nacionais com empresas e membros do Mercosul[29].

Ademais, em se tratando de normas de mesma natureza - processual - e pelo fato de o CPC ter fundamento de validade direto na constituição, e a norma do art. 836, I, e do art. 4º do Protocolo de Las Leñas não se amoldar aos ditames constitucionais, a resposta do sistema é a interpretação conforme a Constituição, ou, na pior das hipóteses, a *ultima ratio* da desqualificação jurídica, qual seja a sua inconstitucionalidade, considerando-se que tratados internacionais podem ser, perfeitamente, objeto de controle concentrado em Ação Direta de Inconstitucionalidade e, obviamente, de controle difuso. Entende-se que assim seja porque, de fato, o Protocolo não se aplica a todos indistintamente, mas tão somente àquelas pessoas que se enquadrem no seu âmbito de aplicação, coexistindo assim duas regras processuais distintas para regularem situações semelhantes, o que gera flagrante desequilíbrio, haja vista ser a regra do Protocolo muito mais permissiva à quebra do sistema processual interno, conforme já foi narrado ao referir-se às sociedades *offshores*.

Com certeza isso não foi assim idealizado pelo legislador de 1973, razão pela qual não se pode forçar uma adaptabilidade de regras processuais estruturais tão destoantes da base harmônica na qual foi erigido o sistema processual originário, fruto da vontade soberana popular, e de forma a promover o equilíbrio entre os sujeitos do processo. Se subitamente tal ordem natural é subvertida por uma contingência política oriunda de ato governamental de índole internacional, tal qual ocorre com a assinatura de tratados e acordos internacionais, está claramente configurada a sua ilegitimidade a ponto de colidir com a ordem constitucional já adaptada a um processo amadurecido e amoldado à realidade social do país, onde se prestigia a isonomia e a efetividade, porém sob o manto da segurança jurídica.

6 Conclusão

Urge que o Judiciário brasileiro reaja a tais realidades e impeça que se torne estéril ou inútil a entrega

---

[26] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, p. 107. Mendes, discorrendo sobre o princípio da unidade constitucional, dispara: "Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendemos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque - relembre-se o círculo hermenêutico - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes".

[27] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit., 113. Discorrendo sobre o princípio da interpretação conforme a constituição, continua o eminente ministro: "Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou que melhor corresponde às decisões do constituinte".

[28] MAGALHÃES, José Carlos de. Ob. cit.

[29] É bem verdade que a promulgação do Protocolo é bem anterior às reformas processuais implementadas pela Lei 11.382, de 06.12.2006. Como dissemos, anteriormente a execução de título extrajudicial, via de regra, era dotada de efeito suspensivo automático mediante a garantia do juízo. No entanto, com as reformas promovidas, tal regramento foi modificado na sua essência, o que, por si só, impede a interpretação do Protocolo de Las Leñas sob as mesmas bases processuais outrora existentes.

jurisdicional nas hipóteses aventadas neste estudo, considerando-se que as sociedades *offshores,* quando não possuírem bens imóveis no Brasil, são uma verdadeira ameaça às garantias mínimas de paridade processual, já que seu tipo societário lhe confere, no plano prático, uma potencial imunidade sucumbencial, associado ao fato de gozarem de uma blindagem legal inata, que lhe garante a certeza de não sofrerem os efeitos de qualquer ônus processual caso venham a ser vencidas, sem se mencionar a volatilidade de suas ações que operam transferência pela mera tradição, o que gera flagrante incerteza quanto à localização de seus titulares.

Logo, impende que o Judiciário garanta a exigência da suspensão da execução e mantenha a necessidade da prestação da caução idônea, nos casos em que a mesma se faz necessária, tais como os aqui referenciados, a fim de garantir as custas processuais e os honorários advocatícios, efetivando assim a segurança jurídica, além de impedir a caracterização do ato ilícito objetivo, caracterizado na modalidade de abuso do direito.

É clarividente que o processo civil, na atual concepção e leitura constitucional, deve ser harmonioso e isonômico, fundado no amplo debate jurídico com paridade de armas e guardando perfeita consonância com a novel Carta da República, caso contrário irá padecer por ilegitimidade e desmerecimento da ordem constitucional.

Por derradeiro, não se admite que se coaja a ordem jurídica a admitir ingressos incompatíveis e se retroaja às conquistas incorporadas ao acervo jurídico pátrio para atender interesses regionais e alienígenas, se, para tanto, custa-nos sacrificar valores constitucionais esculpidos pelo poder constituinte originário e que constituem efetivo patrimônio da sociedade brasileira. Não se está afirmando que não se toleram normas decorrentes de tratados de conteúdo processual derrogatório ou especificante, mas sim que tais normais devam, obrigatoriamente, se coadunar com os preceitos constitucionais, sob pena de serem etiquetadas com a pecha da inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.310 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1.364 p.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. *Código de Processo Civil interpretado: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo* - Machado, Antônio Cláudio da Costa. 4.ed. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 2.067, de 12 de nov. 1996. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de nov. de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm>. Acesso em: 1º maio 2008.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dez. de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei 5.869, de 1º de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. *Diário Oficial da União*, Brasília 07 dez. 2006.

BRASIL. *Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. 1992. Disponível em:* <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/forumcortesupremanorma/forumcortesupremanorma_AP_75311.doc>. *Acesso em: 1º maio 2008.*

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE nº 146318. Constitucional. Precatório. Pagamento na forma do art. 33, ADCT. Honorários advocatícios e periciais: Caráter alimentar. ADCT, art. 33. I. - Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT. II. - R.E. não conhecido. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Manoel Pires de Campos. Relator. Min. Carlos Velloso, 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br-/portal/jurisprudencia/ listar jurisprudencia.asp>. *Acesso em: 1º maio 2008.*

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. CR-AgR 7613 / AT - Argentina. Ag. Reg. na carta rogatória. Sentença estrangeira: Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. Just.rog.: juízo nacional de primeira instância em matéria civil nº 45 de Buenos Aires. Agte.: Artuso de Cassola e outros. Agdo.: Adelma Margarita Luna de Nunez. Dilig.: arresto sobre direitos e ações. relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>. Acesso em 01 maio 2008.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1. 528 p.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 2. 428 p.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 3. 560 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial:* direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2. 516 p.

DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. *Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional* - O Direito Constitucional do Século XXI, em 21 de maio de 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspacebitstream/2011/448/4/0Princ%C3%ADpiodaSeguran%C3%A7a_Jur%C3%AD dica.pdf>. Acesso em: 1° maio 2008.

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

MAGALHÃES, José Carlos de. O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_144/r144-19.pdf>. Acesso em: 1° maio 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 2007.001.02275. Cível e processual civil. Ação de cobrança manejada por pessoa jurídica de direito privado estrangeira e com sede no exterior. Sentença que acolhe o pedido inicial e rejeita o pedido de reconvenção apresentado. Apelante: TX Comércio de Produtos Médicos Ltda. Apelado: Kodak Argentina Sociedad Anonima Industrial Y Comercial. Relator: Des. Pedro Raguenet. Rio de Janeiro, 02 out. 2007. Disponível em:<http://srv85.tj.rj.gov.br/inteiroTeor/abrePDF.do?nomeDir=2007001&nomeArq=02275.0002.01.20071106.480&nomeSubDir=02001.02500&path=webacord2>. Acesso em: 1° maio 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70013932934. Agravo de Instrumento. Caução. Empresa estrangeira. Exigibilidade. Procedimento. Agravante: Microsoft Corporation. Agravado: Menon Comércio e Representações Ltda. Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Rio Grande do Sul, 28 abr. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 1° maio 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. 403 p.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 683 p. (Atualizado pela Lei n° 11.382/06.)

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 900 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar.* 4. ed. São Paulo: Leud,1980. 560 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1. 681 p.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Corte Superior

Incidente de inconstitucionalidade - Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Motorista profissional - Pena - Suspensão da habilitação para dirigir - Constitucionalidade

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Crime do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Motorista profissional. Suspensão da habilitação para dirigir. Constitucionalidade da previsão legal.

- Não padece de inconstitucionalidade a previsão, constante do art. 302 da Lei nº 9.503/97, de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, mesmo em sendo o réu motorista profissional, o qual, exatamente por possuir especial qualificação técnica, deve ser mais severamente reprovado no caso de causar acidente de trânsito.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL Nº 1.0338.06.048054-2/003 na Apelação Criminal nº 1.0338.06.048054-2/001 - Comarca de Itaúna - Requerente: Quinta Câmara Criminal - Requerida: Corte Superior - 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 Des. Sérgio Resende, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM JULGAR, POR MAIORIA, IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2010. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Luís Eduardo Ribeiro Alvarenga foi condenado, pela prática do crime do art. 302 da Lei nº 9.503/97, à pena de dois anos de detenção, no regime aberto, mais suspensão da habilitação para condução de veículos automotores, pelo prazo de seis meses (f. 118/124).

Inconformado, interpôs recurso de apelação (f. 132/137).

A Quinta Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, ao julgar o apelo, rejeitou as preliminares e a ele deu provimento parcial, para afastar a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, ao fundamento de que é inconstitucional a previsão de aplicação dessa sanção, em se tratando de motorista profissional (f. 163/180).

A d. Procuradoria opôs embargos de declaração, alegando que o acórdão é omisso, porque dele não consta a remessa dos autos à Corte Superior, para exame da constitucionalidade do art. 302 do CTB, medida indispensável, no caso, porque a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode se dar pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão especial do Tribunal, conforme prevê o art. 97 da Constituição Federal. Alegou a d. Procuradoria, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário exercer juízo de valor acerca da sanção fixada no preceito secundário da norma penal (f. 184/188).

A Quinta Câmara do Tribunal de Justiça acolheu os embargos e suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade para submeter a esta Corte Superior o exame da constitucionalidade do art. 302 da Lei nº 9.503/97, no ponto em que prevê a suspensão da habilitação para dirigir, quando se tratar de motorista profissional (f. 191/199).

A d. Procuradoria teve vista dos autos, nada mais acrescentando sobre a questão além do que já houvera posto nos embargos de declaração já referidos (f. 202).

Decido.

Segundo o art. 97 da Constituição Federal, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim, alegada a inconstitucionalidade de lei, a reconhecer o órgão fracionário do Tribunal a plausibilidade da alegação, deve o processo ser distribuído a esta Corte Superior.

No entanto, para ser relevante a arguição, a questão não pode ter sido decidida no STF nem por esta Corte Superior, além de não poder ser manifestamente improcedente (RITJMG, art. 248, § 1º).

O caso atende a esses requisitos.

De outra parte, para que possa ser examinado por esta Corte Superior, também é indispensável que o julgamento pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição não possa ser feito independentemente da questão constitucional (RITJMG, art. 248, § 1º).

No caso, isso também ocorre, porque o julgamento da apelação depende do exame da constitucionalidade do artigo em questão.

Feitas essas considerações, reconhecendo a relevância da arguição, passo ao exame do caso.

Assim dispõe o art. 302 da Lei nº 9.503/97:

> Art. 302 - Praticar homicídio culposo na direção do veículo automotor.
> Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Como se pode verificar, o preceito secundário do citado artigo não faz ressalva alguma à aplicação da sanção de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Nem mesmo quando se tratar de motorista profissional.

Assim, tenho que a referida sanção a ele também se aplica.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Crime de trânsito. Homicídio culposo. Aplicação concomitante da pena privativa de liberdade com a de suspensão ou proibição do direito de dirigir veículo. Obrigatoriedade. Motorista profissional. Causa de aumento de pena.
> 1. O art. 302, *caput*, da Lei nº 9.503/97, por se tratar de hipótese evidentemente mais reprovável, além da sanção corporal, impõe concomitantemente a pena de suspensão da habilitação ou proibição de obter a permissão para dirigir veículo automotor.
> 2. Segundo disposto no inciso IV do parágrafo único do art. 302, o fato de ser o infrator motorista profissional, ao invés de se constituir como uma regalia, afigura-se como causa de aumento de pena, uma vez que, segundo Damásio Evangelista de Jesus, 'nessa hipótese é maior o cuidado necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento' (in *Crimes de Trânsito*, 5. ed., 2002, p. 91).
> 3. Recurso provido para determinar a aplicação da pena de suspensão ou proibição do direito de dirigir veículo automotor ao réu, bem como a majorante prevista no inciso IV do parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (STJ; 5ª Turma; REsp 685084/RS; Rel.ª Min.ª Laurita Vaz; v.u., j. em 1°.3.2005; in *DJU* de 28.3.2005, p. 309).

Neste Tribunal de Justiça, assim também já se decidiu:

> O fato de o condenado ser motorista profissional não é óbice, por si só, a que a ele se imponha a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores (Apelação Criminal nº 1.0433.02.058222-0/001; Rel. Des. Adilson Lamounier; data do julgamento: 20.5.2008; data da publicação: 7.6.2008).

Ao meu modesto aviso, o fato de se aplicar essa sanção a motorista profissional não traz em si qualquer inconstitucionalidade.

É fato que o art. 5º, XVII, da Constituição Federal prevê que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

No entanto, se há esse princípio que assegura o direito ao exercício de profissão, há também o princípio, igualmente constitucional, que assegura a ordem pública.

A sanção, aqui em foco, vem apenas assegurar essa ordem pública, na medida em que, reprovando a conduta ilícita daquele que, no exercício da atividade profissional, pratica um crime, preserva o meio social da renovação dessa conduta ilícita, que, de certa forma, restaria incentivada, diante da impunidade que ficaria patente, ainda que aplicada outra sanção.

Com isso, ficam conciliados os dois princípios.

Não bastasse isso, cabe lembrar que nenhum direito é absoluto, haja vista que nem o direito à vida o é, uma vez que, apesar de nossa Constituição Federal vedar a possibilidade de implantação da pena de morte, prevê essa possibilidade no caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII, *a*).

É de se destacar, ainda, que do motorista profissional há de se exigir maior cuidado na direção de veículo automotor, razão pela qual, se se suspende a habilitação para dirigir do motorista amador que pratique crime de trânsito, com mais razão se há de fazê-lo com referência àquele.

Nesse sentido, a seguinte decisão do STJ:

> Direito penal. *Habeas corpus*. Homicídio na direção de veículo automotor. Suspensão da habilitação. Motorista profissional. Ilicitude da aplicação da pena. Constrangimento. Ausência.
> 1. A cominação da pena de suspensão da habilitação decorre de opção política do Estado, cifrada na soberania popular. O fato de o condenado ser motorista profissional não infirma a aplicabilidade da referida resposta penal, visto que é justamente de tal categoria que mais se espera acuidade no trânsito.
> 2. Ordem denegada (*HC* 110.892/MG; Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura; data do julgamento: 5.3.2009; data da publicação/fonte: *DJ* de 23.3.2009).

Nessa mesma linha de entendimento foi o voto proferido pela Ministra Laurita Vaz, quando do aqui também já citado REsp 685084/RS:

> O fato de ser o réu motorista profissional (motorista de ônibus de passageiros da empresa Companhia de Desenvolvimento de Passo Fundo) não tem o condão de afastar a imposição da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Aliás, tal qualidade (profissional de veículo de transporte de passageiros) é, inclusive, segundo o disposto no inciso IV do parágrafo único do art. 302, ao invés de uma regalia para o infrator, causa de aumento de pena, uma vez que, segundo Damásio Evangelista de Jesus, 'nessa hipótese é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento' (in *Crimes de trânsito*. 5. ed., 2002, p. 91), fazendo-se, pois, imperiosa, na espécie, a sua aplicação.

Por fim, vale registrar que, quando do julgamento da já citada Apelação Criminal nº 1.0433.02.05822-

0/001, assim se manifestou o eminente Relator, Des. Adilson Lamounier, com relação à questão:

> Não há que se falar, ainda, em infringência ao princípio da dignidade da pessoa humana só porque a pena priva o condenado de exercer a sua profissão.
> O fato de a pena privar o condenado de um bem é inerente à sua própria natureza, considerando sua função reprovadora, consistente em retribuir ao agente o mal por ele causado. Com efeito, a restrição ao exercício de profissão é prevista até mesmo como pena alternativa, não violando a sua imposição qualquer princípio ou regra da Constituição Federal de 1988.

De mais a mais, como bem lembrado pelo eminente Des. Hélcio Valentim, quando do julgamento da apelação de f. 163/180, se a Constituição Federal tem como legítima a pena privativa de liberdade, que, à evidência, impede o exercício de qualquer atividade profissional, não se pode entender que uma pena mais branda, qual seja a de restrição do direito de dirigir por certo tempo, seja inconstitucional.

Nesse mesmo sentido, foi o entendimento esposado pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao proferir seu voto no aqui citado *HC* 110.892/MG:

> Não se me afigura a fixação da suspensão da habilitação, *in casu*, como providência criminal inapropriada. Ora, significativa parcela das profissões não pode ser exercida quando o condenado é inserido no sistema carcerário - nem por isso se pode falar em inconstitucionalidade da pena de prisão.

Por todo o exposto, julgo improcedente o presente incidente de inconstitucionalidade.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

DES.ª JANE SILVA - De acordo com o Relator.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - 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 - De acordo com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Peço vênia ao eminente Relator para dele discordar quanto ao mérito da presente arguição de inconstitucionalidade.

A questão em torno da qual reside a controvérsia, na hipótese do presente feito, diz respeito à violação do art. 5º, XVII, da Constituição Federal, vazado nos seguintes termos: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Trata-se da chamada norma constitucional de eficácia contida, que, sob o magistério de José Afonso da Silva, é aquela em que:

> o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restrita por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados (Alexandre de Moraes, *apud* José Afonso da Silva. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41).

Ocorre que a restrição a ser imposta pela lei ordinária federal se encontra estritamente delimitada pelo permissivo constitucional, não sendo lícito ao legislador ordinário ir além do poder que lhe fora conferido pela Carta Política, tolhendo direitos outorgados pelo constituinte, sob pena de flagrante usurpação de sua competência, a configurar verdadeiro abuso de poder.

Isso porque a norma em comento encerra efetivamente um direito constitucional que não pode ser suprimido pela edição de comando normativo hierarquicamente inferior.

Nesse diapasão, o próprio José Afonso da Silva preleciona, ao comentar o dispositivo em exame que:

> Como o princípio é o da liberdade, a eficácia e aplicabilidade da norma é ampla, quando não exista lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do ofício ou profissão ou acessibilidade à função pública. Vale dizer, não são as leis mencionadas que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional. A lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma. Ao contrário, ela importa em conter essa eficácia e aplicabilidade, trazendo norma de restrições destas. (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 261.)

Resulta da abalizada lição do renomado constitucionalista que a liberdade de ação profissional se constitui em direito decorrente, não da lei ordinária federal, mas do próprio texto constitucional de imediata aplicabilidade. E, nesse sentido, como acima exposto, jamais poderá ser suprimido por norma infraconstitucional que tenha fim diverso daquele traçado pelo Poder Constituinte Originário.

Nesse diapasão, resta-nos saber, tão somente, qual seria esse fim traçado pelo constituinte. Ou melhor, qual o exato limite estabelecido pelo texto constitucional dentro do qual se verifica o poder discricionário conferido ao legislador ordinário?

A partir da simples leitura do dispositivo constitucional em exame, que estabelece ser livre o exercício de qualquer profissão, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", depreende-se que o âmbito de discricionariedade atribuído à lei ficou adstrito à fixação dos requisitos (qualificações) indispensáveis ao exercício de determinado ofício ou profissão.

Assim é que o eminente desembargador mineiro Kildare Gonçalves Carvalho, em sua obra *Direito constitucional didático* (6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 212), assevera:

> [...] entendendo-se por qualificações profissionais o conjunto de conhecimentos necessários e suficientes para a prática de alguma profissão.

Portanto, o direito encartado no art. 5º, XVII, da Lei Maior, tratando-se de norma constitucional de eficácia contida, só poderá ser restringido através de lei que tenha por objetivo, único e exclusivo, regulamentar determinada profissão, estabelecendo a qualificação mínima que deve possuir aquele que pretenda exercê-la. Vale dizer, apenas poderá ser negado o exercício de determinada profissão se o interessado não atender à qualificação expressamente exigida pela lei.

Conforme ensina Pontes de Miranda, citado por José Cretella Júnior em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* (3. ed. Ed. Forense Universitária, 1992, p. 275):

> A liberdade de profissão não pode ir ao ponto de se permitir que exerçam algumas profissões pessoas inabilitadas, nem até ao ponto de se abster o Estado de firmar métodos de seleção.

E é sob esse enfoque que me parece inconstitucional a sanção descrita no preceito secundário de algumas figuras típicas contidas no Código de Trânsito Brasileiro, ao determinarem, como pena cumulativa e autônoma à privativa de liberdade, a suspensão da carteira de habilitação dos condenados pelo cometimento desses delitos, em se tratando de motorista profissional.

É que tal sanção importa numa arbitrária restrição do direito ao livre exercício da profissão, porquanto foge à competência discricionária concedida ao legislador ordinário, na medida em que impede o exercício de uma profissão, ainda que por um determinado período, não por faltar qualificação ao profissional, mas simplesmente por ter sido condenado pelo cometimento de uma infração criminal.

Ora, seria o mesmo que suspender a carteira profissional de um médico em virtude de ter ocasionado a morte de um paciente, por negligência, imperícia ou imprudência, se amanhã o Código Penal sofresse uma reforma em sua Parte Especial, inserindo a referida sanção no art. 121, como autônoma e cumulativa à privativa de liberdade. E nenhum magistrado, com um pouco de bom senso e fiel aos preceitos constitucionais, teria dúvida em negar aplicação ao dispositivo, por sua flagrante inconstitucionalidade.

Conforme exposto, o art. 5º, XVII, da CF é de meridiana clareza ao atribuir ao legislador a competência apenas e tão somente de regulamentar o exercício das profissões que reputar necessário, e não restringi-lo pela ocorrência de um fato, muitas vezes isolado na vida do profissional, que tenha ofendido um bem jurídico penalmente tutelado.

E não se diga que a simples condenação do agente pela prática de uma conduta que se ajuste a uma das figuras típicas referidas já demonstra, por si só, que o motorista que faz da direção de veículo automotor seu meio de sustento e de sua família não está apto ao exercício profissional.

Resulta do exposto que não é permitido ao legislador, a seu livre alvedrio, através de diploma normativo hierarquicamente inferior, restringir direitos com *status* constitucional, sob pena de, por vias transversas, reduzi-los à absoluta ineficácia. Assim é que mesmo a lei editada com o fim de regulamentar determinada profissão poderá estar eivada de inconstitucionalidade, como na hipótese de se exigir que aquele que pretenda exercer advocacia, além de necessariamente cursar uma faculdade de direito, seja do sexo masculino, tenha mais de 35 anos e fale fluentemente cinco idiomas.

Mas isso não significa, é de bom alvitre ressaltar, conferir uma carta de impunidade ao motorista profissional que reiteradamente descumpra as regras de trânsito, colocando em risco a segurança viária e a incolumidade pública.

Por certo, tal condutor poderá, ou até mesmo deverá, ter sua habilitação efetivamente suspensa, por demonstrar, com sua censurável conduta ao violar as normas de trânsito, ser inábil para o exercício de sua profissão. Todavia, a sanção deve ser aplicada a partir da instauração de um procedimento administrativo próprio, em que lhe seja facultado o exercício da ampla defesa e desde que haja previsão legal.

Fazendo-se novamente uma analogia que me parece oportuna, o médico que eventualmente demonstre não ser apto para o exercício da medicina certamente terá sua carteira profissional cassada pelo Conselho Regional de Medicina, não sem antes responder a um processo administrativo no âmbito daquele órgão, em que lhe sejam assegurados todos os meios necessários ao exercício de sua defesa.

E é exatamente isso que deve também ocorrer com o motorista profissional, já que, nunca é demais repetir, se está diante de um direito de índole constitucional.

Além disso, o fato tem um elevado caráter social e esbarra em princípios outros, também agasalhados pela Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana. Não podemos nos esquecer de que é no exercício de uma profissão que, de um lado, o homem retira o sustento próprio e de sua família e, de outro, encontra sua dignidade como chefe dessa família, como marido, como homem, como ser humano, enfim.

De outro lado, alguns poderiam indagar: Quando, porém, o Judiciário condena o agente ao cumprimento de uma pena corporal em regime fechado, em virtude uma prática infracional delitiva, não estaria retirando seu direito ao exercício de uma profissão? Além disso, não restaria violado o direito à liberdade? E não estariam ambos os direitos constitucionalmente garantidos?

Certamente que sim. Todavia, o direito à liberdade, garantido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, foi expressamente excepcionado pelo próprio legislador constituinte originário, no mesmo artigo, inciso XLVI, *a*, em que se prevê a aplicação de pena privativa ou restritiva de liberdade aos condenados pela prática de crime, além das hipóteses de prisão civil do depositário infiel e devedor de pensão alimentícia.

Quanto ao direito à liberdade profissional, como decorrência lógica do citado dispositivo, também resta excepcionado quando incompatível com o regime prisional estabelecido na condenação.

Mas note-se, como dito, que ambas as restrições, tanto à liberdade quanto ao exercício profissional, são decorrentes do próprio texto constitucional, deixando inequívoca a vontade do constituinte.

Ressalte-se ainda que a liberdade profissional é tão prestigiada pela ordem jurídica que até mesmo aos presos em regime fechado foi garantido o trabalho interno, atendidas as aptidões pessoais de cada um, nos termos preconizados pela Lei de Execuções Penais, sendo certo que, no art. 28 do referido diploma, o legislador não olvidou em mais uma vez destacar o trabalho como dever social e condição de dignidade humana.

Por oportuno, na esteira do posicionamento que estou a adotar, afastando-se a aplicabilidade da pena de suspensão da carteira de habitação do motorista profissional, trago à colação os seguintes julgados:

> Ementa: Apelação-crime. Trânsito. Homicídio. Culpa. Caracterização. Responsabilidade objetiva. Inexistência. Majorante. Pena. Motorista profissional. Suspensão da habilitação. Exclusão. [...] - Trata-se de sanção que atinge o direito ao trabalho, garantia constitucional de todo cidadão brasileiro [...]. (Apelação Criminal 353.719-8 - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 2ª Câmara Criminal - Rel. Walter Jobim Neto.)

> Penal: Homicídio culposo. Crime de automóvel. Motorista profissional que, ao ultrapassar coletivo estacionado em parada de ônibus, logra atingir passageiro que, ao dele sair, tentava atravessar a pista. [...] - Sua pretensão de substituição da pena de suspensão de seu direito de dirigir procede às escâncaras, pois, sendo o mesmo motorista profissional, uma pena neste sentido o levaria ao desemprego, e isso efetivamente não é do interesse do Legislador nem do Operador do Direito, que devem atender ao interesse maior do Estado em recuperar os violadores da lei, permitindo-lhes um melhor convívio com os demais membros da sociedade, sem que isso, todavia, signifique qualquer espécie de impunidade. Suspender simplesmente o direito do motorista profissional de dirigir, em vez de corrigir aqueles que porventura tenham infringido por uma única vez a lei, não leva a nada, e a pena vai servir para engrossar a massa de desembpregados neste país [...]. (Apelação Criminal 6.382-0 - Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª Turma Criminal - Rel. P. A. Rosas de Farias, *DJU* - 04.09.2002.)

Com essas considerações, acolho o incidente de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional a pena de suspensão do direito de dirigir veículos prevista no preceito secundário do art. 302 da Lei 9.503/97, em relação aos motoristas profissionais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - Acompanho o voto que acaba de proferir o Relator, eminente Des. José Antonino Baía Borges, no sentido do não acolhimento do presente incidente de inconstitucionalidade.

Isso porque entendo que não há ressalva expressa a que a pena prevista no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro não possa ser aplicada quando o agente do delito for motorista profissional.

Outrossim, estou que o fato de tal categoria profissional estar submetida ao tipo penal do art. 302 do CTB não confere inconstitucionalidade por ofensa ao livre exercício profissional previsto no art. 5º, XII, da CF/88, mas sim norma que visa a garantir a ordem pública.

Pelo exposto, julgo improcedente o presente incidente de inconstitucionalidade.

É como voto.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - De acordo com o Relator.

É como voto.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Sr. Presidente. Com a devida vênia, acompanho o eminente Relator, porque essa matéria está exaustivamente examinada e decidida no Superior Tribunal de Justiça.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo com o Relator.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com o Relator.

Súmula - POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTE.

...

Abuso de autoridade - Juízes da Justiça Militar - Competência - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Procuração - Menção ao fato criminoso - Regularidade - Denúncia - Omissão do Ministério Público - Não caracterização - Queixa - Rejeição - Ilegitimidade ativa - Prescrição - Ocorrência

Ementa: Queixa-crime. Querelados Juízes do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Competência. Ação penal subsidiária. Descabimento. Ausência de pressuposto objetivo. Inércia ministerial não configurada. Rejeição.

- Em face do disposto no art. 106 da Constituição Estadual, é da competência deste Tribunal de Justiça processar e julgar os Juízes do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

- Se o Órgão Ministerial entende ausentes os elementos probatórios que suportem o oferecimento da denúncia e diligencia no sentido de suprir a deficiência investigativa, não há omissão a ensejar a ação subsidiária, e sim o legal e legítimo exercício da figura do *dominus litis*, um de cujos atributos mais clarividentes é a valoração do acervo probatório que deve lastrear o pedido acusatório exordial.

AÇÃO PENAL Nº 1.0000.08.485027-0/000 (em conexão com 1.0000.08.485026-2/000 e 1.000.09.4980-24-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Denunciante: Marcelo Mendes Poeiras - Denunciada: Daniela de Freitas Marques, JD da Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais - Relator - DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

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 REJEITAR PRELIMINARES E REJEITAR A QUEIXA-CRIME, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 24 de março de 2010. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

Inscreveram-se para proferir sustentações orais, pelo denunciante, a Dr.ª Sônia Maria Soares Poeiras; pelo denunciado, André de Mourão Mota, o Dr. Sânzio Baioneta Nogueira; pela denunciada, Daniela de Freitas Marques, o Dr. Marcelo Sarsur Lucas da Silva; e, pelo Querelado, Sócrates Edgard dos Anjos, o Dr. Hermes Guerrero.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente, pela ordem. Não sei se a maioria dos membros das Câmaras Cíveis e Criminais assim o fazem, mas anteciparei para a ilustre advogada do denunciante, Marcelo Mendes Poeiras, que acolho uma preliminar de ilegitimidade ativa e, também, ao mesmo tempo, dou pela prescrição. Dou pela coisa julgada formal e material. Se V. Ex.ª quiser sustentar sobre esses assuntos, não vi voto divergente, tenho convicção de que deve ser em cima disso. A prescrição é porque, no CPP, em sua alteração, para que se fale sobre prescrição na absolvição sumária, entendo que deveria ter recebido a denúncia. Como dou pela ilegitimidade, dou pela prescrição por falta de justa causa, que é uma técnica doutrinária também.

Tenho voto escrito, mas conheço este processo muito bem e lerei alguns trechos do voto quando entender ser necessário.

Respeito muito o inconformismo da advogada e não irei, em hipótese alguma, usar da prerrogativa que tenho de falar por último para ofendê-la; em hipótese alguma, não é do meu feitio. Mas irei repor os fatos como eles existiram, até porque estou sendo acusado - acredito até que serei representado no CNJ - por causa disso - estou sendo acusado de ter deixado prescrever. A advogada mencionou várias vezes isso. Então, irei repor os fatos tais como ocorreram.

Ingressei, nesta Corte, em 2008. Esse processo veio distribuído para mim e, junto a ele, o que veio distribuído para mim se referia, como querelada, à Juíza Auditora da Justiça Militar de Minas Gerais, Dr.ª Daniela de Freitas Marques. Houve uma distribuição de outro processo, que é conexo, para o Des. Antônio Carlos Cruvinel, que aqui se encontra, nº 1.0000.08.485026-2/000. E a parte, também, ingressou com uma queixa-crime contra o Cel. Sócrates Edgard dos Anjos, no Superior Tribunal de Justiça.

Em outubro de 2009, recebi, como Relator, o processo-crime referente à querelada Daniela Marques, e a parte ingressou, já naquele momento, efetivamente, com pedidos para que houvesse um julgamento rápido. Determinei a juntada e despachei que haveria julgamento rápido - o mais rápido possível - mas, ao mesmo tempo, tomei conhecimento - pela própria parte - de que existiam (a própria parte noticiou) outros dois feitos relativos a fatos

conexos, que estariam sob a relatoria dos Desembargadores Herculano Rodrigues - porque os do STJ foram para o Des. Herculano Rodrigues - e Antônio Carlos Cruvinel.

Então, determinei a certificação. Isso demandou poucos dias. Mas lembrem-se de que estou na Unidade Raja Gabaglia e o Cafes está na Unidade Goiás. Então, demanda algum tempo na certificação para determinar de quem seria a competência, e houve, inicialmente, uma dúvida de competência com prevenção, fundamentalmente, entre a distribuição para mim e a distribuição para o Des. Antônio Carlos Cruvinel, que se lembra bem disso.

Em novembro, final de novembro, salvo engano, determinada a competência - aceitei a competência -, os feitos vieram para mim, e debrucei-me sobre aqueles três processos.

Naquele momento, já havia prescrição, porque a prescrição, como Vossas Excelências podem verificar, ocorreu já em outubro de 2009, ou seja, exatamente quando eu estava recebendo os autos, como Relator. O que a eminente advogada queria é que eu fizesse um voto, sem qualquer análise dessa competência, em dois a três dias, e trouxesse a julgamento pela Corte Superior, nem sabendo eu se haveria como se colocar em pauta, para haver o eventual recebimento, que pudesse interromper a prescrição.

Lembrem-se Vossas Excelências de que fiquei de férias durante todo o mês de janeiro, até depois do carnaval, e, portanto, na primeira oportunidade, estamos trazendo este processo a julgamento aqui.

Portanto, repilo veementemente a flecha que a advogada quis lançar sobre mim, até porque todos que me conhecem sabem que tenho dez anos de Tribunal e nunca, jamais, posterguei julgamento para gerar prescrição para quem quer que fosse. Ao contrário, inclusive, sou subscritor de um anteprojeto de lei, que foi entregue ao Deputado José Santana de Vasconcellos, contra a chamada prescrição retroativa, a prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada, que pode ser retroativa; não a superveniente, mas, quanto à retroativa, penso que seja uma usina da impunidade, e sou subscritor. Basta que todos possam fazer esse exame com S. Exª., o Deputado José Santana de Vasconcellos.

Mas os fatos foram colocados pelo Dr. Marcelo Sarsur e são exatamente os ali postos, e sobre estes é que as defesas suscitaram várias preliminares. A primeira seria sobre a competência do Tribunal de Justiça para este julgamento.

I - Relatório.

Trata-se de queixa-crime subsidiária apresentada por Marcelo Mendes Poeiras em face de André de Mourão Mota, Juiz Auditor da Justiça Militar de Minas Gerais; Daniela de Freitas Marques, Juíza Auditora da Justiça Militar de Minas Gerais; e do Coronel Sócrates Edgard dos Anjos, Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, pela suposta prática dos crimes de abuso de autoridade definidos nos arts. 3º, alínea *a*, e 4º, alíneas *a,b* e *c,* da Lei 4.898/65.

Alega o requerente que apresentou representação criminal junto ao Ministério Público, em desfavor dos requeridos, pelos delitos supracitados e, em decorrência de suposta omissão ministerial, interpôs a referida queixa-crime subsidiária diretamente neste Tribunal de Justiça em relação aos dois primeiros querelados e perante o Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao Coronel Sócrates Edgard dos Anjos.

Segundo a exordial, os querelados incorreram em crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade, porquanto, no exercício da função jurisdicional, decidiram manter preso o querelante, em que pese ter o direito líquido e certo à liberdade provisória.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos de nº 1.0000.09.498024-0/000, decidiu que a competência para julgamento do pedido ali interposto em detrimento do querelado Coronel Sócrates Edgard dos Anjos é deste Tribunal de Justiça, para onde o feito foi remetido.

Os processos individualmente interpostos foram distribuídos neste Sodalício aos Desembargadores Herculano Rodrigues (1.0000.09.498024-0/000) e Antônio Carlos Cruvinel (1.0000.08.485026-2/000), além dos autos de nº 1.0000.08.485027-0/000, distribuídos para minha relatoria.

Várias diligências foram ordenadas nos autos, visando ao saneamento do feito e solução de dúvidas de competência por prevenção.

As respostas dos querelados foram apresentadas às f. 94/131, autos de nº 1.0000.08.485026-2/000; f. 102/127, nº 1.0000.08.485027-0/000; e f. 148/164, nº 1.0000.09.498024-0/000. Todos os requeridos pugnaram pela rejeição da queixa-crime, com arquivamento do feito.

Determinei o apensamento dos processos, para respeitar a unidade de julgamento em face da conexão evidente.

A Procuradoria de Justiça se manifestou em todos os processos pela rejeição das queixas apresentadas e arquivamento dos autos (f. 281/293, 1.0000.09.498024-0/000; 185/188, 1.0000.08.485026-2/000; e 475/484, 1.0000.08.485027-0/000).

É o relatório conjunto.

II - Preliminares.

a) Competência do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

As queixas subsidiárias interpostas imputam crime de ação penal pública a Magistrados do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

A Constituição Estadual prevê, no art. 106, inciso I, alínea *b*, a competência deste Tribunal para apreciação do feito, conforme a seguir transcrito:

> Art. 106. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:
> I - processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas:
> [...]
> b) o Secretário de Estado, ressalvado o disposto no § 2º do art. 93, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, o Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Como a imputação se refere a crime comum, previsto em Lei especial - Lei 4.898/65 - a competência é deste egrégio Tribunal para a apreciação da queixa-crime interposta.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES.ª JANE SILVA - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com o Relator.

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo com o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o Relator.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente. A advogada do querelante, inconformada com o que ela chama de inadequação procedimental, pleiteou, e estou tomando isso como outra preliminar, que houvesse a adequação.

b) Rito pocedimental adequado - Lei 8.038/90.

Considerando que os acusados são Magistrados do Tribunal de Justiça Militar e a imputação se refere a crimes comuns supostamente cometidos no exercício de suas funções e, ainda, a regra de foro especial por prerrogativa funcional, a Lei 8.038/90 é a regente procedimental em questão, inaplicável, assim, a norma do art. 17 da Lei 4.898/65, rejeitando-se o pedido do querelante de aplicação do mencionado dispositivo legal.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES.ª JANE SILVA - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com o Relator.

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo com o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o Relator.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - c) Irregularidades na representação - procuração da querelante.

Apresenta a defesa do querelado André de Mourão Mota a preliminar de vício na procuração outorgada pelo querelante, por não conter a precisa exposição do fato criminoso, violando-se a regra do art. 44 do Código de Processo Penal.

Não procede a alegação.

O instrumento de procuração menciona o fato criminoso, embora, realmente, não descreva com detalhes o evento delituoso. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido entendimento, ao qual passo a aderir, da desnecessidade do relato minucioso do ilícito penal, bastando a indicação do crime e a qualificação do querelado.

Nesse sentido:

> Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Queixa-crime. Procuração. Menção ao fato criminoso. Art. 44 do CPP. - A procuração outorgada pelo Querelante ao seu advogado, para fins de ingresso com queixa-crime, não requer a descrição pormenorizada do fato criminoso, bastando, no dizer do art. 44 do CPP, a menção a ele, a qual se perfaz com a indicação do artigo de lei ou do *nomen iuris* do crime no qual incidiu, em tese, o Querelado. (Precedentes.) *Habeas corpus* denegado.

Inacolho, assim, a prefacial defensiva.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES.ª JANE SILVA - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo.

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - d) Descabimento da ação penal privada subsidiária da pública - ilegitimidade da parte.

Inicialmente, como supramencionado, registro que o rito procedimental adequado aos fatos que versam sobre crime de abuso de autoridade supostamente praticado pelos querelados, Magistrados do Tribunal de Justiça Militar, é o preconizado na Lei 8.038/90, e não o mencionado na Lei 4.898/65.

Assim, inaplicável o disposto nos arts. 13 e 16 da Lei de Abuso de Autoridade, como requer o querelante.

Quanto ao pleito dos defensores dos imputados Sócrates Edgard dos Anjos e Daniela de Freitas Marques para a aplicação da Lei Orgânica da Magistratura, com o arquivamento do feito, já que não é o caso de instauração de inquérito, entendo que, como se trata de queixa-crime subsidiária, impõe-se o enfretamento da questão à luz das condições desta especial ação penal, aplicando-se a Lei 8.038/90 e o Regimento Interno deste egrégio Tribunal para deliberação sobre o recebimento ou rejeição da peça de ingresso.

Os autos narram que o requerente, considerando-se vítima de crime de abuso de autoridade, representou criminalmente contra os querelados perante o Ministério Público estadual, especificamente na Procuradoria-Geral de Justiça.

A representação foi apresentada no dia 23.4.2008, conforme documento de f. 12/14, dos autos de nº 1.0000.08.485026-2/000.

O documento de f. 58/59 dos mesmos autos indica o processamento da referida representação criminal, mencionando, de forma detalhada, as providências jurídicas que foram tomadas pelo Ministério Público em face da proposição em análise.

Em 29.4.08, o procedimento foi distribuído para análise à Dr.ª Andrea Mismotto Carelli, Promotora Assessora Especial da Procuradoria-Geral de Justiça.

Em 30.4.08, o feito foi encaminhado ao Procurador-Geral, com parecer para realização de diligências, visando à juntada de documentação necessária para apreciação do pedido, inclusive cópia integral do pedido de liberdade provisória, que foi apresentado de forma incompleta ao Ministério Público.

Em 9.5.08, o parecer foi aprovado, com determinação da diligência sugerida.

Em 12.5.08, o pedido de complementação da documentação foi encaminhado ao representante, ora querelante.

A documentação completa foi juntada em 30.5.08.

Em 9.7.08, novo parecer foi encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça, sugerindo apensamento das representações criminais referentes ao mesmo fato e encaminhamento de ofício ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, solicitando cópia do ato normativo que disciplina o plantão dos juízes de primeiro grau.

Em 17.7.08, o parecer foi aprovado, com a realização das novas diligências requeridas.

As informações solicitadas foram juntadas no dia 4.8.08, com conclusão no dia 5.8.08 para a assessora especial, Dr.ª Andrea Mismotto, que encaminhou parecer sobre os fatos no dia 3.11.08.

Antes, porém, no dia 24.10.08, foram interpostas as queixas-crime em desfavor dos querelados.

Quero fazer apenas um comentário, Sr. Presidente.

A Des.ª Jane Silva, que é penalista emérita, e os Desembargadores Alberto Deodato Neto, Baía Borges, Herculano Rodrigues, Antônio Carlos Cruvinel, Paulo Cézar Dias, Delmival de Almeida Campos - se me esqueci de algum, peço escusas - sabem que, no caso da hipótese de difamação, por exemplo, que envolva funcionário público, no exercício das funções, como vítima, existe uma súmula do Supremo que afirma que o funcionário pode escolher duas vias - ou ele faz a representação para a ação penal, ou ele ingressa com a queixa-crime. O que não se pode fazer é o que fez, aqui, a douta defesa: entrou com uma representação no Ministério Público estadual. Quando tomou conhecimento de que seu pleito não seria acatado, de que a ação não seria proposta, ingressou com a queixa-crime subsidiária, alegando inércia do Ministério Público.

O Supremo vem dizendo: nos casos de crimes contra a honra - aqui é abuso de autoridade - mas nos casos de crimes contra a honra, isso é absolutamente inaceitável para a parte. A parte escolhe uma via: ou entra com a representação ou entra com a queixa-crime. Das duas, uma, e o que ela quis, aqui, foi entrar com a representação. Quando percebeu que os seus argumentos não seriam acolhidos pelo Ministério Público, a parte, então, quis entrar com a queixa-crime para obstar a chamada decadência, sendo que, nesse caso, a ação penal é pública, condicionada à representação. Se a representação foi feita e se a ação penal não fosse interposta, se ela fosse interposta em novembro de 2008, haveria interrupção ou recebimento da denúncia, mas a parte já previa que a ação penal não seria interposta, por isso ingressou com essa queixa-crime.

Do exposto, não verifico omissão do Ministério Público a ensejar o cabimento da ação penal subsidiária proposta.

A referida ação especial está prevista no art. 100, § 3º, do Diploma Penal e tem o seu lugar quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal por inércia, o que não foi a hipótese dos autos.

Por inércia, entende-se inação, falta de atividade, omissão, cujo conceito, em termos jurídicos, associa-se de forma imperiosa ao poder e ao dever de agir.

Se o Órgão Ministerial entende que não há os elementos probatórios que suportem o oferecimento da denúncia e diligencia no sentido de suprir a deficiência investigativa, não há omissão a ensejar a ação subsidiária, e sim o legal e legítimo exercício da figura do *dominus litis*, um de cujos atributos mais clarividentes é a valoração do acervo probatório que deve lastrear o pedido acusatório exordial.

Importante salientar que, por ocasião do oferecimento da representação criminal, nem sequer os querelados tinham sido ouvidos acerca do narrado na queixa.

Ora, como se pretende que o Ministério Público ofereça denúncia sem oitiva dos representados acerca dos fatos?

É nítida a completa ausência de lastro probatório mínimo que ensejou a adoção das providências diligenciais determinadas pela Procuradoria-Geral de Justiça.

Nada há de omisso ou ilegal no procedimento adotado pelo Ministério Público, o que não dá azo à interpretação do querelante, ou seja, de inércia ensejadora da ação penal privada subsidiária.

A jurisprudência do STF, inclusive, é também pela exigência de um básico suporte de provas para o recebimento da denúncia ou queixa:

> A acusação por crime de denunciação caluniosa deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa teve por única motivação o interesse de atribuir crime a uma pessoa que se sabe ser inocente. Recurso em *habeas corpus* provido para deferir o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa. (STF - *HC* 89973/ CE - Rel. Ministro Joaquim Barbosa.)

Por outro lado, vedada a responsabilidade penal objetiva extirpada do nosso ordenamento jurídico, é imprescindível a aferição do dolo na conduta atribuída aos representados, o que somente seria possível com a oitiva dos acusados e de testemunhas acerca dos fatos, evidenciando-se, assim, uma vez mais, a ausência de elementos que propiciassem o oferecimento da denúncia de plano, como, ao que parece, desejava o querelante.

Não se pode admitir que a mera narrativa de um fato, em tese, criminoso, acompanhada de poucos documentos que não constituem lastro probatório idôneo enseje o dever de denunciar, conclusão que decorre do aceite da ação penal ora em análise.

É de se rechaçar o procedimento adotado pelo querelante, que constitui usurpação da função de *dominus litis*, e não exercício de direito constitucionalmente assegurado, como expressa o autor da exordial em apreciação.

O oferecimento de denúncia, com fulcro nos documentos que foram apresentados junto à representação criminal, configuraria verdadeiro abuso do poder de denunciar, que vem sendo repudiado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> A denúncia deve necessariamente apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se configura abuso do poder de denunciar, coarctável por meio de *habeas-corpus*. Recurso provido. (STJ - RHC 1934/RS - Rel. Ministro Costa Leite.)

É importante salientar que a ação penal privada subsidiária da pública consagra hipótese especial de legitimidade ativa que decorre da omissão ministerial. Visa ao resguardo do interesse público em concretizar a pretensão punitiva estatal, em casos de inércia violadora do dever jurídico de agir, mediante a conduta vigilante e fiscalizadora da vítima.

Não se trata de uma metamorfose da ação penal que deve respeitar todos os princípios norteadores do seu caráter público, que, definitivamente, não se perde. Entre eles, o da obrigatoriedade que impõe o dever de denunciar, quando presentes os requisitos legais, inclusive a justa causa.

Em outras palavras: a legitimidade especial que caracteriza a ação penal subsidiária decorre da flagrante omissão do *dominus litis*, e não se revela como um instrumento de mutação da sua característica pública para consagrar a conveniência e a oportunidade como juízos individuais do ofendido.

No sentido do exposto neste voto, segue a lição de Aury Lopes Júnior, um dos mais prestigiados processualistas da atualidade:

> Por inércia do MP compreende-se o fato de ele não acusar, nem pedir, diligências e tampouco o arquivamento. Caso tenha pedido diligências ou o arquivamento, mesmo que a vítima não concorde, não há que se falar em inércia e, portanto, inviável a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. [...] Importante destacar que é uma legitimidade extraordinária, nascida da inércia do MP, mas que não transforma a ação em privada. Ela segue sendo de iniciativa pública, regida pelas regras anteriormente expostas, de obrigatoriedade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência (in *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 373).

A hipótese é, portanto, de rejeição da queixa-crime ofertada em face da flagrante ilegitimidade ativa, na forma do disposto no art. 395, II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08.

Por fim, registro que, entre a data dos fatos (outubro de 2007) e o presente julgamento, transcorreu prazo superior a dois anos, que é exatamente o lapso prescricional dos crimes imputados aos acusados.

Lembrando a regra descrita no art. 119 do Código Penal, que impõe o reconhecimento da prescrição de forma isolada para cada delito, mesmo em face de concurso de crimes, é de se reconhecer a ausência de possibilidade de punibilidade concreta, em face da incidência da causa de extinção do direito de punir supracitada.

A impossibilidade de punibilidade concreta é mais uma hipótese de rejeição da denúncia ou da queixa que, todavia, ao contrário da ilegitimidade ativa, faz coisa julgada material e é, portanto, de declaração imperiosa.

Em sentido similar, uma vez mais a lição do Prof. Aury Lopes Júnior:

> Exigia o antigo (e já revogado) art. 43, II, do CPP que não se tenha operada uma causa de extinção da punibilidade, cujos casos estão previstos no art. 107 do Código Penal e em leis especiais, para que a ação penal possa ser admitida. Agora, essa condição da ação também figura como causa de absolvição sumária, prevista no art. 397, IV, do CPP. Mas isto não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária. Nada disso. Deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa quando houver prova da extinção da punibilidade. A decisão de absolvição sumária fica reservada aos casos em que essa prova somente é produzida após o recebimento da denúncia (ou seja, após a resposta escrita do acusado). (In *Direito processual penal*. Ed. Lumen Juris, v. I, p. 339.)

Isso posto, rejeito a queixa-crime em apreço também por inexistência de punibilidade concreta, em decorrência da prescrição pela pena abstrata que ora reconheço, conferindo à presente decisão de rejeição da exordial efeitos plenos de coisa julgada, tanto formal quanto material.

III - Conclusão.

Com essas considerações, rejeito a queixa-crime ofertada por Marcelo Mendes Poeiras em face dos Juízes do Tribunal de Justiça Militar André de Mourão Mota, Daniela de Freitas Marques e Sócrates Edgard dos Anjos, com fulcro no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal, com reconhecimento de plenos efeitos de coisa julgada, material e formal, determinando o arquivamento dos autos.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Estou, assim, reiterando que faço até questão, se a nobre advogada quiser representar contra mim no CNJ, de que V. Ex.ª coloque à disposição todo o processado, para que ela possa tirar cópias e representar, porque irei me defender com todo o prazer no colendo CNJ, mostrando que houve a ação a tempo e modo e que não fui culpado dessa prescrição.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Com o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES.ª JANE SILVA - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Gostaria de dizer que recebi um desses processos, li também a respeito do fato que ensejou essa denúncia, que foi pelo simples fato de as autoridades indeferirem pedido de liberdade provisória. Em assim sendo, também rejeito a queixa-crime, por falta de justa causa para a ação penal, que também faz coisa julgada material.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com o Relator.

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo com o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Sr. Presidente. Tenho pouco falado nesta Corte, não sei mais nem menos que qualquer integrante daqui, mas há situações que exigem conhecimento, principalmente da Dr.ª Sônia, a quem respeito, como advogada.

Deixo um recado para a Dr.ª Sônia. Existe uma diferença entre uso e abuso. A palavra abuso contém uma raiz, e ab, como na palavra absurdo, significa o excesso, e esse abuso (ab + uso) não está contido na fala do eminente Relator. Os dois auditores e o Juiz do Tribunal praticaram o uso do mister, exerceram o uso do poder. Se alguém erra, em Brasília, conserta-se. Se errou o juiz monocrático, estamos, aqui, para corrigir, exercendo nosso natural *munus*.

O termo abuso de autoridade precisa ser interpretado. Separei o ab de abuso para mostrar, à advogada, que ela está inteiramente sem razão. O Relator é um dos mais brilhantes que conheço, e S. Ex.ª foi cioso. Caso seja processado, também quero sê-lo, porque cumpro com o meu dever de uso e o cumprirei até meus últimos dias, nesta alta Casa de Justiça.

Acompanho o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E REJEITARAM A QUEIXA-CRIME, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal de Juiz de Fora - Serviços de táxi - Permissão para a exploração - Encerramento da atividade pelo profissional - Revogação da permissão - Dispositivo revogado - Espaço para a comercialização da permissão com terceiros - Violação de disposição constitucional sobre permissão de serviços públicos - Princípios da obrigatoriedade de licitação e da razoabilidade - Infringência - Lei declarada inconstitucional

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei do Município de Juiz de Fora. Permissão para a exploração de serviços de táxi. Encerramento do exercício da atividade pelo profissional. Hipótese prevista como de revogação da permissão. Revogação do dispositivo. Espaço para a comercialização da permissão com terceiros. Violação da disciplina constitucional sobre permissões de serviços públicos. Princípios da obrigatoriedade de licitação e da razoabilidade. Infringência. Representação acolhida. Lei declarada inconstitucional.

- A Constituição Mineira consagra em seu artigo 13 os princípios da impessoalidade, moralidade e razoabilidade nas atividades do Poder Público, inscritos na Constituição da República, bem como, em seus artigos. 15 e 40, § 1º, a obrigatoriedade da licitação para a delegação ou contratação, pela Administração, de obra, serviço, compra, alienação, concessão e permissão, em todas as modalidades - repetindo -, nesse último caso, a comando do artigo 175 da Constituição Federal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.488957-5/000 - Comarca de Juiz de Fora - Requerente: Prefeito de Juiz de Fora - Requerida: Câmara Municipal de Juiz de Fora - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2010. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - O Prefeito de Juiz de Fora propõe ação direta, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.688, de 27 de outubro de 2008, daquele Município, que revogou o inciso VIII do artigo 9º da Lei Municipal nº 6.612, de 16 de outubro de 1984, que dispõe sobre o serviço de táxis do Município, suprimindo hipótese de revogação da permissão outorgada ao taxista "sempre que o profissional autônomo deixar de exercer, efetivamente, atividade".

Segundo o autor, em apertada síntese, o objetivo da revogação é possibilitar a negociação da permissão outorgada com qualquer interessado, abrindo intolerável exceção à regra do concurso público ou da transferência para a obtenção da outorga, prevista no artigo 2º da Lei 6.612/84. A supressão do inciso VIII do artigo 9º da Lei 6.612/84 possibilita ao permissionário que deixou de ser taxista continuar a explorar o serviço, mediante arrendamento a terceiro, numa negociação estritamente privada. De contrato de direito público, a permissão para exploração do serviço de táxi transmuda-se em contrato privado, deixando o Poder Público à margem da negociação, o que seria inadmissível.

Aduz a representação que, sob o aspecto formal, a lei impugnada, de iniciativa parlamentar, estaria a ferir o artigo 66, III, *f*, *in fine*, da Constituição Estadual, e, com ele, o princípio da separação de Poderes, porquanto seria privativa do Executivo a iniciativa de projetos de lei que cuidem da organização dos órgãos da Administração e, consequentemente, para dispor acerca da organização dos serviços concedidos ou permitidos.

Por outro lado, sob a ótica material, a norma violaria o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 13, *caput*, *in fine*, e da licitação, inscrito no artigo 15, *caput*, ambos da Constituição Mineira. Não seria razoável que alguém, deixando de exercer a atividade de taxista, conserve, ainda assim, a permissão que, para exploração de serviço dessa natureza, recebera do Poder Público, ou que a negocie com terceiro. Igualmente inaceitável seria o transpasse da permissão daquele que a recebeu em licitação para terceiro, sem que o processo de licitação se renove e sem que a Administração participe do ato.

A cautelar pleiteada foi deferida no plantão de fim de semana pelo eminente Desembargador Eduardo Andrade (f. 70) e ratificada pela Corte (f. 79/82).

Citada, a Câmara Municipal manifestou-se em defesa do texto impugnado, sustentando a constitucionalidade da norma, que - sustenta -, a par de não ser de iniciativa exclusiva do Executivo, teria apenas afastado incongruência contida na Lei 6.612/84, que prevê a outorga da permissão para exploração do serviço de táxi a profissionais autônomos por meio de concurso público ou transferência.

A ilustrada Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 147/154, opina no sentido do acolhimento da representação, a fim de que seja declarado o vício apontado.

No principal, é o relatório.

Atendidas as condições da ação direta e presentes os pressupostos processuais, quanto ao mérito, estou acolhendo a representação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.688, de 27 de outubro de 2008, que revogou o artigo 9º, inciso VIII, da Lei 6.612/84, ambas do Município de Juiz de Fora.

Muito embora não se possa falar em vício de iniciativa - que, na espécie, não seria privativa do Executivo, tendo em conta o seu conteúdo -, a lei impugnada, materialmente, padece do vício apontado na inicial.

Ao revogar o artigo 9º, VIII, da Lei 6.612/84, que dispõe sobre o serviço de táxis do Município de Juiz de Fora, afastando, como hipótese de revogação obrigatória da permissão concedida ao profissional autônomo, a cessação do exercício da atividade pelo permissionário, a Lei 11.688/08 ensejou, sem dúvida alguma, a comercialização da permissão com terceiros, ou com outros profissionais que não se submeteram ao regime próprio de licitação, desviando aquele diploma legal, nesse passo, da disciplina constitucional da matéria.

A Constituição Mineira consagra em seu artigo 13 os princípios da impessoalidade, moralidade e razoabilidade nas atividades da Poder Público, inscritos na Constituição da República, bem como em seus artigos

15 e 40, § 1°, a obrigatoriedade da licitação para a delegação ou contratação, pela Administração, de obra, serviço, compra, alienação, concessão e permissão, em todas as modalidades - repetindo, nesse último caso, a comando do artigo 175 da Constituição Federal.

Desse modelo, evidentemente, não pode fugir o ordenamento jurídico municipal, pelo princípio da simetria.

No caso em apreço, é bem verdade que a Lei 6.612/84, ao prever em seu artigo 2º que a permissão para exploração do serviço de táxi seja outorgada a profissionais autônomos "mediante concurso público ou transferência, na forma da lei", parece desbordar dos referidos comandos constitucionais.

Todavia, ainda que não tenha sido o referido dispositivo (ou outros da mesma lei municipal) objeto desta ação direta, impõe-se a constatação da flagrante inconstitucionalidade material da supressão operada pela Lei 11.688/08, na medida em que a retirada do inciso VIII do artigo 9º da Lei 6.612/84, que se harmoniza com a disciplina constitucional das permissões de serviço público - a exigir, sempre, a licitação -, conduz à consagração de uma manifesta inconstitucionalidade.

Conforme assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a permissão é ato unilateral, precário, *intuitu personae*, podendo ser gratuito ou oneroso; que depende sempre de licitação, conforme o artigo 175 da Constituição; seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público; trata-se de serviço executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, sujeitando-se ele às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização; é ato precário, que pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público; e pode ser outorgada com ou sem prazo.

Portanto, ainda que pertinente a alegação da Câmara Municipal no sentido de que o artigo revogado pela lei municipal impugnada não se compatibiliza com a possibilidade de outorga da permissão "mediante transferência", prevista na Lei 6.612/84, o que se verifica é que essa última modalidade de permissão, mediante "transferência", é que é anômala e discrepante da disciplina constitucional da matéria, e não o dispositivo excluído.

Ao cuidar das concessões de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Melo, com a precisão costumeira, faz a seguinte observação, que se aplica, igualmente, à hipótese da permissão:

> Tendo sido visto que a concessão depende de licitação - até mesmo por imposição constitucional - e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.
> Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro - sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição (*Curso de direito administrativo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 618).

Acertada, pois, a manifestação da douta Procuradoria de Justiça:

> A outorga da concessão do serviço público de táxi ao particular permeia a lógica de que este exercerá efetivamente o serviço público concedido, não merecendo prosperar no ordenamento jurídico lei diversa desse entendimento.
> *Ad summam*, a negociação da concessão do serviço público de táxi com terceiro permite, deliberadamente, o comércio ilegítimo de um serviço público concedido ao particular, por meio de procedimento público próprio, com restrições específicas de Direito Público (f. 153).

Ante o exposto, acolho a representação para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.688, de 27 de outubro de 2008, do Município de Juiz de Fora.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES: CARREIRA MACHADO, ALMEIDA MELO, CÉLIO CÉSAR PADUANI, JARBAS LADEIRA, BRANDÃO TEIXEIRA, JANE SILVA, ALVIM SOARES, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, NEPOMUCENO SILVA, MANUEL SARAMAGO, BELIZÁRIO DE LACERDA, ALBERTO DEODATO NETO, CLÁUDIO COSTA, RONEY OLIVEIRA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, SILAS VIEIRA, EDGARD PENNA AMORIM, ARMANDO FREIRE, VIEIRA DE BRITO, SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - ACOLHERAM, POR UNANIMIDADE, A REPRESENTAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei nº 9.319/07, inciso VI, art. 5º, e Decreto nº 12.615/07, do Município de Belo Horizonte - Guarda Municipal - Poder de atuação - Trânsito - Policiamento - Sanção pecuniária aos infratores - Possibilidade - Representação julgada improcedente - Voto vencido parcial

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei e decreto municipais. Guarda Municipal. Poder de atuação. Policiamento do trânsito e imposição de sanção

pecuniária aos infratores. Possibilidade. Representação julgada improcedente.

- Em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o Município detém competência para coibir o estacionamento em locais proibidos, inclusive com competência para impor multas, ou seja, sanção pecuniária de caráter administrativo.

- Não basta só a fiscalização: uma fiscalização sem sanção não significa nada; do contrário, ela nem precisaria existir.

- Dessa forma, a aprovação do projeto de lei pelo legislativo local, sancionado pelo Prefeito Municipal, vem apenas atender a uma realidade do Município de Belo Horizonte.

Representação julgada improcedente.

-V.v.p.: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei e decreto municipais. Atuação da Guarda Municipal na fiscalização no controle e na orientação do trânsito e do tráfego. Proteção de serviços de interesse local. Poder de autuação. Interpretação incabível da lei. Declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto.

- É admissível o exercício, pelo Município, da atividade de fiscalização, controle e orientação de trânsito em seu território, uma vez que se trata de serviço de interesse local, com previsão no art. 30, incisos I e V, da Constituição da República de 1988. Na área de sua jurisdição, na organização do serviço local de trânsito, o Município tem competência para constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens e serviços, em observância ao disposto no art. 144, § 8º, da Constituição da República de 1988 e no art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Todavia, a interpretação que atribui o poder de autuação à Guarda Municipal é incompatível com as normas constitucionais, por usurpação da competência da Polícia Militar como polícia ostensiva de trânsito urbano (art. 142, inciso I, da CEMG), devendo ser afastada, pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, técnica de decisão compatível com o princípio de preservação das leis.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.479114-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Procuradoria-Geral de Justiça - Requeridos: Prefeito Municipal de Belo Horizonte, Câmara Municipal de Belo Horizonte - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Relator para o acórdão: RONEY OLIVEIRA

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 JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2010. - *Alvimar de Ávila* - Relator vencido parcialmente.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pela requerente Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Geraldo Flávio Vasques e, pelo requerido, o Dr. Marco Antônio de Rezende Teixeira.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Sr. Presidente, demais Colegas integrantes desta Corte.

Ouvi, com a atenção de sempre, as manifestações do ilustre Representante da Procuradoria-Geral de Justiça e, em seguida, do ilustre Dr. Marco Antônio de Rezende Teixeira, culto Procurador do Município de Belo Horizonte, que expôs de maneira sucinta as pretensões do Município em relação ao fato submetido a julgamento.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em face do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007, que institui o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte, e do Decreto nº 12.615/2007, que o regulamenta, ambos do Município de Belo Horizonte (f. 30/62).

O requerente, em suas razões (f. 02/29), sustenta que os textos legais hostilizados padecem do vício da inconstitucionalidade material, visto que malferem os arts. 37 e 144, § 8º, da Constituição da República e 13, 138 e 142, inciso I, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Argumenta que a criação da Guarda Municipal é taxativa e restringe a sua competência à proteção patrimonial, não figurando entre as suas atribuições o policiamento do trânsito em geral ou a autuação de condutores e lançamento de multas. Ressalta que tais atos competem à Polícia Militar, nos termos do art. 142, inciso I, da Constituição Mineira, responsável pelo policiamento ostensivo do trânsito. Assevera que já existe em Belo Horizonte uma entidade executiva municipal de trânsito, a BHTrans, devidamente integrada ao Sistema Nacional de Trânsito, pelo que a imposição à Guarda Municipal dessa mesma atribuição malfere o princípio da eficiência da Administração Pública.

Por fim, o requerente pugna pelo deferimento de liminar, para a suspensão dos efeitos produzidos pelos dispositivos impugnados e, ao final, pela declaração de inconstitucionalidade do inciso VI do art. 5º da Lei nº 9.319/2007 e do Decreto nº 12.615/2007, do Município de Belo Horizonte.

A representação foi recebida, com o indeferimento da liminar pleiteada e a notificação dos requeridos para prestarem informações (f. 70/71).

A Câmara Municipal de Belo Horizonte manifestou-se às f. 80/91, arguindo preliminares de inépcia da petição inicial, por equívoco no apontamento do dispositivo legal acoimado de inconstitucional e ilegitimidade passiva, uma vez que apenas exerceu sua atribuição constitucional de legislar sobre assuntos de interesse local, sendo que a ação deveria ter sido dirigida exclusivamente ao Executivo municipal. No mérito, afirma que as normas impugnadas não preveem a autuação ou lançamento de multas pela Guarda Municipal, mas apenas o trabalho de orientação e educação de trânsito, o que se consubstancia em proteção a bem municipal, conforme autorizado pelo art. 144, § 8º, da Constituição da República de 1988. Por fim, requer a improcedência do pedido inicial. Junta documentos de f. 92/121.

Por sua vez, o Município de Belo Horizonte também prestou informações (f. 123/129), no sentido de que a natureza e a essencialidade do serviço de transporte e trânsito para a coletividade o caracterizam como atividade submetida ao regime público, de interesse local, cuja organização e prestação foram conferidas aos Municípios pelo art. 30, inciso V, da Constituição da República de 1988. Ressalta que a atividade exercida pela Guarda Municipal de Belo Horizonte está relacionada à fiscalização e aplicação das normas de trânsito, e não à criação dessas regras, e não pretende usurpar a competência da Polícia Militar. Sustenta que os dispositivos impugnados estão em consonância com a Constituição da República de 1988, a Constituição Estadual e o Código de Trânsito Brasileiro. Aduz que não prospera a alegação de incompetência da Guarda Municipal para o exercício do policiamento, da fiscalização e da aplicação de penalidades de trânsito, pois essas atribuições decorrem de delegação legítima do Município. Finalmente, requer a improcedência do pedido inicial.

O Ministério Público de Minas Gerais, através de sua Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, pugnou pelo aditamento da petição inicial (f. 134/135), deferido através da decisão de f. 137/138, bem como pela reconsideração da decisão que indeferiu o pedido liminar, o que foi negado na mesma oportunidade.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 143/164, opinando pela rejeição das preliminares arguidas pela Câmara Municipal e, no mérito, pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos atacados.

Após novo pedido de reconsideração formulado pelo douto Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (f. 181/185), o eminente Desembargador 1º Revisor, em virtude das férias deste Relator, analisou e deferiu o pedido, *ad referendum* desta Corte Superior, para suspender a eficácia do Decreto Municipal nº 12.615/2007 e do art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, até o julgamento final desta ação.

Por fim, o Município de Belo Horizonte-MG apresentou memoriais de f. 202/204 e aviou agravo regimental contra o deferimento do pedido liminar (f. 206/211), sendo certo que a r. decisão agravada foi mantida pelo em. Desembargador que a concedeu (f. 213).

É o relatório.

Passo à análise.

Em sede de preliminar, alega a Câmara Municipal de Belo Horizonte a inépcia da petição inicial e a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Alega a requerida que a inicial é inepta, por indicar de forma equivocada o dispositivo legal acoimado de ilegal como sendo o inciso IV do art. 5º da Lei 9.319/2007, enquanto a norma referente à matéria discutida encontra previsão no inciso VI do mesmo artigo.

Contudo, ressalto que tal questão restou ultrapassada, diante do deferimento do pedido formulado pelo requerente de aditamento da peça inaugural (f. 134/135), pela decisão de f. 137/138. Naquela oportunidade, consignou-se que o equívoco apresentado quanto ao inciso impugnado não trouxe qualquer prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos requeridos, devendo-se privilegiar o princípio da máxima efetividade do processo, mormente quando se discute assunto de interesse público primário.

Assim, reiterando as razões expendidas na decisão de f. 137/138, rejeito a preliminar de inépcia da inicial arguida pela primeira requerida.

Suscita a requerida, ainda, preliminar de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o fundamento de que apenas exerceu sua atribuição constitucional de legislar sobre assuntos de interesse local, sendo que a ação deveria ter sido dirigida exclusivamente em face do Executivo municipal.

Ocorre que a legitimidade passiva para a causa se refere à pertinência subjetiva da requerida em relação à matéria articulada na petição inicial, aferida em abstrato.

Tratando a presente representação de discussão quanto à constitucionalidade de lei municipal e do decreto que a regulamenta, em que houve a atuação concorrente da Câmara Municipal em sua edição, evidente se mostra a sua legitimidade passiva, como se infere do seguinte julgado do colendo Supremo Tribunal Federal:

> Não colhe, igualmente, a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a Câmara Distrital, como órgão, de que emanou o ato normativo impugnado, deve prestar informações no processo da A.D.I., nos termos dos arts. 6º e 10 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999 (STF, ADI 2448 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 1º.02.2002).

Assim, rejeito também essa preliminar arguida pela requerida e passo ao exame do mérito da presente representação.

Votaram de acordo com o Relator os Srs. DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, RONEY OLIVEIRA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, ALMEIDA MELO, JOSÉ FRANCISCO BUENO, CÉLIO CÉSAR PADUANI, KILDARE CARVALHO, JARBAS LADEIRA, BRANDÃO TEIXEIRA, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, ERNANE FIDÉLIS, NEPOMUCENO SILVA, BELIZÁRIO DE LACERDA, CLÁUDIO COSTA, VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, ARMANDO FREIRE, ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA, BITENCOURT MARCONDES.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - O douto Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007, que institui o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte, e do Decreto nº 12.615/2007, que o regulamentou, que possuem o seguinte teor:

> Lei Municipal nº 9.319/2007:
> Art. 5º Compete à Guarda Municipal de Belo Horizonte:
> [...]
> VI - atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito;
> [...].
>
> Decreto nº 12.615/2007:
> Art. 1º Por força do disposto no inciso VI do art. 5º da Lei nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, a Guarda Municipal fica designada para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, no âmbito do Município de Belo Horizonte, devendo anteriormente adotar as seguintes medidas:
> I - separação de um contingente para o exercício concomitante desta tarefa com as demais atribuições da Guarda Municipal;
> II - treinamento específico para realização desta função.
> Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Sustenta o requerente que os dispositivos supracitados apresentam vício de inconstitucionalidade, por violarem o disposto nos arts. 37 e 144, § 8º, da Constituição da República de 1988, bem como nos arts. 13, 138 e 142, inciso I, da Constituição do Estado Minas Gerais, ao atribuírem à Guarda Municipal competência para o policiamento do trânsito em geral ou a autuação de condutores e lançamento de multas.

Contudo, entendo ser admissível o exercício, pelo Município, da atividade de fiscalização, controle e orientação de trânsito em seu território, uma vez que se trata de assunto de interesse local, com previsão no art. 30, inciso I, da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, já se manifestou o Excelso Pretório:

> Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas jardinadas, impondo multas aos infratores. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria - CF/67, art. 15, II; CF/88, art. 30, I - que reflete o exercício do poder de polícia do Município (RE 191.363-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 03.11.98, *DJ* de 11.12.98).

De fato, na hipótese dos autos, verifico que, ao designar a Guarda Municipal para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, no âmbito do Município de Belo Horizonte, as normas impugnadas observaram o disposto no art. 144, § 8º, da Constituição da República, reproduzido no art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Na área de sua jurisdição, na organização do serviço local de trânsito, o Município tem competência para constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus serviços, o que, ao contrário do que entende o requerente, representa, a meu ver, observância do princípio da eficiência previsto no art. 37 da CR/88 e no art. 13 da CEMG.

Vale destacar que, a princípio, os dispositivos ora impugnados não preveem a possibilidade de autuação ou imposição e arrecadação de multas decorrentes de infração de trânsito, possuindo foco diverso, no sentido de orientação e apoio ao controle dos serviços públicos.

Com efeito, de acordo com o entendimento esposado pelo eminente Desembargador Edelberto Santiago quando da análise do pedido liminar (f. 70/71), verifico que a previsão legal se refere à função exercida pelos membros da Guarda Municipal em um sentido de colaboração, o que é corroborado pelos documentos de f. 171/173, em que o noticiário local destaca:

> Desde agosto de 2008, 150 dos 1.960 guardas trabalham nas ruas em auxílio aos agentes da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans) e à Polícia Militar. Eles orientam os condutores com o intuito principal de desobstruções dos cruzamentos (Andréa Silva/EM, matéria "Guarda Municipal deve multar", f. 171).

Dessa forma, não vejo como afastar o caráter de relevante interesse público local do serviço de controle e prestação de orientação no trânsito pela Guarda Municipal, previsto na legislação ora impugnada, mormente quando é fato notório o caos em que se tem transformado o tráfego dos grandes centros urbanos, inclusive o de nossa Capital, agravado pelas recentes chuvas e demais intempéries.

Ora, é certo que, ao contribuir para a organização do tráfego urbano, a desobstrução de cruzamentos e a orientação de condutores, a Guarda Municipal presta relevante serviço público de interesse local, em consonância com o disposto no art. 30, incisos I e V, da

Constituição da República de 1988. Tal fato pode ser notado por todos aqueles que transitam por esta cidade e puderam testemunhar a relevante e eficiente atuação de seu efetivo nesse sentido até então.

Por outro lado, não se pode olvidar que a Administração Pública municipal tem atribuído uma interpretação extensiva ao disposto no art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/2007 e ao Decreto nº 12.615/2007, no sentido de se alargar o poder de atuação da Guarda Municipal, inclusive com possibilidade de aplicação de multas e demais penalidades, como comprovado pelo Ministério Público estadual, com a colação dos documentos de f. 186/192.

Tal interpretação que atribui o poder de autuação à Guarda Municipal é incompatível com as normas constitucionais, por usurpação da competência da Polícia Militar como polícia ostensiva de trânsito urbano (art. 142, inciso I, da CEMG), devendo ser afastada.

Nesse contexto, em uma análise mais aprofundada da matéria e levando em conta os princípios de presunção de constitucionalidade das leis e de sua preservação no ordenamento jurídico, entendo que seria mais adequada ao caso a aplicação de uma técnica de decisão relativa à declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto.

A técnica proposta consiste em reduzir o âmbito de aplicação da legislação impugnada, para afastar a interpretação que permite a prática de polícia ostensiva de trânsito, mantendo, quanto à sua possibilidade de fiscalização, apenas o sentido de atividade preventiva e acauteladora de eventuais danos que possam advir ao patrimônio e serviços de interesse local pela ação dos condutores no tráfego urbano.

Com esse entendimento, no meu singelo entender, será possível a preservação da atuação relevante e necessária da Guarda Municipal na manutenção da organização do serviço público de trânsito local e, ao mesmo tempo, o afastamento da interpretação inconstitucional que a Administração Pública municipal pretende dar à legislação impugnada.

Dessa forma, o pedido de declaração de inconstitucionalidade merece ser parcialmente acolhido, no sentido de afastar a possibilidade de aplicação de multas e penalidades que ultrapassam o âmbito de competência da Guarda Municipal, sem redução do texto da lei.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e julgo parcialmente procedente a presente representação, para declarar a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/2007 e do Decreto nº 12.615/2007, sem redução de seu texto, apenas para afastar a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

Custas, *ex lege*.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com toda atenção, ambas as sustentações orais que aqui foram elaboradas.

Acompanho o voto condutor no que toca à rejeição das preliminares, bem como na solução meritória proposta (declaração parcial de inconstitucionalidade), todavia, discordo de Sua Excelência em relação aos limites da decisão. Explico.

É que, como bem defendido na petição de ingresso e ratificado no voto antecedente, cabe à Guarda Municipal, por prerrogativa constitucional, apenas e tão somente proteger bens, serviços e instalações públicas (art. 144, 8º, CR/88 e art. 138, CEMG/89). A Polícia Militar, por sua vez, no âmbito estadual, fica a cargo da proteção exclusiva da segurança e da ordem públicas; nestas, vale dizer, está expressamente compreendida a atuação ostensiva no trânsito urbano e rodoviário, que vai desde ações preventivas, passando pela fiscalização, e culminando, se necessário, na repressão.

Diante do exposto, fica a questão: pode a Guarda Municipal atuar no trânsito? A resposta para o questionamento é positiva, mas limitada aos preceitos constitucionais; atua, portanto, como coadjuvante, junto aos legítimos detentores da competência nas atividades relacionadas ao trânsito.

Em sendo assim, cabe à Guarda Municipal, se e quando criada, apenas interferir no trânsito nos restritos momentos em que houver necessidade de proteção a bens, serviços e instalações públicas, e não como órgão de coordenação, fiscalização e mesmo repressão ao tráfego e/ou aos atores nele envolvidos (condutores e pedestres). Como exemplo dessa limitada atuação, cito o desvio do tráfego e, também, a orientação dos condutores no caso de obra em praça, prédio e até via pública.

A questão em debate já foi bem equacionada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A saber:

> Guarda Municipal. Representação por inconstitucionalidade. Indelegabilidade das funções de segurança pública e controle de trânsito, atividades próprias do Poder Público. As atividades próprias do Estado são indelegáveis, pois só diretamente ele as pode exercer; dentre elas se inserem o exercício do poder de polícia de segurança pública e o controle do trânsito de veículos, sendo este expressamente objeto de norma constitucional estadual que o atribui aos órgãos da administração direta que compõem o sistema de trânsito, dentre elas as Polícias Rodoviárias (Federal e Estadual) e as Polícias Militares Estaduais. Não tendo os Municípios Poder de Polícia de Segurança Pública, as Guardas Municipais que criaram têm finalidade específica - guardar os próprios dos Municípios (prédios de seu domínio, praças, etc.) sendo inconstitucionais leis que lhes permitam exercer a atividade de segurança pública, mesmo sob a forma de Convênios. Pedido procedente (TJRJ, 2001.007.00070 - Repres. por Inconstitucionalidade, Des. Gama Malcher, j. em 05.08.2002 - Órgão Especial).

> Administrativo. Constitucional. Vistoria e licenciamento de veículo. Existência de multas anteriores, inclusive pela

Guarda Municipal. Pretensão de realização do ato sem pagamento daquelas e cancelamento das emitidas pela Municipalidade. Pagamento das multas no curso do feito. Extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido de realização de vistoria e obtenção de licenciamento anual independentemente do pagamento daquelas e improcedência do pedido de anulação dos autos de infração aplicados pela Guarda Municipal reputando válidas as autuações. Apelação. Atuação dos agentes municipais, em controle de trânsito reconhecido como violando o estatuto constitucional. Prevalência do art. 144, § 8º, da Carta Política sobre a Lei nº 9.503/97. Matéria decidida pelo Colendo Órgão Especial na representação por inconstitucionalidade nº 2001.007.00070. Lei municipal 1.887/92, que autorizou a criação da Guarda Municipal, que deve se adequar ao comando constitucional. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Inviabilidade de exercício de poder de polícia de trânsito por empregados públicos não regularmente investidos de função pública. Provimento do apelo, reconhecimento de nulidade das infrações de lavra da Guarda Municipal e seus reflexos e modificação das verbas de sucumbência (TJRJ, 2007.001.24015 - Apelação Cível, JDS. Des. Pedro Freire Raguenet - Julgamento: 31.07.2007).

Apelação. Ação visando a anulação de auto de infração de trânsito, imputando ao autor transposição de bloqueio viário sem autorização. Presunção de legitimidade do ato administrativo afastada pela prova documental produzida. Condutor do veículo que é policial militar e, no dia e hora da suposta infração, encontrava-se prestando serviço no Vigésimo Terceiro Batalhão, na cidade do Rio de Janeiro. Ademais, a Guarda Municipal não pode ser investida de poder de polícia de trânsito, sendo nulas de pleno direito as multas por ela aplicadas. Precedentes desta egrégia Corte. Sentença de improcedência que se reforma para anular o auto de infração, bem como determinar o cancelamento da pontuação negativa imposta. Recurso provido (TJRJ, 2006.001.50281 - Apelação Cível, Des. Luis Felipe Salomão - Julgamento: 24.04.2007).

Duplo grau de Jurisdição. Multa. Infração à Lei do Trânsito. Correta a sentença que dá pela nulidade de multa de trânsito, porque aplicada por pessoa que não ostenta as qualidades funcionais necessárias à legalidade do ato. Apenas os Guardas Municipais, regularmente nomeados, estão titulados à fiscalização do cumprimento das regras do Código de Trânsito Brasileiro. Empregado celetista ao qual não se pode atribuir esta competência. Decisão confirmada (TJRJ, 2006.009.02103 - Duplo Grau Obrigatório, Des. Jair Pontes de Almeida - Julgamento: 12.04.2007).

No mesmo sentido foi elucidativo o Parecer nº 1409/06 da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, que concluiu pela incompetência da Guarda Municipal para atuar na fiscalização de trânsito. Vejamos.

Parecer Conjur/MCidades nº 1409/2006
Guarda Municipal - Competência constitucional: As guardas municipais são desprovidas de competência para atuar no campo da segurança pública, não podendo, pois, ser investidas de atribuições de natureza policial e de fiscalização do trânsito. Sua atuação se restringe à proteção dos bens, serviço e instalações do ente municipal (inteligência do art. 144, § 8º, da CF/88). (Processo nº 80001.004367/2006-25)
Trata-se de exame de legalidade da atuação da Guarda Municipal, referente a consulta formulada pela Associação das Guardas Municipais do Estado de São Paulo. A indagação circula em torno da competência da Guarda Municipal na função de agente de trânsito. Os autos foram instruídos com vasta documentação referente ao tema. A Informação nº 020/2006/CGIJF/Denatran (cópia às f. 112/115) noticia que a matéria já tramita há algum tempo perante o Denatran, obtendo pareceres que divergentes entre si. Pelo despacho de f.120, a coordenação geral de instrumental jurídico e de fiscalização determinou o apensamento dos presentes autos aos autos dos processos nº 80001.015031/2006-98; 80001.011467/2005-27; 80001.014211/2006-52, dando-se o respectivo desapensamento nos termos do Despacho Conjur/MCidades nº2663/2006 (fls.153/154). É o relatório.
Consoante já anotado no relatório supra, cuida-se de exame de competência das guardas municipais, aí se incluindo a legitimidade para afirmar convênio com órgãos de trânsito para fins de fiscalização. Observamos, inicialmente, que o sistema de repartição de competência adotado pelo nosso ordenamento jurídico segue o critério da predominância do interesse. Assim, as matérias pertinentes ao interesse nacional serão atribuídas ao órgão central, ficando reservadas aos Estados membros e aos Municípios as matérias relativas aos interesses regionais e locais, respectivamente. As competências, a teor do próprio texto constitucional, são ditas legislativa e administrativa. A legislativa se expressa no poder de a entidade estabelecer normas gerais, enquanto a administrativa, ou material, cuida dos atos concretos do ente estatal, da atividade administrativa propriamente. Fincadas essas balizas preliminares, cabe atentar para o que estabelece a Constituição Federal na repartição da competência dos entes federativos no tocante à segurança pública, tema no qual esta inserida a matéria ora em estudo, dispondo no seu art.144, *caput*, e § 8º: 'Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - Polícia Federal;
II - Polícia Rodoviária Federal;
III - Polícia Ferroviária Federal;
IV - Polícias Civis;
V - Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares [...].
§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei'.
Os dispositivos acima estabelecem competência administrativa, ou seja, poder para o exercício de certas atividades típicas do poder público. E como se vê, independentemente de se tratar de interesse local, regional ou nacional, o constituinte nominou expressamente aqueles entes a quem atribuiu as funções de segurança pública, não constando entre eles o ente municipal, cabendo acrescentar que o critério do interesse local, inserto no art. 30, inciso I, da CF, refere-se à competência legislativa do Município. A inserção do Município no contexto da segurança pública foi por demais restrita. Com efeito, atribuiu-lhe o constituinte, no parágrafo 8º, do art. 144, o poder de constituir guardas municipais, mas cuidou em fechar o parêntese, estabelecendo que as atribuições destas, no campo material, ficariam limitadas à proteção dos bens, serviços e instalações da Municipalidade, na forma da lei. O texto constitucional remeteu a matéria ao

legislador ordinário, que daria vida plena ao comando da norma. Mas a lei disporia apenas sobre os modos de execução e demais fatores relacionados às nuances administrativas, nunca ampliando o campo de atuação, para acrescentar competência que o constituinte não estabeleceu, como, por exemplo, inserindo o Município, por intermédio da sua Guarda Municipal, no contexto da segurança pública. É claro que poderiam a União, os Estados e os Municípios cuidar da segurança pública, conciliando as suas atribuições de acordo com o interesse verificado. Tal sistemática, aliás, é noticiada no direito comparado, consistindo em prática recorrente em diversos países. Isto, por certo, nesses tempos de exacerbada violência urbana, receberia aplausos da sociedade brasileira. Poderíamos muito bem ter uma Polícia Federal, Estadual e Municipal. Entretanto, definitivamente, esta não foi a vontade do constituinte. A inclusão da Municipalidade no sistema nacional de trânsito, por intermédio dos seus órgãos e entidades executivas de trânsito, nos termos dos arts. 5º e 7º, da Lei nº 9.503/1997 (Código Brasileiro de Trânsito), apenas autoriza o Município a atuar na condição de coadjuvante junto aos verdadeiros detentores da competência no cenário da segurança pública, nas atividades relacionadas ao trânsito. Não investiu o ente municipal de competência para atuar na segurança pública, com poderes para os servidores de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, polícia judiciária e aplicação de sanções, porquanto tal competência haveria que ter sido atribuída pela própria Constituição Federal, e isto efetivamente não se deu. Aliás, neste sentido vêm se posicionando diversos órgãos do nosso Poder Judiciário, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo teor de decisão ora transcrevemos:

'As guardas municipais só podem existir se destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações de Municípios. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essa competências foram essencialmente atribuídas à Policia Militar e à Polícia Civil' (TJSP - ACrim 288.556-3 - Indaiatuba - 7ª C. Crim. - Rel. Des. Celso Limongi - Julgado em 22.02.2000 - *Juris Síntese*, verbete 13044322).

Por último, se não compete à Guarda Municipal atuar na fiscalização de trânsito, incluindo o procedimento relativo à atuação de condutores, pelos mesmos fundamentos também não detém legitimidade para firmar convênio com os órgãos de trânsito para tal fim. Ante o exposto, manifesta-se esta consultoria jurídica, sob a baliza do disposto no conteúdo do art. 144 da Constituição Federal, no sentido de que falece à Guarda Municipal competência para atuar na fiscalização de trânsito, incluindo o procedimento relativo à aplicabilidade de multas, também não detendo legitimidade para firmar convênio com os órgãos de trânsito objetivando tal fim. À consideração superior, com sugestão de restituição ao Denatran.

Clemilton da Silva Barros - Advogado da União.

De acordo. Restituam-se os autos, como proposto, ao Departamento Nacional de Trânsito.

Ministério das Cidades, em 30 de novembro de 2006.

Ana Luisa Figueiredo de Carvalho - Consultora Jurídica.

Dessa feita, valendo-me da mesma técnica lançada no voto condutor (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), afasto da legislação impugnada a interpretação que permite à Guarda Municipal a atuação e aplicação de infrações administrativas (voto condutor), bem como toda e qualquer forma de intervenção, inclusive de fiscalização livre, que não tenha como fim específico a proteção de bens, serviços e instalações públicas municipais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. RONEY OLIVEIRA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de adiantar meu voto.

A princípio, estava em dúvida quanto ao cabimento ou não da disciplina que foi baixada pela Prefeitura, porque, na verdade, o dispositivo constitucional não pode ser entendido na contenção que sejam bens, serviços ou instalações, porque há bens imateriais e, às vezes, esses bens imateriais são mais significativos e mais importantes que aqueles que são visíveis e que devem ser preservados, porque fazem parte do patrimônio físico da Prefeitura.

Entretanto, ouvindo o voto do douto Relator, cheguei à conclusão de que a posição de S. Ex.ª é a que mais se ajusta ao texto constitucional, porque, na verdade, o Município tem um órgão direcionado para essa área de trânsito, que é a BHTrans, que age segundo as regras do próprio Código de Trânsito, legislação básica municipal.

A Guarda Municipal não será diminuída, nem será desqualificada, nem se tornará ineficaz se a sua função for a de orientação do trânsito, pura e simplesmente, e não de imposição de multas.

Na verdade, vivemos um período realmente de assunção de poder, e, às vezes, essa assunção é quase que absoluta e quase que absurda.

Estranhei que a Câmara Municipal tenha arguido a ilegitimidade passiva para a ação direta de inconstitucionalidade, enquanto que, ao meu juízo, ela devia, realmente, chamar para si a responsabilidade de responder a ação, porque a função dela é legislar e, na medida em que o ato legislativo for aprovado com a sanção do Prefeito, ele não perde a origem que é a da representação popular. Assim, essa demissão da função precípua dela, que é a de legislar, pareceu-me conflitante, porque, além de disciplinar essa questão do trânsito, ela quer, também, ir além, impor multas, ao entendimento de que, não havendo sanção, não há como a lei ser aplicada. Entretanto, a própria Prefeitura, o próprio órgão específico para o trânsito, que é a BHTrans, afirma e sustenta que a função do órgão não é multar, mas educar, e pode, então, a Guarda Municipal exercer, perfeitamente, essa função, dispensada a aplicação de multa, motivo pelo qual entendo que o Relator apreendeu bem a norma constitucional e deu à Prefeitura e à própria Guarda Municipal a importância que elas

merecem numa situação de tal natureza grave, como é a situação do trânsito, que envolve, sobretudo, o bem-estar da população, porque, hoje, vivemos todos em crise de identidade, numa reação quase sempre agitada e deseducada quando ocorrem dificuldades no trânsito.

Assim, numa época em que estamos reclamando o assédio moral, em que estamos pedindo excelência no atendimento, é muito bom que a Prefeitura discipline a atividade da Guarda Municipal, mas é muito bom, também, que ela se contenha nos limites que a legislação permite, que são aqueles que o próprio Código de Trânsito dispõe e que ela própria desenvolveu, através da criação da sua Companhia que cuida do trânsito na Capital.

Sou adepto do voto do Relator, que, a meu juízo, não só bem aplicou a Constituição, mas, sobretudo, o fez de forma a dar o direcionamento à matéria que pode nos educar bastante na condução de veículos.

Acompanho o Relator.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar o meu voto.

Com a devida vênia, acompanho os votos precedentes, com a modulação apresentada pelo eminente 1° Revisor, Des. Alexandre Victor de Carvalho.

Entendo que o § 8° do art. 144 da Constituição, ao anunciar que os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, essa competência anunciada no preceito é insuscetível de ampliação. A lei municipal não pode alargar a atuação normativa insculpida na Constituição.

Com esse adminículo, acompanho, na íntegra, o voto do Des. 1° Revisor.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - Sr. Presidente, pela ordem. Quero adiantar meu voto.

Em que pesem os votos que me precederam, tenho entendimento em contrário.

A Guarda Municipal de Belo Horizonte foi instituída por força da necessidade histórica da realidade que envolve o Município de Belo Horizonte. O trânsito de BH é dos mais complexos do País, observando que em São Paulo e Rio de Janeiro a coisa é mais grave. Respeito e admiro a Polícia Militar, inclusive, há militares na Corregedoria-Geral de Justiça que procuram dar proteção aos magistrados em todo o Estado, como V. Ex.ª bem o sabe, mas tenho para mim que a competência da Guarda Municipal, para a fiscalização e aplicação de sanções nos casos pecuniários e administrativos, não afronta nenhum dispositivo constitucional. Entendo que a realidade social se superpõe ao próprio ditame constitucional. Nem tudo é Constituição. A história é mais importante que qualquer normatividade jurídica, embora, obviamente, como juiz, tenha o dever de aplicá-la. Há precedentes em outros Estados da Federação que permitem não só a fiscalização, como, também, a imposição de multas pela Guarda Municipal. A Guarda Municipal do Município de Belo Horizonte tem-se pautado com dignidade, sem abusos e em nenhum momento entra em conflito com a gloriosa Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Município tem competência para coibir o estacionamento em locais proibidos, inclusive, com a competência para impor multas, ou seja, sanção pecuniária de caráter administrativo.

A meu ver, a aprovação de projeto pela Câmara Municipal e a sanção do Prefeito Municipal vêm apenas atender a uma realidade social do Município de Belo Horizonte, cujo trânsito, repito, é dos mais complexos, como todos sabemos, principalmente nos dias de tempestade.

Sei que os votos que me precederam, inclusive o voto do Relator, Des. Alvimar de Ávila, meu ex-companheiro da 4ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada, é quase que irrespondível; entretanto, ouso dele divergir nesse aspecto, não obstante louve a atitude de S. Ex.ª, apenas quanto à proibição de a Guarda Municipal impor sanções pecuniárias aos infratores.

Conforme informações que recebi, a Guarda Municipal veio, tão somente, para coadjuvar a Polícia Militar na fiscalização. Não basta só a fiscalização: uma fiscalização sem sanção não significa nada; do contrário, ela nem precisa existir.

Assim sendo, rogando vênia aos que votaram em sentido contrário, julgo improcedente a representação.

DES. JARBAS LADEIRA - Com a devida vênia do eminente Relator, não vejo como inquinar de inconstitucional a permissão à Guarda Municipal de Belo Horizonte de autuar veículos e aplicar multas no trânsito urbano da Capital.

O art. 280, § 4°, do Código de Trânsito Brasileiro, determina:

> O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário, ou celetista, ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Assim, a competência para lavrar multas não é privativa de policial militar, estendendo-se a servidor civil, estatutário ou celetista, nos termos do CTB, em dispositivo que, até o momento, não foi inquinado de inconstitucionalidade.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça tem decidido pela constitucionalidade da permissão da Guarda Municipal de autuar e multar no trânsito local, conforme o permissivo do art. 30, I, da Constituição Federal.

No sentido acima, pude coletar os seguintes julgados: TJSP - Apel. 541573.5/8, Comarca de São Paulo; TJSP - 745.340.5/2, Comarca de Araçatuba; TJSP - Apel. 880.994.5/1-00, São José do Rio Preto.

O próprio aresto do Excelso Pretório, citado pelo ilustre Relator, admite a competência do Município para proibir o estacionamento em locais proibidos, impondo multas aos infratores. Logo, não há como cercear o direito de aplicar multas, através da Guarda Municipal, criada para cuidar de interesses locais, inclusive o trânsito.

Com esses fundamentos, reiterando o pedido de vênia, julgo improcedente o pedido inicial.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente, pela ordem. Peço vênia para adiantar o meu voto, uma vez que não tenho absoluta certeza se estarei aqui ou de férias na próxima reunião da Corte.

Ouvi, com atenção, todos os votos que me precederam até o momento, assim como ouvi as sustentações orais que foram produzidas, tanto pelo Ministério Público quanto pelo Município de Belo Horizonte.

A questão, como se sabe, está limitada à análise da Constituição Mineira, que, especificamente, a respeito do tema, no art. 171, afirma o seguinte:

> Ao Município compete legislar:
> I - sobre assuntos de interesse local, notadamente:
> [...]
> c - a polícia administrativa de interesse local, especialmente, em matéria de [...] trânsito e tráfego.

Então, há uma permissão expressa da Constituição Mineira para que o Município legisle sobre trânsito e tráfego.

O art. 138 desta mesma Constituição faz remissão ao art. 144, § 8º, da Constituição Federal, mas este artigo apenas autoriza que os Municípios possam instituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, obviamente, a lei municipal.

Penso que entre os bens do Município a que se refere o § 8º do art. 144 estão as ruas e praças, que são, como se sabe, de propriedade dos Municípios, e, embora no Direito Administrativo se encontre assentado que são bens de uso comum do povo, esse uso não exclui a propriedade.

Portanto, o Município, ao legislar sobre trânsito e tráfego nas ruas da Capital, está legislando sobre seus próprios bens, que são as ruas e praças, consequentemente, não consigo, *data venia*, alcançar como se possa legislar sobre o trânsito e tráfego sem que se possa multar na forma permitida pelo art. 171 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Por outro lado, existe, também, como enfatizou o Des. Jarbas Ladeira, uma autorização expressa do Código de Trânsito, norma não declarada inconstitucional, para que servidores civis possam, em conjunto com a Polícia Militar, exercer essas mesmas atribuições de fiscalizar e de aplicar penalidades, seja por infrações de circulação, estacionamento ou paradas, tal como previsto no Código de Trânsito, no seu art. 124.

Por último, existe um precedente citado pelo eminente Des. Alvimar de Ávila, do RE 191.363, de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, admitindo essa competência municipal.

Então, peço vênia aos que têm entendimento contrário para também julgar improcedente a representação.

DES. GERALDO AUGUSTO - Sr. Presidente, pela ordem.

Pedindo licença ao eminente Des. Roney Oliveira, que pediu vista, também gostaria de adiantar o voto, cumprimentando a brilhante explanação técnica trazida agora pelo colega Des. Wander Marotta.

A matéria objeto da discussão trazida pelo requerente embasa-se na suposta inconstitucionalidade do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007, a qual instituiu o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte e do Decreto nº 12.615/2007, que a regulamenta.

O fundamento da alegada suposta inconstitucionalidade seria que a Administração Pública tem atribuído interpretação extensiva ao referido dispositivo, alargando o poder da Guarda Municipal para permitir a aplicação de multas e demais penalidades e que tal estaria a representar usurpação da competência da Polícia Militar.

Diante disso, o eminente Desembargador Relator reduz o âmbito da aplicação da legislação impugnada para afastar a interpretação que permite a prática de polícia ostensiva de trânsito, mantendo, quanto à possibilidade de fiscalização, "apenas o sentido de atividade preventiva e acauteladora de eventuais danos que possam advir ao patrimônio e serviços de interesse local pela ação dos condutores no tráfego urbano".

Quanto ao mérito, em que pese o respeito que se tem ao entendimento esposado pelo eminente Desembargador Relator Des. Alvimar de Ávila, estou concluindo de modo distinto de sua Excelência, para julgar improcedente a pretensão declaratória de inconstitucionalidade da lei local em questão e cassação da medida liminarmente deferida.

De fato, inexiste inconstitucionalidade no exercício, pelo Município, da atividade de polícia de trânsito em seu território, desde que se trata de assunto de interesse local, com previsão no art. 30, I, da Constituição da República e observância do disposto no art. 144, § 8º, da CR/88, reproduzido no art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sem qualquer afetação ou interferência na competência que detém o Ente Estadual, através da Polícia Militar.

Conforme se sabe, as matérias de trânsito e tráfego admitem regulamentação nas esferas federal, estadual e municipal, cujos limites se estabelecem conforme a natureza do assunto a prover. À União, reservou-se a

competência para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI) e, supletivamente, aos Estados, nos termos de lei complementar, e aos Municípios cabe a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e V) e art. 171, I, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe:

> Art. 171. Ao Município compete legislar:
> I - sobre assuntos de interesse local, notadamente:
> [...]
> c) a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos; [...].

O Código de Trânsito Brasileiro enumera as várias competências "aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição" nos incisos I a XXI do art. 24, dentre elas:

> I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas trânsito, no âmbito de suas atribuições;
> II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;
> III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;
> IV - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;
> V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de polícia ostensiva de trânsito, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;
> VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;
> VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;
> VIII - fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;
> IX - fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 95, aplicando as penalidades arrecadando as multas nele previstas;
> X - implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias;
> XI - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;
> XII - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;
> XIII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários dos condutores de uma para outra unidade da Federação;
> XIV - implantar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;
> XV - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança de trânsito de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Contran;
> XVI - planejar e implantar medidas para redução da circulação de veículos e reorientação do tráfego, com o objetivo de diminuir a emissão global de poluentes;
> XVII - registrar e licenciar, na forma da legislação, ciclomotores, veículos de tração e propulsão humana e de tração animal, fiscalizando, autuando, aplicando penalidades e arrecadando muitas decorrentes de infrações;
> XVIII - conceder autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal;
> XIX - articular-se com os demais órgãos do Sistema Nacional de Trânsito no Estado, sob coordenação do respectivo Cetran;
> XX - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio às ações específicas de órgão ambiental local, quando solicitado;
> XXI - vistoriar veículos que necessitem de autorização especial para transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para a circulação desses veículos; [...].

Como se vê, não há qualquer inconstitucionalidade na legislação municipal no que concerne à compatibilidade com disposições constitucionais e, especialmente, inexiste a suposta e alegada usurpação de competência da Polícia Militar, como polícia ostensiva de trânsito, mesmo porque, como visto, em tal matéria, admite-se a tríplice regulamentação.

Também não se observa a alegada extrapolação/afastamento da interpretação constitucional quanto à possibilidade de aplicação de multas e penalidades pela Guarda Municipal, na legislação em questão, cujo teor é o seguinte (Lei 9.319/2007, art. 5º, inciso VI):

> Art. 5º Compete à Guarda Municipal de Belo Horizonte:
> [...]
> VI - atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito; [...].

E o Decreto nº 12.615/2007 estabelece:

> Art. 1º Por força do disposto no inciso VI do art. 5º da Lei 9.319, de 19 de janeiro de 2007, a Guarda Municipal fica designada para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, no âmbito do Município de Belo Horizonte, devendo anteriormente adotar as seguintes medidas:
> I - separação de um contingente para o exercício concomitante desta tarefa com as demais atribuições da Guarda Municipal;
> II - treinamento específico para realização desta função.

Ora, a questão tratada na lei municipal e regulamentada pelo decreto em discussão refere-se especificamente ao poder de atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, não podendo ser afastada a possibilidade de autuação e aplicação de multas pelas infrações administrativas verificadas, sob

pena de se tornar inane o poder de polícia, que tem atributos específicos e peculiares ao seu exercício, como a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, esta última sem a qual não teria qualquer força.

Esclarece a doutrina que a

> [...] fiscalização é outro meio de atuação do poder de polícia sobre as atividades e bens sujeitos ao controle administrativo. Essa fiscalização restringe-se à verificação da normalidade do uso do bem ou do exercício da atividade policiada em face das normas legais e regulamentares que os regem. Deparando irregularidade ou ilegalidade reprimível pela Administração, o órgão fiscalizador deverá advertir verbalmente o infrator ou lavrar desde logo o auto de infração, cominando-lhe a penalidade cabível, sempre com oportunidade de defesa no processo administrativo correspondente, sob pena de nulidade da sanção [...] (MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia do Município. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed., atual., p. 458 e ss).

As sanções impostas e executadas pela Administração, além de compatíveis com as exigências do interesse público/social, são inerentes ao poder de polícia; são de interesse local e não se distanciam das normas expedidas pela União e pelo Estado; pelo contrário, encontram-se em sintonia e lhes garantem a desejada eficácia.

Com tais razões, pedindo vênia ao eminente Relator, estou julgando improcedente a presente ação e revogando a liminar.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, pela ordem.

Pedindo vênia ao em. Des. Roney Oliveira, também pretendo adiantar o meu voto, registrando que ouvi, com atenção, as duas excelentes sustentações orais que foram produzidas nesta tarde.

Entendo que duas são as questões que merecem abordagem, ficando estritamente no exame da constitucionalidade da norma legal local questionada. O primeiro aspecto é se o Município, ao instituir sua Guarda Municipal, poderia legislar sobre a fiscalização de trânsito e tráfego, e a segunda questão, secundária, se teria, nesse poder de polícia, a Guarda Municipal atribuições para elaborar autuações.

Conforme lembrou o em. Des. Wander Marotta, o art. 138 da Constituição Mineira praticamente repete redação que consta da Constituição da República, art. 144, § 8º, que dispõe que o Município pode constituir guardas municipais para proteção de seus bens, serviços e instalações. O mencionado art. 144 está incluído no capítulo relativo à segurança pública, do mesmo modo que o art. 138 da Constituição Mineira está na Subseção II - Da Segurança Pública. Não há dúvida de que a Guarda Municipal pode ser instituída ou constituída, como está redigido na norma constitucional, para proteção dos bens, serviços e instalações municipais. Ora, o art. 99 do vigente Código Civil dispõe claramente que os bens públicos são de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais. Nem a Constituição Estadual, nem a Constituição da República fazem restrição à natureza do bem quando se refere à Guarda Municipal. Não diz, por exemplo, que a Guarda Municipal foi criada para proteger bens de uso especial ou dominical, diz apenas bens, portanto, abrangendo, entendo, também os bens públicos de uso comum do povo.

Como o Des. Roney Oliveira acaba de lembrar, está expresso no art. 99, inciso I, do Código Civil que as ruas, praças, avenidas e congêneres, vias de circulação, são bens de uso comum do povo, bens que podemos utilizar na condição de pedestre, mas, também, na condição de motorista. Quando eu, motorista, circulo com o meu veículo numa rua, estou utilizando um bem de uso comum do povo municipal. Se circular numa rodovia estadual, estou utilizando um bem de uso comum estadual e, se for rodovia federal, estou utilizando um bem de uso comum do povo, de propriedade da União.

Ora, quem, nas vias urbanas, passa a circular com veículos, sejam automotores ou não, e, aí, temos carroças, bicicletas, como os não motorizados, insisto, está utilizando um bem de uso comum do povo, e o art. 171 da Constituição Mineira vai dispor que

> Ao Município compete legislar:
> I - sobre assuntos de interesse local, notadamente:
> [...]
> c - a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos.

Então, não há dúvida, no meu entender, de que o Município tem, sim, competência para legislar sobre trânsito e tráfego nas vias públicas municipais e atribuir à Guarda Municipal a fiscalização e a proteção desses bens.

Quanto ao segundo aspecto, se a Guarda Municipal pode ou não autuar por infração de trânsito, entendo que a norma, como regra de comportamento humano, só é norma jurídica se houver sanção, fora isso é dano moral. Ora, atribuir ao Município a competência para criar Guarda Municipal destinada à proteção de bens, mas não atribuir a ela atribuição de aplicar sanção para os infratores, fica, realmente, meramente decorativo.

Então, pedindo vênia ao eminente Relator, entendo que não há inconstitucionalidade alguma na norma local e, com isso, julgo improcedente, na integralidade, a representação.

É como voto.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente, pela ordem.

Também peço vênia ao eminente Des. Roney Oliveira para adiantar o meu voto, mesmo porque tenho receio, até, de me aposentar em maio e esse processo

não chegar até mim para que possa votar, tais os constantes adiamentos que temos na Justiça, embora pouco tenha a acrescentar àquilo que foi dito; apenas gostaria de externar o meu pensamento.

Pelo que verifiquei, existem duas posições que se identificam: a posição do Des. Alexandre Victor de Carvalho e a do Des. Alvimar de Ávila, porque eles entendem que não há possibilidade de haver autuação e efetiva fiscalização sancionatária, sem esse tipo de fiscalização, porque se fiscaliza, mas não se multa. Penso que esse é o entendimento de uma primeira corrente, e a segunda corrente é aquela que diz que ao Município é plenamente lícito não apenas fiscalizar, mas também exercer a fiscalização da única forma possível, que é aquela lembrada pelo jurista Des. Caetano Levi Lopes, há pouco, de que não existe norma jurídica sem sanção, ou ela se torna norma puramente de caráter ético. Evidentemente, se um guarda estiver no trânsito, com seu apito, dando ordem e etc., se ele não puder multar, haverá muitos motoristas que vão balançar as mãos para ele dizendo que ele não manda nada. Isso é evidente, é próprio da população e do ser humano.

O que ocorre, desculpem-me os senhores constitucionalistas presentes se estou errado, é que, dentro desse critério de interpretação de normas e de vivência das normas jurídicas, passamos por um período longo de adaptação das normas constitucionais em vigor, das normas constitucionais de 1988, porque vínhamos de uma ditadura que utilizou com bastante rigor as instituições contrariamente às liberdades públicas. Então, acostumamo-nos com a Constituição de 88, de forma que qualquer coisa, qualquer sinal encontrado em leis, em artigos, em decretos, lembrava-nos da inconstitucionalidade. Felizmente, isso está terminando, porque a Constituição não pode ser tão restritiva.

Quanto ao caso que estamos julgando aqui, por exemplo, se formos analisar sob um aspecto de ordem prática, exclusivamente prática, sem legislação escrita, sem nada, poderíamos perguntar: será que não é útil a fiscalização pelo Município da sua cidade para organização do trânsito? Evidentemente, todo mundo seria capaz de responder que sim. Então, a questão fica, exclusivamente, no campo da literalidade das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais relativas ao assunto.

Preocupei-me, exclusivamente, depois do brilhante voto do Des. Alexandre Victor de Carvalho, em ir ao ponto nevrálgico da questão, que é o art. 142, I, quando ele estabelece sobre o problema de alguns atos de competência da Polícia Militar. Na verdade, o que encontrei nesse inciso, quando diz que compete à Polícia Militar, e que o artigo está sendo parâmetro da inconstitucionalidade, "a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário [....]", quer dizer, polícia ostensiva de prevenção criminal, não falou preventiva e repressiva, e, desde que em outros momentos encontramos aquela possibilidade de o Município atuar no campo dos interesses locais, inclusive no setor de trânsito, evidentemente, não podemos ignorar, e há possibilidade, sim, de uma fiscalização nos moldes normais e legais do Código Nacional de Trânsito e que pode ser feito pela autoridade municipal também. Acho que é apenas isso.

Na última sessão da qual participei, fiquei vencido no julgamento do Município de Cabo Verde - onde há uma estação em que a Prefeitura houve por bem determinar a proibição do quadriciclo nas ruas da cidade, que é pequena; isso, realmente, representa um perigo à população - porque achava que, realmente, havia a possibilidade de haver essa disciplina pelo Município, e, aqui, também, existe essa possibilidade. E não há nenhuma proibição dentro da possibilidade de fiscalizar o trânsito: apliquem-se as normas relacionadas com o Código Nacional de Trânsito.

Então, penso que qualquer cidade ganhará se aumentar, sensivelmente, o número de policiais para se evitar os absurdos a que assistimos cotidianamente, não só no trânsito, mas em todos os setores de segurança pública, quer dizer, começamos o dia tendo notícia de desastres, homicídios, notícias desagradáveis, e a Polícia não tem condição de estar presente, a não ser se houver efetiva colaboração entre todos os órgãos do Poder para que esse policiamento seja, realmente, proveitoso e concreto.

Acho que, dentro desse espírito constitucional, dentro daquilo que encontramos na organização da União, Estados e Municípios, não podemos negar absolutamente o poder de polícia exercido nessa forma razoável, desde que haja uma restrição evidente e expressa à atividade policial de qualquer das entidades.

Por tais razões, pedindo vênia ao ilustres votos que me antecederam em sentido contrário, julgo improcedente a representação.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente, pela ordem.

Também gostaria de adiantar o meu voto.

Estive atento às várias exposições dos eminentes Pares, bem como às exposições orais feitas da tribuna e faço uma breve e despretensiosa análise do caso, à luz do Direito Administrativo infraconstitucional.

O Direito Administrativo atribui a todo ato administrativo, de um modo geral, três atributos que lhe são inerentes: a presunção de legitimidade, a autoexecutoriedade e a necessidade de poder discricionário para que a Administração possa cumprir o seu fim. Vestem todo ato administrativo, qualquer que seja ele, com exceção, apenas, do ato de polícia, o qual estamos tão empenhados em destrinchar.

Vejamos, então, os atributos do ato de polícia, já que afirmamos que o ato administrativo, de um modo geral, tem aqueles três atributos, com exceção, apenas,

do ato de polícia. Essa polícia é polícia no sentido genérico, é uma polícia que vela pelos bens, atividades, interesses públicos, direitos, patrimônios não aquilatáveis economicamente, como bem disse o eminente Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

O ato de polícia se destaca do ato administrativo, em geral, justo por um atributo que é este que, a meu sentir, coloca a questão de uma forma mais simplista. Assim me permito chamar de simplista uma questão dessa magnitude, mas temos a ciência, exatamente, para fazer dela as nossas premissas e extrair os nossos resultados.

O ato de polícia, então, no Direito Brasileiro tem três atributos,I que são: primeiro, a presunção de legitimidade de que goza todo ato administrativo; segundo, o que lhe dá o matiz de ato de polícia e, portanto, diferente dos demais atos, que é a coercibilidade; e, depois, como todo ato administrativo, necessidade de poder discricionário para que a Administração possa atingir seus objetivos.

Então, o ato de polícia já é dotado dessa coercibilidade, que é, exatamente, o poder de impor ao administrado uma determinada conduta. E é essa coercibilidade que dá, como disse ainda há pouco, o matiz, a tintura original e natural ao ato de polícia. Sabemos que disposições existem que não têm nenhum efeito sancionatório, temos disposições enunciativas, até conceituais, e que, por isso, não deixam de ser legais.

Ato administrativo de polícia não temos meramente enunciativo e nem tampouco conceitual nem pragmático. Ele é coercitivo por excelência.

Então, isso já é da natureza, da índole do poder de polícia, seja pela Guarda Municipal, pelo agente sanitário, pelo médico da saúde pública, ao notificar uma doença que se sabe de transmissão compulsória, capaz de afetar a saúde pública.

Enfim, todos esses agentes, se pilhados numa determinada situação em que façam sobre eles incidir o ato de polícia, estão sujeitos à sanção, a essa coerção. Essa coerção nada mais é do que a sanção do Direito Penal, aqui para os penalistas - matar alguém: pena de 6 a 20 anos.

Então, no Direito Administrativo, admitimos essa coerção que não tem, às vezes, esse caráter de multa, mas tem caráter, às vezes, muito pior.

Temos a sanção coercitiva que, hoje, fecha o estabelecimento comercial, quando se põem à venda produtos imprestáveis ao consumo público. O oficial, o agente de saúde pública tem três opções a seu favor: ele pode escolher entre as três opções a que julgar mais conveniente ou a que melhor lhe aprouver ao caso em tela.

Então, ele pode multar, pode suspender as atividades por alguns dias, e pode, até, fechar. Essa questão da coercibilidade, o que quero com tudo isso dizer, é que estou entendendo que o Município pode, sim, exercitar o seu poder de polícia, seja pela Guarda Municipal, já instituída, já constituída, já institucionalizada, seja por pessoas a quem a lei confere competência, para fiscalizar, para impor o ato administrativo, porque, senão, nenhuma ação do Poder Público vai ser aceita. Amanhã, chega o Guarda Municipal para multar, e, aí, o cidadão pede, primeiro, para ver sua carteira de guarda, porque não sabe se é guarda ou se está fantasiado. Então, aí está a autoexecutoriedade. O sujeito primeiro cumpre e depois discute. A coercibilidade vem logo imediata, que é a de impor a ele aquela situação, "você vai fazer isso, porque está sujeito a essa sanção".

E, finalmente, a necessidade do poder discricional, e que ninguém discute, porque, hoje, "a administração brasileira se move à discrição", que, às vezes, nem sempre fica contida nas raias da discrição, mas atrás da discrição se escondem as maiores torpezas. Mas isso não vem ao caso e, portanto, reafirmo, Sr. Presidente, com todo o respeito às opiniões encontradas, que, nesse caso, também desacolho a inconstitucionalidade suscitada.

É como voto.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar o meu voto.

Os votos que me antecederam foram todos judiciosos e esgotaram o assunto, seja para julgar improcedente, seja para colocar aquela restrição contida no voto do eminente Relator e do não menos eminente 1º Revisor. Por isso, vou ser concisa, porque nada há mais a acrescentar.

Registro, apenas, que, no meu entendimento, não vejo nenhum óbice à sanção que se impõe, como meio necessário e coercitivo, para que a medida possa ser realmente implementada. Estou, assim, sem ver, sob a ótica da legalidade e da constitucionalidade, qualquer óbice, razão pela qual julgo também improcedente.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Sr. Presidente, pela ordem.

Também gostaria de adiantar o meu voto.

Diante dos excelentes votos que me antecederam, especialmente aqueles que inauguraram a divergência, rogando vênia aos demais, acompanho o voto do eminente Des. Wander Marotta e, também, julgo improcedente a representação.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Sr. Presidente, pela ordem.

Também gostaria de adiantar o meu voto.

Após ouvir os votos do eminente Relator, Revisor e dos demais, também julgo improcedente a ação.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, À UNANIMIDADE. DAVAM PROVIMENTO PARCIAL O RELATOR E O 1º REVISOR. PEDIU VISTA O DES. RONEY OLIVEIRA.

EM ADIANTAMENTO DE VOTO, O DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO ACOMPANHOU O RELATOR, O DES. HERCULANO RODRIGUES ACOMPANHOU O 1º REVISOR. JULGARAM IMPROCEDENTE OS DESEMBARGADORES CÉLIO CÉSAR PADUANI, JARBAS LADEIRA, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, ERNANE FIDÉLIS, BELIZÁRIO DE LACERDA, VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA E BITENCOURT MARCONDES.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo Município de Belo Horizonte, os Drs. Marco Antônio de Rezende Teixeira e James Henrique Souza Peixoto.

DES. SÉRGIO RESENDE (Presidente) - O julgamento deste feito, após rejeitadas as preliminares, à unanimidade, foi adiado na sessão do dia 14.10.09, a pedido do Des. Roney Oliveira, depois de votarem dando provimento parcial o Relator e o 1º Revisor. Em adiantamento de voto, o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro acompanhou o Relator, o Des. Herculano Rodrigues acompanhou o 1º Revisor.

Julgaram improcedente os Desembargadores Célio César Paduani, Jarbas Ladeira, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Ernane Fidélis, Belizário de Lacerda, Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Sebastião Pereira de Souza e Bitencourt Marcondes.

Com a palavra o Desembargador Roney Oliveira.

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, manejada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em face do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, que instituiu a Guarda Municipal de Belo Horizonte, e do Decreto nº 12.615, de 19 de janeiro de 2007, que a regulamenta, por suposto vício de inconstitucionalidade material, uma vez que a Constituição Mineira restringe a competência da Guarda Municipal à proteção patrimonial, não figurando, entre suas atribuições, o policiamento do trânsito em geral nem a autuação de condutores e lançamentos de multas.

O em. Relator, Des. Alvimar de Ávila, acompanhado, em adiantamento de voto, pelo Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, acolheu, parcialmente, a representação, para declarar a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/07 e do Decreto nº 12.615/07, sem redução de seu texto, apenas para afastar a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

Acompanhando o em. Relator quanto à acolhida parcial da representação sem redução de texto, votou o em. 1º Revisor, Des. Alexandre Victor de Carvalho, seguido pelo em. Des. Herculano Rodrigues, em adiantamento de voto, no sentido de afastar a legislação impugnada no tocante à interpretação que permite à Guarda Municipal a autuação e aplicação de infrações administrativas, bem como toda e qualquer forma de intervenção, inclusive de fiscalização livre, que não tenha como fim específico a proteção de bens, serviços e instalações públicas municipais.

Divergindo do posicionamento do em. Relator, julgaram improcedente a representação os Desembargadores Célio César Paduani, Jarbas Ladeira, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Ernane Fidélis, Belizário de Lacerda, Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Sebastião Pereira de Souza e Bitencourt Marcondes.

Compulsando os autos, *permissa venia* do entendimento contrário, julgo improcedente a representação.

Como já ressaltado pelo ilustre Des. Geraldo Augusto, a matéria referente ao trânsito e tráfego de veículos automotores pelas vias terrestres admite tríplice regulamentação - federal, estadual e municipal.

À União incumbe traçar as regras gerais e as diretrizes de trânsito e transporte (art. 22, inciso XI, CF), o que não afasta a competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em estabelecer e implantar uma política educacional para a segurança do trânsito (art. 23, inciso XII, CF). Assim, ao Estado-Membro compete legislar sobre questões secundárias, pertinentes ao interesse regional, ao passo que ao Município compete cuidar das questões atinentes à organização de trânsito e tráfego de interesse local (art. 30, inciso I, CF).

Além da previsão da Carta da República, a Constituição Mineira, em seu art. 171, atribuiu competência ao Município para legislar sobre assuntos de interesse local, dentre os quais "a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos" (alínea c).

Ainda, o Código de Trânsito Nacional trouxe previsão expressa, em seu art. 24, sobre a competência municipal em matéria de trânsito, *in verbis*:

> Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:
> I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;
> [...]
> V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de polícia ostensiva de trânsito, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;
> VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;
> VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

> VIII - fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar.

Tais preceitos fixam competência para o exercício do poder de polícia pelo Município, que, na forma da lei, poderá restringir, por meio de imposições, deveres ou abstenções, o exercício de direitos individuais, a fim de evitar comportamentos danosos à coletividade.

O art. 138 da Constituição Estadual de Minas Gerais, fazendo remissão ao art. 144, § 8º, da Constituição Federal, previu a instituição da Guarda Municipal, *in verbis*: "Art. 138. O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República".

Observa-se que o referido artigo, ao admitir a constituição de Guarda Municipal para a proteção de bens, serviços e instalações municipais, não pretendeu restringir o âmbito de sua atuação apenas à esfera patrimonial, mas também à imaterial, que, no contexto em que foi inserida (segurança pública), engloba a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Ainda, ao dispor sobre proteção a bens, a norma constitucional, tal como apontado pelo ilustre Des. Caetano Levi Lopes, não estabeleceu limitação quanto à natureza dos bens, estando, portanto, nessa esfera de proteção atribuída à Guarda Municipal, incluídos os bens de uso comum do povo, que, nos termos do art. 99 do Código Civil, seriam as ruas, praças, avenidas e congêneres.

Dentre os serviços de relevante interesse local atribuídos à competência do Município, encontra-se o controle do trânsito, que, embora exercido tradicionalmente pela Polícia Militar, passou a integrar, após a edição da Lei nº 9.319/07, a esfera de atuação da Guarda Municipal, que, em ação conjunta com aquela polícia e com a BHTrans, deverá zelar pela otimização da prestação desse serviço de tamanha importância para nossa comunidade.

Sobre a necessidade de criação da Guarda Municipal para atuar na fiscalização do trânsito e na autuação dos infratores, salientou o professor e magistrado Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho jornalístico "A guarda e a multa" (www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/157 guarda multa.pdf), *in verbis*:

> A introdução da GM na fiscalização do trânsito e na aplicação de penalidade aos violadores de suas normas é medida de grande acerto. Não é possível que os guardas, postados nas esquinas, assistam impassíveis às infrações e maluquices dos motoristas imprudentes e irresponsáveis, porque não têm permissão de agir. Isto contraria até mesmo o senso comum.
>
> A GM é uma instituição bem treinada. Basta conversar com seus integrantes para perceber, de pronto, que estão aptos a lidar com o público. Têm tudo para exercer mais esta competência, com eficiência e êxito, principalmente quando se sabe que é notória a carência de pessoal na PM e na BHTrans para este propósito.
>
> A GM não se deve deixar influenciar por uma frase de procedência duvidosa frequentemente repetida de que 'multar não resolve'. De fato, só a multa não resolve, mas é ela o único meio de evitar o caos e intimidar o motorista desordeiro e antissocial.
>
> Cabe ao Estado fazer o resto: ampliar ruas e avenidas, construir viadutos e túneis, racionalizar o traçado da cidade e construir vias adequadas. Mas este é um trabalho de longo prazo. Até lá é preciso tomar medidas para que o trânsito funcione com os meios atuais que temos.
>
> É de esperar que o Judiciário, sempre sensível aos problemas do povo, do qual, aliás, é parte, compreenda esta situação e se coloque ao lado da comunidade. Meras questões de competência não podem privar o cidadão de um serviço necessário a seu bem-estar.
>
> A GM é bem-vinda para orientar, fiscalizar e, quando necessário, punir. Que cumpra com eficiência sua nova missão e ajude a melhorar o trânsito caótico de nossa cidade (Publicado no Jornal *Hoje em Dia*, 29.09.2009)

Nesse contexto, portanto, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade no art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007 e no Decreto nº 12.615/2007, visto que, ao instituir e regulamentar a Guarda Municipal para atuar na fiscalização, controle e orientação do trânsito e tráfego no âmbito do Município de Belo Horizonte, inclusive com função sancionatória, aquelas normas observaram rigorosamente o disposto no art. 144, § 8º, da Carta da República, reproduzido no art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais, além de se coadunarem, às inteiras, com o art. 280, § 4º, do Código de Trânsito Brasileiro, reproduzido, com raro senso de oportunidade, no primoroso voto do Des. Jarbas Ladeira.

Pelo exposto e pedindo vênia ao entendimento esposado pelo ilustre Relator e por aqueles que o acompanharam, julgo improcedente o pedido contido na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - Sr. Presidente, pela ordem. Quero adiantar meu voto.

Estou de acordo com o voto do Des. Alexandre Victor de Carvalho.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente, pela ordem.

Quero adiantar meu voto.

Coloco-me de acordo com o eminente Desembargador Relator, no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta e reconhecer a

parcial inconstitucionalidade do art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, bem como do Decreto nº 12.615/2007, afastando a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

Com efeito, preceituam os arts. 138 e 171, I, *c*, da Constituição Mineira:

> Art.138. O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art.144, § 8º, da Constituição da República.
> [...]
> Art.171. Ao Município compete legislar:
> I - sobre assuntos de interesse local, notadamente:
> [...]
> c) a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos; [...]

Ao que se vê dos dispositivos constitucionais supratranscritos, é autorizado ao Município a instituição da Guarda Municipal com função precípua de proteção de bens, serviços e instalações.

A atuação da Guarda Municipal na fiscalização, controle e orientação do trânsito e tráfego, por sua vez, insere-se em mencionado conceito, cuidando a lei impugnada justamente da competência para referida atividade de proteção.

Nesse contexto, estamos diante de atividade de irrecusável interesse local, visto que somente ao Município será possível detectar os seus contornos, as necessidades da população e a forma cabível do exercício desta proteção aos bens, serviços e instalações municipais, inspirado sempre nos princípios constitucionais norteadores. Será legítima, assim, a atuação municipal tendente a regularizar uma situação fática específica, típica, sobre a qual não poderia a União ter legislado de forma minudente.

Como bem observado pelo digno Relator, o relevante interesse local do serviço de controle e orientação do trânsito pela Guarda Municipal encontra-se consubstanciado principalmente no fato de que "é notório o caos em que tem se transformado o tráfego dos grandes centros urbanos, inclusive o de nossa Capital".

O fato é que cada Município vive uma realidade distinta dentro do contexto de crise do transporte urbano e cabe a cada um deles regulamentá-la de acordo com o seu interesse local.

Todavia, o reconhecimento da possibilidade de atuação da Guarda Municipal no auxílio ao controle do trânsito e tráfego no Município de Belo Horizonte não lhe confere o poder de polícia propriamente dito, aquele ostensivo citado pelo art.142, I, da CEMG, e atribuído à Polícia Militar:

> Art.142 . [...]
> I - à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e a restauração da ordem pública, além da garantia do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural; [...].

Dessarte, a interpretação ampliativa que tem sido levada a efeito pelo Município do vocábulo 'fiscalização' contido no art.5º, VI, da indigitada lei, de fato, deve nesta via ser coibida, sendo a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto a modalidade de decisão mais adequada neste cenário.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

> significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante. A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Ed. Del Rey, 2000).

À luz de tais ensinamentos, conclui-se que razão não há para que se declare a inconstitucionalidade total do art. 5º, VI, da Lei nº 9.319/2007, bem como do Decreto nº 12.615/2007, bastando que nesta sede fixe o entendimento de que à Guarda Municipal não é permitida a aplicação de multas e penalidades de trânsito, como procedido pelo digno Relator.

Feitas essas considerações, acompanho o eminente Desembargador Relator, e julgo parcialmente procedente a presente ação direta, reconhecendo a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, bem como do Decreto nº 12.615/2007, sem redução de texto, afastando a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Sr. Presidente, pela ordem.

Também quero adiantar meu voto.

Ponho-me de acordo com a rejeição das preliminares. No mérito, peço vênia para divergir da ótica e conclusão expendidas pelo eminente Relator, quando julga procedente, em parte, a presente representação para declarar a inconstitucionalidade, parcial, do art. 5º, VI, da Lei nº 9.319/07 e do Decreto nº 12.615/07, fazendo-o apenas para afastar a possibilidade de autuação e aplicação de infrações de trânsito, pela recém-criada Guarda Municipal de Belo Horizonte.

No caso, os judiciosos votos que me precederam, em igual divergência, expungem a *quaestio*, em prol dos requeridos. Com efeito, *ex vi* do art. 24, VI, do CTB (Lei Federal nº 9.503/97),

> Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição, executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito; [...].

O texto é claro. Como já dito nos brilhantes votos anteriores, neste feito a norma se amarra à sanção. Isso é princípio kelseniano, para quem a norma só se justifica na sanção, no que acrescento: sanção eficaz.

Não se compreenderia mesmo a interpretação, segundo a qual o poder de fiscalizar não teria, como consequência, a seu reboque, o de punir.

Isso feriria, dentre o mais, os princípios, explícito (eficiência) e implícito (indisponibilidade do interesse público), que são cogentes na redação do art. 37 da CF/88.

Ainda do mesmo Código, seu art. 280, § 4º, consigna que

> o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Da Lei municipal nº 9.319/07 e do correspondente Decreto que a regulamenta (12.615/07), extrai-se a possibilidade de o Município, dentro de sua perspectiva, legislar sobre polícia administrativa, de interesse local, incluindo-se nela matéria de trânsito e tráfego, não implicando isso desvio de função dos guardas municipais. *Ex vi* dos arts. 30, I, da Constituição da República; 171, I, *c*, da Constituição do Estado; e 24, I e VI, do Código de Trânsito Brasileiro, há uma simetria legal consagrando a constitucionalidade da norma em exame. Pois, se o próprio CTB conferiu ao Município a fiscalização do cumprimento das normas de trânsito, dentro de seus limites territoriais, não se lhe há exigir a criação de estrutura específica para o atendimento dessa atribuição.

Dessarte, reforça a constitucionalidade da questionada norma municipal o disposto no § 8º do art. 144 da Lei Maior, quando dispõe que "os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei".

Aliás, cabe trazer a lume do brilhante artigo do ilustre Professor José Nilo de Castro, Presidente do Instituto de Direito Municipal, publicado no *Estado de Minas* de 24.10.2009, intitulado "Guarda polêmica", as oportunas lições, *verbis*:

> o trânsito e o tráfego nas vias municipais, notadamente no perímetro urbano, são exclusivamente da competência municipal, cuja organização e execução se ordenam pelas leis locais, como a previsão e definição de infrações e de sanções aos infratores do trânsito e do tráfego municipais.

Após destacar os arts. 18, 29, 30, I, II e V, todos da Constituição da República, o ilustre Professor aduz

> que o Município de Belo Horizonte criou a Guarda Municipal, que tem previsão constitucional originária no universo competencial próprio. E, utilizando-se de sua competência constitucional, o Município, por lei específica, conferiu a agentes da Guarda Municipal, órgão de sua administração direta, o poder de autoridade de trânsito, que ele, o Município, detém explícita e implicitamente pela e na arquitetura constitucional. Reside aqui - nessa atribuição à Guarda Municipal de atuar como autoridade de trânsito, sem se superpor aos agentes da BHTrans, mas em regime de colaboração - a materialização da previsão constitucional secundária no universo competencial municipal. É espécie de técnica de cogestão de condutas e de atos administrativos, produto de diálogos iterativos e construtivos entre entidades públicas, que após modernidade estatal desenvolve e empolga. Por conseguinte, as competências municipais explícitas na área de trânsito e de tráfego são acrescidamente reconhecidas pelos feixes ou blocos de competências, difundidos implicitamente no ordenamento jurídico, decorrentes da aplicação do princípio da confluência de identidades e de compatibilidades da organização e da prestação de serviços públicos.

E arremata dizendo que

> a Constituição da República e o CTB (arts. 24 e 25) asseguram aos Municípios a competência para os serviços de trânsito e de tráfego municipais. Na mesma direção, porque ao Município refoge a competência para cuidar da segurança pública e da polícia judiciária, essas atividades não poderiam ser conferidas à Guarda Municipal (salvo leis e convênio com o Estado, art. 241 da CR). Por ter o Município a competência constitucional e infraconstitucional plena para os serviços de trânsito e de tráfego, pode ele, por lei local específica, conferir a agentes municipais, mesmo com funções outras, condizentes, todavia, com o princípio da similaridade da natureza jurídica de suas respectivas atribuições, a condição de autoridade de trânsito, como fez o Município belo-horizontino, legítima e constitucionalmente pela lei municipal ora questionada pelo Ministério Público estadual.

Com esses despretensiosos acréscimos, rogando vênia ao eminente Relator e aos demais que o seguiram, julgo improcedente o pedido nesta fustigada representação.

É como voto.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente, pela ordem.

Quero adiantar meu voto.

Igualmente, rejeito as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, exponho.

A historicidade do direito, citada em erudito voto precedente, de fato, deve contribuir para o julgamento desta ação, oferecendo-nos elementos interpretativos promotores de elevação de nossa consciência na apreciação da realidade nuclear e circundante que enfrentamos em relação aos fatos que envolvem o tema principal

abordado na presente ação, o que inclui atenção ao conturbado trânsito em Belo Horizonte. Sob o enfoque do Direito Público, é inegável que o assunto abarca "interesse local" (art. 30, I, CRFB/88).

Não obstante a realidade que resta evidente aos nossos olhos (e volantes), embora seja sugestivo, não devemos apreciar e julgar o pedido com base nos reiterados dissabores que enfrentamos nas ruas, avenidas e cruzamentos desta Capital.

Os absurdos praticados pelos cada vez mais famosos (infelizmente) condutores de BH não devem revelar o que é ou o que deixa de ser assunto de "interesse local" (art. 30, I, CRFB/88) para decidirmos se a Guarda Municipal deve ou não fiscalizar o trânsito, inclusive mediante autuações. O desrespeito às normas de trânsito deve, sim, estimular, sempre, o debate entre Executivo e Legislativo para que concluam, por exemplo, acerca da possibilidade ou não de se ampliar o efetivo da Polícia Militar (que detém a competência para fiscalizar o trânsito) e de outras formas possíveis e válidas para que se altere o horizonte que se apresenta.

Considero, com a devida vênia, inconstitucional a interpretação ampliativa das normas contidas na Lei Municipal 9.319/07 e no Decreto nº 12.615/07 e que está sendo ora impugnada pelo Ministério Público. Interpretação essa que, de certa forma, vem transcendendo contornos criados pelo Sistema Nacional de Trânsito (e tráfego), mesmo diante da delimitada competência da Guarda Municipal ("proteção de seus bens, serviços e instalações"). Vale dizer, por conta de possível interpretação das aludidas normas, a competência legislativa do Município sobre assuntos de interesse local e a competência administrativa da Guarda Municipal para promover a proteção de seus bens, serviços e instalações não se atêm aos limites imaginados pelo constituinte.

Agora, eminentes Desembargadores, estamos decidindo se o Guarda Municipal pode ou não substituir o policial militar (ou o agente da BHTrans) na fiscalização (*lato sensu*) do trânsito em BH.

A propósito, não interessa, tecnicamente, ao julgamento atentar ao fato noticiado pela imprensa de que o Executivo pretende o efetivo cumprimento das normas ora questionadas pelo MP na consideração de que o policial militar sai mais caro aos cofres públicos do que o Guarda Municipal. Ainda que o julgador deva ter noções de política, economia, finanças, realidade social e, no caso específico, dos dramas vividos pelos usuários das vias de BH, certo é que, o porquê de não se ampliar o quadro da PMMG, visando maior efetivo na fiscalização do nosso trânsito, não deverá ser objeto do presente julgamento. Oficialmente, a questão é de cunho político e deverá ficar reservada às oportunas discussões no âmbito do Executivo e entre os parlamentares.

Igualmente, não vem ao caso aprofundar na análise de notícia (ou opinião) veiculada por jornal de grande circulação no Estado segundo a qual o próprio Executivo já não estaria mais convicto da legitimidade do seu projeto de inserir o Guarda Municipal na fiscalização ostensiva do trânsito de BH ou, ainda, de notícia (ou opinião) segundo a qual muitos dos parlamentares que contribuíram para a edição da norma questionada já teriam mudado seu pensamento. Inclusive, haveria um projeto de lei retirando o pretenso poder dos guardas municipais de fiscalizar o trânsito.

Realmente, em termos de historicidade deste julgamento, pesa a opinião pública. E nós contribuímos com a construção das ideias e pensamentos atinentes ao tema, na medida em que também fazemos parte do público que opina.

Certo é que minha opinião pessoal (leia-se, "minha insatisfação pessoal") em relação às ações e omissões na organização e fiscalização do trânsito de BH não poderia servir de "fiel da balança" em meu voto. Aliás, minha opinião não deve ser diferente de todos os demais cidadãos que utilizam as vias urbanas. De acordo com a opinião de muitos, quanto mais fiscalização, melhor. Mesmo porque a cultura brasileira no trânsito não será mudada (para melhor) da noite para o dia. Nem de uma legislatura para outra.

Enfim, voto com base em leitura interpretativa que procurei fazer, conscientemente, após vários estudos, acerca do sistema constitucional que envolve os temas propostos na presente ação.

Pois bem.

Estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu art. 144, que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Ferroviária Federal, das Polícias Civis e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Prevê, no § 8º do mesmo art. 144, que os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

O art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais reproduz a referida norma constitucional.

Por fim, a Lei Orgânica de Belo Horizonte estabelece, em seu art. 12, XIV, que compete ao Município constituir Guarda Municipal destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos da Constituição da República.

José Afonso da Silva registra:

> Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de Polícia Municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal

> não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de Polícia Judiciária (*Curso de direito constitucional positivo*. 22. edição, revista e atualizada até a EC nº 39, de 19.12.2002, p. 757 e 758).

A Guarda Municipal, portanto, é órgão público destinado à segurança pública na parte em que diz respeito à proteção de bens, serviços e instalações no âmbito municipal. Detém competência quanto à segurança nas áreas de atuação que lhe são atribuídas, nos limites da lei.

Por via da presente ação direta de inconstitucionalidade, questiona-se a possível interpretação do art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, que instituiu o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte, bem como o Decreto Municipal nº 12.615/07, na parte em que regulamentou o impugnado inciso IV do art. 5º da Lei Municipal 9.319/07, que autoriza a corporação a "atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito".

Observa-se que o texto não faz uso dos verbos "multar", "autuar", "notificar". Não obstante, questiona-se a possibilidade de a norma, mediante interpretação, permitir aos guardas municipais que procedam a autuações de trânsito, diante do conceito amplo de "fiscalização", que poderia abranger a própria aplicação de penalidades às infrações de trânsito.

O § 5º do art. 144 da CRFB/88 estabelece que a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública cabem às Polícias Militares. Especificamente, a definição legal de policiamento de trânsito, que não se confunde com a mera atividade de fiscalização, encontra-se fixada pelo Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro - CTB (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), nos seguintes termos:

> Policiamento ostensivo de trânsito - função exercida pelas Polícias Militares com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência às normas relativas à segurança do trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes.

Consoante o art. 142, I, da Constituição Mineira, o policiamento de trânsito em geral e a autuação de condutores competem à Polícia Militar:

> Art. 142. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa, do último posto, competindo:
> I - à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e a restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural; [...].

Em relação ao Município, a função conferida pelas Constituições Federal e Estadual à Polícia Militar é exclusiva, não podendo ser delegada à Guarda Municipal. A Polícia Militar compõe o Sistema Nacional de Trânsito, nos termos do art. 7º, inciso VI, do Código de Trânsito Brasileiro. Diferentemente, a Guarda Municipal não está arrolada como órgão integrante do Sistema Nacional de Trânsito. Vejamos:

> Seção II
> Da composição e da competência do Sistema Nacional de Trânsito
> Art. 7º. Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:
> I - o Conselho Nacional de Trânsito - Contran, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
> II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - Cetran e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - Contrandife, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
> III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> V - a Polícia Rodoviária Federal;
> VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
> VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - Jari.

Cumpre frisar que a matéria relativa a trânsito e a tráfego de veículos automotores pelas vias terrestres admite tríplice regulamentação (federal, estadual e municipal). Tratando-se de questão de interesse nacional, incumbe à União traçar as regras gerais e as diretrizes do trânsito e transporte (art. 22, XI, CF). A Lei 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro - constitui norma de caráter geral, destinada à regulamentação do "trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação" (art. 1º). Ao Estado-Membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território. Ao Município, compete cuidar das questões de trânsito e tráfego de interesse local, obedecendo às regras gerais federais e estaduais, de interesse de todos.

Inclusive, a Lei Orgânica de Belo Horizonte prevê, no art. 193, que lhe incumbe,

> respeitadas as legislações federal e estadual, planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário municipal.

Repriso: "respeitadas as legislações federal e estadual".

Os assuntos de interesse local, referidos no inciso I do art. 30 da Constituição da República, não conferem

ao Município exclusividade à sua competência para legislar. O ato de planejar, organizar e coordenar o trânsito e transporte deve abranger as peculiaridades locais, com vista ao desenvolvimento das atividades urbanas. Mas isso não quer dizer que o Município pode se valer da competência legislativa que a Constituição lhe destina para modificar normas constitucionais que definem o sistema de segurança pública e as regras nacionais previstas no Código de Trânsito Brasileiro.

José Cretella Júnior orienta:

> o Município está situado dentro do Estado, o qual por sua vez está situado dentro do País, que é a união indissolúvel dos Estados-Membros, e não há antinomia entre interesses locais e interesses gerais. O 'traço que torna diferente o interesse local do interesse geral é a predominância, jamais a exclusividade' (*apud* José Nilo de Castro, in *Direito municipal positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 165-167).

Ouvi de eminentes Colegas exposições jurídicas e interpretações acerca da matéria ora discutida. E, sob o enfoque da hermenêutica constitucional, confesso que não poderia deixar de manifestar minha preocupação com a interpretação que eleva o alcance do citado art. 30, I, da CRFB/88. Inquieta-me a possibilidade de a expressão "interesse local", sem as devidas precauções contra o casuísmo que a situação possa sugerir, provocar divagações, abstrações, imprecisões de certa forma provocantes, insinuantes e, enfim, aptas a credenciar invasão de competência legislativa.

O receio é de que algumas dessas interpretações, longe de reconhecerem, legitimamente, os limites da competência municipal em questões especificamente locais, venham a outorgar ao legislador municipal poder que não lhe compete (eis alguns exemplos de interesses locais colhidos da doutrina para fins de interpretação da norma constitucional: transporte coletivo municipal, fixação de mão e contramão nas vias urbanas, limites de velocidade e veículos admitidos em determinadas áreas e horários, locais de estacionamento, estações rodoviárias, fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes, coleta de lixo, ordenação de solo urbano, dentre outras que representem interesse predominantemente local). Se, por um lado, não se pode enumerar, exaustivamente, as hipóteses que representam "interesse local", visando delimitar a competência municipal, por outro lado, deve-se adotar extrema cautela para que o intérprete não seja levado, simplesmente, até onde sua imaginação (ou insatisfação com o trânsito de BH) permite, sem compromisso com o harmônico sistema de competências legislativas estabelecido entre os entes federativos.

Sobretudo, a temida invasão de competência legislativa, a vulnerar macro ou microssistemas constitucionais, pode se vestir (ou se mascarar) de retórica que se diz comprometida com a Constituição, mas que se esquece, na verdade, de que o Município dispõe de autonomia constitucional, e não de autonomia federativa. O Município pode se organizar, desde que observadas as regras gerais de interesse nacional. Não pode alterar o modelo nacional dos sistemas de segurança, de trânsito, de tráfego, que pressupõem conjunto e uniformidade. Tal ente federado pode elaborar regras próprias naquilo que não infringe o núcleo irredutível e essencial produzido pela lei federal, como é o exemplo, repito, do Código de Trânsito Brasileiro.

Registro, por oportuno:

> Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municipal, no exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta.
>
> A competência suplementar se exerce para regulamentar as normas legislativas federais e estaduais, inclusive as enumeradas no art. 24 da CF, a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das peculiaridades locais (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 872 e 873).

Os agentes da Guarda Municipal também dispõem do poder de polícia (valendo-me, aqui, do sentido amplo da expressão). Mas não em relação ao trânsito e ao tráfego. Seu poder de polícia se circunscreve à proteção de bens, serviços e instalações no âmbito municipal. Cumpre frisar, tal poder de polícia não engloba a autuação de infratores de trânsito. Em que pese a possibilidade de o Município instituir Guarda Municipal incumbida da proteção de seus bens, serviços e instituições, isso não importa em substituir ou fazer as vezes da Polícia Militar (ou da BHTrans, embora questionável sua legitimidade), exercendo o poder de polícia, notadamente no que diz respeito à fiscalização ostensiva do trânsito.

Data venia, observo que existe a tentativa de, via hermenêutica, inserir a proteção de bens, serviços e instalações do Município (que, por si só, já se revela como assunto de interesse local), em contexto que a norma geral criou como sendo o Sistema Nacional de Trânsito, que é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e cuja finalidade é o exercício das atividades, dentre outros, de policiamento, fiscalização e aplicação de penalidades. A Guarda Municipal não está arrolada como órgão integrante do Sistema Nacional de Trânsito, e o fato de ser incumbida da proteção de bens, serviços e instalações não a credencia a tanto.

Tal como concluiu a Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, no Parecer Conjur/MCidades nº 1.409/2006, divulgado pelo Denatran e que se encontra transcrito na peça inicial e em voto precedente,

falece à Guarda Municipal competência para atuar na fiscalização de trânsito, incluindo o procedimento relativo a aplicabilidade de multas, também não detendo legitimidade para firmar convênio com os órgãos de trânsito objetivando tal fim.

Referida conclusão sintoniza-se com o pensamento de José Afonso da Silva:

> A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar (*Op. cit*., p. 758).

Com isso, não se pode ampliar, em sede hermenêutica, interpretação ao art. 5º da Lei Municipal 9.319/07 a autorizar a corporação a "atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito", ou seja, a permitir à Guarda Municipal Patrimonial multar, autuar, notificar motoristas no trânsito em Belo Horizonte. Trânsito e tráfego não são englobados no universo dos serviços e instalações que devem ser protegidos, e, também, dos bens públicos, que são os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (art. 98 do CC/2002) e especificamente definidos pelo art. 99 do CC/2002 e pela Lei Orgânica de Belo Horizonte, que estabelece, em seu art. 14: "Constituem bens municipais todas as coisas móveis e imóveis, direitos e ações que, a qualquer título, pertençam ao Município". O fato de as ruas e praças (locais de trânsito) serem bens públicos de uso comum do povo (art. 99 do CC/2002) não revela que a Guarda Municipal seja competente para "canetar" o infrator de trânsito. O mesmo se diz em relação às instalações de caráter público, aos serviços públicos e aos serviços de utilidade pública.

A Constituição Federal, alerta Alexandre de Moraes:

> [...] concedeu aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativas, de constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária (*Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 644).

Naturalmente, como órgão do Poder Público, a Guarda Municipal Patrimonial, quando houver necessidade e desde que na exclusiva proteção do patrimônio público, poderá até oferecer auxílio na organização e controle do trânsito exercido, exclusivamente, pelos agentes oficiais que integram os órgãos de trânsito tidos como competentes (no caso é a Polícia Militar, conforme exposto, e alguns até entendem que também é o caso da BHTrans, não obstante a competência desta última também estar sendo questionada na Justiça). Mas a Guarda Municipal Patrimonial não pode, repito, exercer, diretamente, poder de polícia no trânsito e tráfego, o que inclui dizer que não pode multar, autuar e notificar supostos infratores de trânsito em Belo Horizonte.

Ilustro meu entendimento com respeitável doutrina de Cássio M. Honorato:

> A partir da noção de policiamento de trânsito, e do contido no art. 144, § 5º, da CR/88, afirma-se que as atividades de polícia ostensiva, prevenção de acidentes e orientação dos usuários das vias terrestres somente poderão ser exercidas por policiais militares, vez que à Polícia Militar compete, com exclusividade, exercer a atividade de policiamento ostensivo. Sustenta, aliás, Alvaro Lazzarini tratar-se de função 'indelegável a outros órgãos, seja por lei, atos administrativos ou ajustes, como são os convênios administrativos'. Em acréscimo, adverte o autor que 'as autoridades policiais militares não podem e nem devem abdicar do Poder de Polícia que lhes é inerente, inclusive o relacionado à Polícia de Trânsito, típica manifestação de Polícia Administrativa [...]'.

Assim, outros órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, interessados em executar atividades relacionadas ao policiamento de trânsito, somente poderão fazê-lo por meio da Polícia Militar, celebrando-se convênios na forma dos arts. 23, inciso III, e 25 da Lei de Trânsito. Nesse sentido, acrescentam Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro:

> Quando o órgão executivo de trânsito não está integrado no órgão de segurança do Estado, do qual é parte a Polícia Militar, faz-se mister um convênio para harmonizar a competência da autoridade de trânsito com a competência para o policiamento ostensivo, fardado.

Visto o conceito de policiamento ostensivo e compreendida a competência exclusiva atribuída às Polícias Militares, conclui-se que a realização de atividades voltadas à abordagem e imobilização de veículos em vias terrestres, fiscalização de documentos, prevenção e orientação de condutores (ou seja, atividades vulgarmente denominadas *blitz*, "comando" ou "operação conjunta" - como consta do termo circunstanciado referido na introdução) somente poderão ser promovidas (em uma sociedade que afirma ser um Estado Democrático de Direito) por agentes estatais devidamente habilitados pela Constituição; ou seja, a atividade de policiamento ostensivo é função constitucional exclusiva e indelegável das Polícias Militares (ressalvada a competência da Polícia Rodoviária Federal).

Ressalta o Desembargador Alvaro Lazzarini que

> não há, em Direito Administrativo, competência geral ou universal. A competência sempre decorre de lei e por ela é delimitada. A competência das Polícias Militares deriva da Constituição da República.

Sustenta-se, assim, a incompetência dos órgãos municipais de trânsito (e das guardas municipais) para exercerem a função de policiamento ostensivo, e, via de consequência, as atividades de policiamento de trânsito, abordagem e imobilização de veículos que trafegam em vias terrestres.

Destacam-se, na decisão abaixo transcrita, algumas consequências relacionadas à ausência de competência:

> O art. 144, § 8º, da CF limita a função do Guarda Municipal. Não sendo inerente à sua função, a revista pessoal realizada por Guarda Municipal, sem motivo justificador, é ilegítima, e contamina a prova obtida, assim como o que dela derivou. Assim, a invasão ao direito constitucional à intimidade torna ilegal a revista pessoal realizada por quem não tem poderes para tal, fazendo com que suas conseqüências também sejam nulas [...] (TACrim/SP, Ap. nº 1.270.983/9, 4ª CCrim., Rel.: Juiz Marco Nahum, j. em 18.09.01, v. u.).

Conclui o ilustre Professor, Promotor de Justiça/PR, Especialista em Trânsito e Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná que

> não pode a Polícia Militar permitir ou incentivar que outros órgãos (estaduais ou municipais) realizem atividade de policiamento de trânsito (Resistência à opressão: garantia implícita na Constituição de 1988, *Juris Plenum Ouro*, edição nº 7, maio de 2009).

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, atentou à restrição constitucional imposta à Guarda Municipal, concluindo:

> A Guarda Municipal não pode exercer serviços de trânsito nem, mesmo conveniada, exercer segurança pública, restringindo sua ação à defesa civil. Inconstitucionalidade parcial. Votos vencidos (TJRS - ADI 592052088 - TP - Rel. Des. Décio Antônio Erpen - j. em 21.12.1992).

Cito, ainda:

> Multa de trânsito. Guarda Municipal. - Não tendo a Guarda Municipal competência para aplicação de multas de trânsito, é de negar provimento ao recurso mantendo-se a r. sentença. Recurso improvido (TJSP - Ap-Rev 662.830.5/4 - (0002538080) - Franca - 2ª CDPúb. - Rel. Des. Lineu Peinado - *DJe* de 23.09.2009, p. 1.226).

Concluo por declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto (sem eliminação ou alteração da expressão literal da lei), do inciso IV do art. 5º da Lei nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, e do Decreto nº 12.615, de 19 de janeiro de 2007, do Município de Belo Horizonte, tendo em vista a possibilidade, via interpretação, de se ampliar o alcance da aplicação de tais normas legais, em desconformidade com a Constituição da República, permitindo-se, eventualmente, à Guarda Municipal Patrimonial inconstitucional atuação na fiscalização do trânsito e do tráfego, no âmbito do Município de Belo Horizonte.

Enfim, na consideração de que o amplo conceito de "fiscalização" possa sugerir indevida transferência à Guarda Municipal do poder de polícia da Polícia Militar junto ao trânsito e tráfego em Belo Horizonte, com base em eventual interpretação inconstitucional dos dispositivos legais ora impugnados, acompanho o douto Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente, pela ordem.

Tenho um complemento de voto escrito.

Diante da articulada argumentação trazida na sessão passada, e não estando esta devidamente analisada no voto por mim proferido, passo a novamente discorrer sobre tema.

Dois foram os pontos trazidos nos votos contrários, um primeiro de ordem prática, ligada à necessidade proeminente de maior fiscalização e contenção de abusos no caótico trânsito desta Capital, e um segundo puramente técnico interpretativo em que se defende a autonomia municipal para legislar sobre trânsito, a extensão que se deve dar à locução "proteção de bens" e, ainda, a necessária efetividade desta proteção. O primeiro aspecto, embora relevante, depende necessariamente das conclusões obtidas pelo segundo, razão pelo qual a este me dedico.

De fato, não há dúvidas de que pode o Município, no gozo de sua competência constitucional, legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre trânsito e tráfego e, ainda, que, em não havendo limitação ao tipo de bem a ser protegido pela Guarda Municipal, incluem-se tanto os de uso comum do povo, quanto os de uso especial e dominical.

Ocorre que legislar sobre trânsito local não implica dizer outorgar à Guarda Municipal a atribuição de nele atuar. É que a mesma Constituição Mineira, que, em seu art. 171, I, *c*, atribuiu ao Município tal competência, alguns dispositivos antes, ou seja, nos arts. 138 e 142, outorgou à Polícia Militar, de forma expressa, a função de polícia ostensiva de trânsito urbano e às guardas municipais, se e quando criadas, apenas e tão somente a proteção de seus bens, serviços e instalações.

Emanam do cotejo desses dispositivos constitucionais duas conclusões. A primeira é que a competência legislativa municipal em relação ao trânsito não alcança a função de polícia ostensiva, outorgada pela própria Constituição Estadual, como dito acima, à Polícia Militar. Raciocínio inverso, insta salientar, traria a indesejada superposição de órgãos na execução de uma mesma atividade e, portanto, a desarmonia entre os dispositivos constitucionais e os entes federados.

Sobre o tema colaciono brilhante lição da Professora e Procuradora do Estado, Raquel Melo Urbano de Carvalho, no Parecer nº 14.742. A saber:

> Exige-se daqueles que integram os Poderes do Estado cuidados mínimos quando da análise da legitimidade de instituir novas estruturas e de prever suas competências, para evitar que estas nasçam e se proliferem sem nenhuma necessidade real que as evidencie como empiricamente necessárias, em manifesta contrariedade com texto constitucional. Outrossim, a superposição de órgãos destinados ao exercício de uma mesma atividade, com nociva dispersão dos recursos públicos, é situação que torna imperioso o controle da juridicidade das medidas legislativas, para que a máquina administrativa funcione de modo eficiente, sem omissões e sem excessos inconstitucionais.
> Não se trata de recalcitrância em reconhecer a autonomia municipal, mas de lhe reconhecer a exata competência outorgada pela Constituição. Embora seja certo que o Município tem competência legislativa e administrativa em se tratando de assunto de interesse local, não é lícito pretender aí incluir matéria que a própria Constituição expressamente atribuiu a outro ente federativo, retirando do alcance municipal a possibilidade de atuar na seara.

Mais à frente completa:

> Não se pode olvidar que a falta e a demasia são igualmente prejudiciais ao interesse público, mormente se terminam por descumprir os paradigmas normativos de regência. Impõe-se perseguir o equilíbrio na definição de atribuições reconhecidas ao terceiro integrante da peculiar federação brasileira, de modo que não lhe retire nenhum poder inerente à sua autonomia político-administrativa e, simultaneamente, de modo que não lhe outorgue competência além dos limites constitucionais.
> Consoante já se ressaltou, a possibilidade de um Município organizar-se (autonomia político-administrativa) não traz ínsita autorização de as leis locais ignorarem os dispositivos constitucionais de regência. Mesmo porque a Constituição da República, em seu art. 144, parágrafo oitavo, ao conferir permissibilidade com vista à criação das guardas pelos Municípios, não excepcionalizou outra forma de atuação além das atividades expressamente mencionadas no parágrafo oitavo. Nesse contexto, qualquer interpretação extensiva que ignore a norma superior que serve de fundamento ao instituto compromete, de modo insanável, o equilíbrio federativo tal como delineado na CF.

Ainda nessa primeira conclusão cabe a pergunta, se não pode o Município legislar sobre a fiscalização e autuação no trânsito, estas, vale dizer, funções próprias do caráter ostensivo atribuído constitucionalmente à Polícia Militar, sobre quais aspectos lhe é permitido? A resposta é sobre todos os outros, desde políticas públicas voltadas ao tema até mudanças de sinalização, implemento de estacionamentos rotativos e autorizações especiais para o tráfego de determinado veículo em áreas específicas.

Superada essa primeira conclusão, passo ao exame da segunda, que remete à interpretação, necessariamente restrita, que se deve dar às atribuições conferidas à Guarda Municipal.

Quando se fala em proteção de bem e instalações municipais, sejam eles de uso comum, especial ou dominical, vem à mente a atuação positiva no sentido de evitar danos as suas estruturas físicas, ou seja, proibir que alguém, ou mesmo alguma coisa, deprede uma praça, uma rua ou um prédio público, bem como seus acessórios, por exemplo, bancos, lixeiras, poste de luz e vegetação, e não, vale dizer, a responsabilidade por tudo que se passa nessas dependências. O mesmo se diz em relação à proteção aos serviços.

Se assim não fosse, estaria a Guarda Municipal obrigada, por dever de ofício, a combater toda a crescente criminalidade ocorrida nas ruas, pois, se o criminoso "usa" a via para bater a carteira da vítima e esta, segundo a interpretação dada, está sob a proteção ampla da Guarda Municipal, nada mais "lógico" que ela atue visando coibir a infração e, se não atuar, responderá o agente por omissão. Isso, entretanto, certamente não foi o que pretendeu o legislador constituinte ao regulamentar o tema.

Não é porque a infração de trânsito (administrativa), ou mesmo penal, se deu nas dependências de atuação da Guarda Municipal que, automaticamente, desta passa ser a responsabilidade. Devemos levar em consideração, a bem da verdade, a competência para atuação de cada órgão delineada na Constituição.

Colaciono, mais uma vez, os artigos da Constituição Mineira que tratam do tema:

> Art. 138. O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República.
> [...]
> Art. 142. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:
> I - à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural; [...].

Assim sendo, somente a infração de trânsito causadora de dano ao bem público (a rua, a praça) seria capaz de legitimar o agente da Guarda Municipal a agir em sua defesa, não como fiscalizador de trânsito, é bom que se diga, mas sim como legítimo vigilante patrimonial.

O veículo estacionado há mais tempo que o permitido em área abrangida pelo estacionamento rotativo, o automóvel que ultrapassa o sinal vermelho e a motocicleta em alta velocidade não causam, em absoluto, lesão ao patrimônio protegido, mas sim ao interesse social e, em certa instância, à própria ordem pública.

Registro, por oportuno, que, embora a previsão de instauração da Guarda Municipal venha na Constituição Federal em seu capítulo destinado à Segurança Pública,

e na Constituição Mineira em uma subseção com o mesmo nome, nos dois diplomas, quando se elencam de forma expressa e exaustiva os órgãos que detêm o dever de nesta área atuar (art. 144 da CR e art. 136 da CE), não há referência à Guarda Municipal, o que releva notar que a esta, tal qual um outro cidadão qualquer, cabe apenas a possibilidade de atuação, e não o dever.

O poder de polícia atribuído à Guarda Municipal não se confunde com o policiamento ostensivo para fins de vedação de infrações de trânsito, competência exclusiva da Polícia Militar. Trago lição de José dos Santos Carvalho Filho sobre o assunto:

> Apenas com o intuito de evitar possíveis dúvidas em decorrência da identidade de vocábulos, vale a pena realçar que não há como confundir polícia-função com polícia-corporação: aquela é a função estatal propriamente dita e deve ser interpretada sob o aspecto material, indicando atividade administrativa; esta, contudo, corresponde à idéia de órgão administrativo, integrado nos sistemas de segurança pública e incumbido de prevenir os delitos e as condutas ofensivas à ordem pública, razão por que deve ser vista sob o aspecto subjetivo (ou formal). A polícia-corporação executa freqüentemente funções de polícia administrativa, mas a polícia-função, ou seja, a atividade oriunda do poder de polícia, é exercida por outros órgãos administrativos além da corporação policial (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Editora Lumen Juris, 2008, p. 68).

Caso, por exemplo, uma rua esteja com o tráfego (veículos e pedestres) proibido, por causa de uma obra municipal, e a Guarda esteja zelando pelo cumprimento deste comando, se alguém infringir a vedação, o agente municipal não poderá multá-lo na forma do Código de Trânsito, mas, como forma de fazer valer sua autoridade, poderá se opor fisicamente à transgressão e, diante da impossibilidade, detê-lo por desobediência ou mesmo, se for o caso, por desacato, entregando-o à Polícia Militar para que lavre o boletim de ocorrência e tome as providências cabíveis.

Não se trata, portanto, de norma meramente decorativa (moral), mas sim norma jurídica, passível de ser efetivada através de restrição imposta pelo agente ao seu transgressor.

Diante do exposto, reafirmo que a Guarda Municipal pode atuar no trânsito de forma limitada aos preceitos constitucionais, age, portanto, como coadjuvante junto aos legítimos detentores da competência nas atividades relacionadas ao trânsito.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. CARREIRA MACHADO. VOTARAM JULGANDO IMPROCEDENTE O DES. RONEY OLIVEIRA E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, O DES. NEPOMUCENO SILVA. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE, ACOMPANHANDO O RELATOR, OS DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO E ARMANDO FREIRE E, ACOMPANHANDO O REVISOR, O DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela Prefeitura Municipal de BH, os Drs. Marco Antônio de Rezende Teixeira e Gustavo Alexandre Magalhães.

DES. SÉRGIO RESENDE (Presidente) - O julgamento deste feito, após rejeitadas as preliminares, à unanimidade, foi adiado na sessão do dia 14.10.2009, a pedido do Des. Roney Oliveira, depois de votarem dando provimento parcial o Relator e o 1º Revisor. Em adiantamento de voto, o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro acompanhou o Relator, o Des. Herculano Rodrigues acompanhou o 1º Revisor.

Julgaram improcedente os Desembargadores Célio César Paduani, Jarbas Ladeira, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Ernane Fidélis, Belizário de Lacerda, Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Sebastião Pereira de Souza e Bitencourt Marcondes.

Na sessão do dia 28.10.2009, pediu vista o Des. Carreira Machado.

Votaram julgando improcedente o Des. Roney Oliveira e, em adiantamento de voto, o Des. Nepomuceno Silva.

Em adiantamento de voto, julgaram parcialmente procedente, acompanhando o Relator, os Des. Kildare Carvalho e Armando Freire, e acompanhando o Revisor, o Des. José Francisco Bueno.

Com a palavra o Des. Carreira Machado.

DES. CARREIRA MACHADO - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais contra o art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, que dispõe que "compete à Guarda Municipal de Belo Horizonte atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito".

Pedi vista dos autos e, após detida análise de todo o processado, tenho que a ação deve ser julgada procedente, visto que coaduno com o entendimento de que cabe à Guarda Municipal, nos termos das disposições constitucionais, proteger bens, serviços e instalações públicas, não cabendo a ela agir como órgão de coordenação, fiscalização ou repressão ao tráfego.

Ante o exposto, declaro parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, nos termos do voto proferido pelo Primeiro Vogal, Des. Alexandre Victor de Carvalho.

DES. ALMEIDA MELO - Alega-se que o art. 5º, VI, da Lei nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007 e o art. 1º do Decreto nº 12.615, de 19 de janeiro de 2007, do Município de Belo Horizonte, são inconstitucionais por ofenderem o art. 138 da Constituição do Estado, que permite ao Município constituir guardas municipais para

a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República.

Quando a Assembleia Nacional Constituinte (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte* - Suplemento "C", p. 44) instituiu as guardas municipais, havia proposta do constituinte Bernardo Cabral - Substitutivo 2 - de que às guardas competiria a proteção do patrimônio municipal, além do que dispusessem as constituições estaduais. O constituinte Ibsen Pinheiro, na reunião de 6 de dezembro de 1987, alertou aos integrantes da Comissão de Sistematização que a oração intercala as expressões "além do que dispuserem as constituições estaduais", criando o risco de a Constituição Federal abrir permissivo que poderá levar, em algum caso extremo, a que, eventualmente, constituições estaduais atribuam funções repressivas à Guarda Municipal. Ponderou Ibsen que o sistema de segurança foi definido exaustivamente no texto aprovado naquela tarde e que as guardas municipais têm outra função, de colaboração para a ordem dos serviços municipais. Por isso, ofereceu definição que lhe pareceu adequada: "Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção das instalações e dos serviços municipais". Concluiu seu pronunciamento afirmando que, sempre que necessária, a ação da Guarda Municipal, para a proteção, para a ordenação dos serviços municipais em parques, nas repartições municipais, elas prestarão esses serviços à comunidade, mas jamais poderão ser confundidas, eventualmente, num texto constitucional estadual como integrantes do sistema de segurança, que, no plano do Estado, limita-se às Polícias Civil e Militar e, no plano da União, estão definidas claramente.

Na oportunidade, o constituinte José Maria Eymael teve uma dúvida e solicitou ao autor do texto que esclarecesse se uma praça pública é considerada instalação. O constituinte Nelson Carneiro antecipou-se e disse: é um bem. Aí o 4º Vice-Presidente da Comissão de Sistematização, no exercício da Presidência, constituinte Fernando Henrique Cardoso, concluiu: "claro, tem que proteger o patrimônio".

Prevaleceram, no texto definitivo, instalações, bens e serviços.

A legislação sobre trânsito e tráfego foi debatida na Comissão de Organização do Estado, em sua reunião de 12 de junho de 1987, conforme consta do *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento). Foi afirmada a competência privativa da União.

Quanto à competência municipal para organizar e prestar os serviços públicos de predominante interesse local, o assunto encontra-se debatido na Comissão de Organização do Estado da Assembleia Nacional Constituinte, em sua reunião de 12 de junho de 1987 (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte* - Suplemento - p. 64-65). O constituinte Mello Reis pretendeu incluir as expressões inclusive tráfego, sinalização, trânsito e arrecadação de multas de trânsito. Informou que as cidades americanas arrecadam 30% de sua receita em multas de trânsito. Observou que o Estado arrecada essas multas e, na maioria das vezes, o Município não tem qualquer participação. Encaminhando a votação em sentido contrário o constituinte Del Bosco Amaral salientou que a cidade de Santos tem o seu Departamento Municipal de Trânsito e arca com todas as despesas de sinalização, recebendo muito pouco do fundo nacional e estadual com a arrecadação das multas. Advertiu para o perigo de que, nos Municípios pequenos e médios, os custos da implantação do serviço não serem recompensados pela arrecadação das multas. O Relator, constituinte José Richa, sustentou que, se incluísse tráfego, sinalização e trânsito, por questão de equidade, teria de incluir também cemitério, iluminação pública, parques e jardins. Esquecendo-se de alguma competência, estaria tolhendo a autonomia dos Municípios. A emenda foi rejeitada da mesma forma que se considerou prejudicada outra, do mesmo autor, que incluía na competência do Município criar e regular o funcionamento de Guarda Municipal subordinada administrativamente ao Prefeito Municipal. O constituinte Mello Reis explicou que, se não constassem, no texto constitucional, as prerrogativas não comumente regulares no Município, será este impedido de ter tais atividades. Assegurou que os Municípios não poderiam arrecadar multas de trânsito, nem policiar o trânsito, nem ter sua Guarda Municipal, porque o Estado não lhe permitiria isso (p. 78). É verdade que, em outra etapa, o constituinte Mello Reis propôs explicitar que a polícia administrativa do Município seria exercida exclusivamente nas vias públicas municipais exatamente porque na área municipal existem vias públicas federais, estaduais e municipais. O constituinte Mello Reis partia do pressuposto de que a legislação sobre trânsito e tráfego seria tripartite - da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e admitiu que os pequenos Municípios, que não se julgassem estruturados para exercer o poder de polícia de trânsito, se conveniassem com os respectivos Estados a fim de utilizar a Polícia Militar ou a própria Polícia Civil para essa finalidade. Essas proposições não prosperam na Assembleia Nacional Constituinte (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte* - Suplemento - p. 146).

As guardas municipais são, atualmente, matéria da Constituição da República, disciplinadas que se encontram por seu art. 144, § 8º, o qual diz: "Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei."

Como foi explicado, a partir dos debates ocorridos no ambiente da Assembleia Nacional Constituinte, o papel das guardas municipais diz respeito à conservação dos bens, instalações e serviços municipais. Não se entende aí que a polícia de trânsito, quando se refere à

utilização de vias públicas municipais, signifique custódia de praça, jardim, rua ou edifício público de uso especial. A função da polícia de trânsito significa segurança às pessoas e bens que se encontram em trânsito e tráfego, e os bens públicos são somente o espaço dentro do qual se exerce essa segurança, da mesma forma que a atividade policial ostensiva, por ser realizada nas ruas, não equivale à guarda de bens públicos.

No Município de Belo Horizonte, a Guarda Municipal foi bem posta pela Lei nº 8.486, de 20 de janeiro de 2003, que a denominou apropriadamente de Guarda Municipal Patrimonial, tendo por atribuições:

> [...]
> I - proteção dos bens e instalações do patrimônio público de Belo Horizonte;
> II - serviços de vigilância de portaria das administrações direta e indireta;
> III - auxiliar nas ações de defesa civil sempre que em risco bens, serviços e instalações municipais e, em situações excepcionais, a critério do Prefeito;
> IV - auxiliar permanentemente o exercício da fiscalização municipal sempre que em risco bens, serviços e instalações municipais e, temporariamente, diante de situações excepcionais, a critério do Prefeito.

A norma da Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 138, reproduz o texto federal: "O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República."

Tem-se aí norma constitucional estadual que reproduz norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Conforme decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação nº 383-3, São Paulo, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no *DJ* de 21 de maio de 1993, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante este eg. Tribunal, com possibilidade de recurso extraordinário, se a interpretação da norma estadual, que reproduz norma constitucional federal de observância obrigatória, contrariar o sentido e o alcance desta.

Quando a Constituição da República atribuiu às guardas municipais a proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios, somente reservou à lei disciplinar essa proteção.

Porém, tendo-se exaurido, no texto constitucional federal, a competência, sem haver permissividade à lei para acrescentar outras atribuições, o acréscimo que houver excede a Constituição e a ofende.

As normas de competência demandam interpretação estrita. Como se acha na doutrina de Carlos Maximiliano, competência não se presume. Uma vez assegurada, entende-se conferida com a amplitude necessária para o exercício do poder ou desempenho da função a que se refere a lei. Presumem-se exclusivas as funções conferidas a uma autoridade se o legislador não prescreveu, a respeito, evidentemente o contrário, pois a divisão do poder é a regra e a sua confusão, fato excepcional. Quando a norma atribui competência excepcional ou especialíssima, interpreta-se estritamente (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 3. tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 265).

Quando a Constituição permite elastério, conforme, por exemplo, o inciso IX do art. 129, ao tratar da competência do Ministério Público, refere-se expressamente a outras funções que forem conferidas. Até mesmo ao referir-se à competência do Presidente da República e à previsão de atribuições outras, no próprio texto constitucional, a Constituição menciona, expressamente, outras atribuições, conforme consta do inciso XXVII do art. 84. Ao tratar dos corpos de bombeiros militares, em seu art. 144, § 5º, a Constituição menciona expressamente a execução de atividades de defesa civil além das atribuições definidas em lei.

Nos demais casos dos órgãos destinados à Segurança Pública, a Constituição não posterga ou alonga competências. Vejam-se as atribuições da Polícia Federal (art. 144, § 1º); da Polícia Rodoviária Federal (art. 144, § 2º); da Polícia Ferroviária Federal (art. 144, § 3º); das Polícias Civis (art. 144, § 4º) e das Polícias Militares (art. 144, § 5º). As referências à forma da lei são somente para que a lei determine o *modus faciendi*, sem haver previsão de que a lei possa estabelecer novas competências.

Conclui-se, pois, que a Constituição da República não pretendeu ensejar às constituições estaduais ou às leis em geral alongamento das competências por ela definidas para as guardas municipais.

A polícia do trânsito e do tráfego pode, em alguns casos, ser matéria de interesse local e, por seu conteúdo material, compatível com a competência dos Municípios, fixada no art. 30, V, da Constituição.

A inconstitucionalidade de sua inclusão, por constituição ou lei estadual ou municipal, encontra-se não no fato de que tal serviço público não possa ser de predominante interesse local, porém pelo fato de não poder ser cabível nas atribuições das guardas municipais ante a falta de previsão constitucional.

Não bastasse a verificação técnica da inconstitucionalidade, justificadas são suas razões, nos planos da política administrativa. Não se entenderiam bem Estados e Municípios em situação na qual pudessem estabelecer contingentes de fiscalização paralelos, sob comandos distintos, visando tratar da polícia do trânsito e do tráfego. Os critérios e as prioridades correm o risco de serem diferentes e causarem aos cidadãos insegurança e perplexidade.

Admite-se, portanto, a cooperação do Município, desde que não se faça com a participação da Guarda Municipal - dada sua competência limitada pela

Constituição da República - de tal modo que haja unidade de comando e de ação. Como foi exposto, não basta apenas policiar. O órgão encarregado do exercício do poder de polícia deve dispor dos investimentos logísticos necessários à prioridade da ação pedagógica, à alocação de semáforos e de sinalização.

Há de ser considerado o preparo desigual dos quadros das Polícias Militares e das guardas municipais. Os policiais militares submetem-se a concursos públicos nos quais se exigem conhecimentos específicos, submetendo-se à prévia aprovação em cursos de preparação nas academias policiais, onde há a prática da disciplina e da hierarquia, próprias da carreira militar, bem como exigências impostas não só de higidez física e mental, como também de desempenho mínimo nos exames a que são submetidos os candidatos. Para essa finalidade, os investimentos dos Estados com academias, equipamentos, instalações e recursos humanos são bastante significativos.

O trânsito caótico nas grandes metrópoles, em que os investimentos públicos em equipamentos arquitetônicos não vencem o congestionamento de veículos, a falta ou escassez de aprendizado e solidariedade dos condutores, a inexistência de seguro compulsório que coloque a salvo os danos pessoais e materiais de terceiros, está a exigir adequação militar aos responsáveis por sua polícia, os quais devem portar tranquilidade de espírito, paciência, força física e moral necessária a superar dificuldades instantâneas que se acumulam constantemente para dar-lhes respostas imediatas e proporcionais. Sem desprezar que os guardas municipais são bem treinados, torna-se, nessas circunstâncias, irrenunciável o preparo militar, em ambiente de quartel que apenas se torna realidade no ambiente das Forças Armadas ou das Polícias Militares. A condescendência para ampliar o esquema da segurança do trânsito impõe risco adicional que não se justifica na ação de interpretar e aplicar as normas.

Não se compreenderá que os Municípios, sem esses investimentos, coloquem no meio do povo guardas municipais que se ombreiem com os policiais militares sem o mesmo preparo e dedicação. Principalmente quando os Municípios não suportam os investimentos, custos e despesas que suportam os equipamentos urbanos destinados a viabilizar a ação policial administrativa. Tratar-se-á de trabalho parasitário, isolado, destoante e, muitas vezes, conflitante com a ação policial militar. Esse tipo de trabalho não interessa à segurança do povo.

Em resumo, não se dispensa a cooperação municipal, ditada pelo interesse local, na polícia do trânsito e do tráfego. Essa cooperação há de ser efetivada mediante convênio ou consórcio, conforme predica o art. 241 da Constituição da República, na redação dada pela Emenda à Constituição nº 19, de 4 de junho de 1998 - Reforma Administrativa:

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Essa norma já se encontrava prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição da República, em seu texto original, com a previsão de leis complementares que fixarão normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional e com expressa menção, no inciso XII, à política de educação para a segurança do trânsito.

A gestão associada é indispensável à viabilidade e êxito do serviço comum, visando evitar o excesso de gestão que é tão danoso como a falta de gestão. Não se compreenderá que, tratando-se de serviço típico da segurança pública de competência dos Estados, os Municípios possam nele penetrar por conta e risco próprios, com o prejuízo grave de dividir e dispersar responsabilidade de forma altamente inconveniente ao interesse público.

Não se desconhece que o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo tem assimilado, em suas câmaras de Direito Público, a constitucionalidade da aplicação de multas de trânsito por Municípios paulistas.

Ao julgar a Apelação Cível nº 541.573-5/8-00, em 27 de novembro de 2006, de São Paulo, a Décima Câmara de Direito Público do Tribunal Paulista, Relatora a Desembargadora Tereza Ramos Marques, assentou que o art. 144, § 8º, da Constituição da República especificou a função típica da Guarda Municipal apenas para evitar conflito com as demais funções de segurança pública atribuídas às outras polícias previstas no mesmo art. 144. Esse fundamento prova demais, pois, apenas para argumentar, se a finalidade do referido § 8º foi precisar as atribuições para evitar conflitos, pela mesma razão não seria possível às constituições estaduais ou às leis municipais ou estaduais alongar o texto constitucional federal para estabelecer outros casos em que atuam as polícias estaduais e em que o conflito haveria, como é o da polícia de trânsito e tráfego.

Fundamentou-se também no art. 280, § 4º, do Código de Trânsito Brasileiro, segundo o qual o agente da autoridade de trânsito, competente para lavrar o auto de infração, poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista, ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O militar ou servidor militar será sempre da União, dos Estados ou do Distrito Federal. Não há hipótese de referência aqui à autoridade municipal, uma vez que nenhuma tem competência própria para polícia de trânsito e tráfego na via municipal. Embora o bem comum do povo seja munici-

pal, a polícia de trânsito e tráfego que nele se exerce não se confunde com o patrimônio ou a propriedade, mas incide sobre as ações ou omissões dos respectivos usuários.

Na Apelação Cível nº 880.994-5/1-00, de São José do Rio Preto, Relator o Desembargador Franco Cocuzza, julgada em 11 de maio de 2009, a Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal paulista limitou-se a verificar que a Constituição da República autoriza aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, sendo cabível dispor sobre trânsito urbano, fiscalização e autuação de veículos automotores por se tratar de assunto de interesse local, não existindo qualquer ofensa a princípio constitucional e estando demonstrado que a Administração Pública observou o princípio da legalidade, bem como o disposto na Carta Magna. O argumento está correto até o ponto em que se reserva mentalmente a competência privativa da União na legislação de trânsito e tráfego, que exclui, nessa matéria, a possibilidade de legislação municipal.

Finalmente, em 17 de agosto de 2009, no julgamento da Apelação Cível 745.340-5/2-00, de Araçatuba, de que foi Relator o Desembargador José Habice, a Sexta Câmara de Direito Público sustentou o primeiro argumento da Décima Câmara Cível, já exposto e que parece inadequado para a sustentação da constitucionalidade da norma municipal.

Não se tem notícia de julgamento do Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, levando em conta a causa de pedir da presente ação direta.

Na suspensão de tutela antecipada - STA 9/RJ -, o Ministro Maurício Corrêa deferiu, em 12 de novembro de 2003, publicada no *DJ* de 26 de novembro de 2003, o pedido de suspensão da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, atendendo a requerimento do Ministério Público, suspendeu os efeitos de todas as multas já aplicadas pelos funcionários da Guarda Municipal e os efeitos de novos autos de infração lavrados com violação das normas contidas no Código de Trânsito Brasileiro, sem prejuízo da apuração dos aspectos criminais que porventura envolvam as autuações. O fundamento jurídico foi de que a Guarda Municipal excede no cumprimento de suas funções e, também, da impossibilidade de ser outorgada a pessoa jurídica de direito privado o exercício do poder de polícia, sendo essa delegação contrária às disposições da Constituição Federal. A decisão do Ministro Maurício Corrêa foi fundada em que o risco da multiplicação de demandas contra o Estado do Rio de Janeiro e a preponderância do interesse público sobre o interesse individual determinavam a necessidade da suspensão da decisão do Tribunal fluminense. Na decisão, o Ministro salientou que não ingressava no mérito da ação civil pública e citou excerto da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. As questões que teriam sido trazidas na inicial seriam meramente formais, não se questionando o exercício da atividade administrativa ou mesmo de sua eficiência.

As normas impugnadas dão à Guarda Municipal de Belo Horizonte competência para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação unilateral do Prefeito (Lei nº 9.319, de 2007). São atribuições típicas de polícia de trânsito e de tráfego, subordinadas à determinação do Prefeito, sem a necessária participação do Estado, detentor do poder de polícia e sem a necessária previsão em lei, como determina o art. 241 da Constituição da República. Como foi posto no Direito Constitucional do Brasil, p. 1.289, é preciso evitar superposições e, principalmente, omissões, porquanto a falta de disciplina de convênios e de consórcios tem permitido estruturas paralelas e ensejado a retração das iniciativas por falta de definição de encargos e responsabilidades, como ocorre na Saúde Pública. A leitura desse artigo há de ser cuidadosa, visto que, por envolver os diversos entes que compõem a Federação, não poderá cada um deles legislar a seu respeito. Tendo em vista a maior amplitude dos poderes da União, as normas gerais deverão ser privativas dela.

Já o Decreto 12.615, em seu art. 1º, separa contingente para o exercício concomitante da referida tarefa conjuntamente com o que chamou de demais atribuições da Guarda Municipal - quando, a rigor, trata das atribuições constitucionais desta - e determina treinamento específico para realização dessa função. Há, pelo exposto, evidente contrariedade à norma da Constituição do Estado, que reproduz a norma federal.

Após grande meditação sobre o tema, concluí que não podia aderir a nenhuma das respeitáveis correntes de opinião que se formaram nesta eg. Corte Superior. Não é admissível o poder de polícia sem sanção. Seria a desmoralização da polícia administrativa. O enfrentamento da tese da lei não permite que se vá além dela para se extrair interpretação ou aplicação que seria caso de jurisdição concreta, incabível no controle direto ou abstrato como o que foi proposto. Os diversos fundamentos constitucionais já referidos repelem, finalmente, as normas municipais questionadas.

Com respeitosa vênia, julgo procedente a ação e declaro inconstitucional o art. 5º, VI, da Lei nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, e o art. 1º do Decreto nº 12.615, de 19 de janeiro de 2007, do Município de Belo Horizonte.

DES. CLÁUDIO COSTA - Em representação de inconstitucionalidade, busca o Ministério Público Estadual impugnar o teor do art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, que autoriza a Guarda Municipal a autuar e a aplicar infrações administrativas de trânsito.

Da detida análise que fiz da demanda, pude concluir por acompanhar os votos que sinalizaram pelo acolhimento da representação, com declaração de

inconstitucionalidade, sem redução do texto, do art. 5º, VI, da indicada Lei Municipal.

É que, dentre os princípios estabelecidos que devam ser observados obrigatoriamente pelos Estados-Membros e Municípios, está aquele relativo às funções específicas da Guarda Municipal - art. 144, § 8º, da Constituição Federal, destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações municipais.

Já no âmbito estadual, a destinação constitucional das guardas municipais também só poderá ser aquela estabelecida no art. 138 da Constituição do Estado, isto é, "proteção de seus bens, serviços e instalações".

Do exame de tais disposições constitucionais, não se observa qualquer possibilidade de alargamento das atribuições das guardas municipais, como pretende o art. 5º, VI, da Lei 9.319/2007.

Logo, diante da vedação constitucional implícita, tem-se que defeso é à Guarda Municipal a possibilidade de interferência na propriedade particular dos cidadãos, através da lavratura de multas, apreensões de bens particulares etc., na exata medida de que a destinação constitucional da Guarda Municipal - proteção dos bens, serviços e instalações do Município - coíbe o alargamento pretendido pelo Município.

José Afonso da Silva, que, ao dispor sobre a possibilidade da instituição das guardas municipais, afirma:

> Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não pode eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária.
> A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir 'guardas municipais' destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme a lei dispuser [...]. (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 661).

Aliás, como bem o ressaltou o eminente Des. Kildare Carvalho, em voto antecedente:

> [...] o reconhecimento da possibilidade de atuação da Guarda Municipal no auxílio ao controle do trânsito e tráfego no Município de Belo Horizonte não lhe confere o poder de polícia propriamente dito, aquele ostensivo citado pelo art. 142, I, da CEMG, e atribuído à Polícia Militar [...].

Cabe ressaltar, de outro lado, que o Sistema Nacional de Trânsito, tal como preceituado pelo Código Brasileiro de Trânsito - Lei 9.503/97 - tem por finalidade e meta, conforme art. 5º, o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades e é composto, como se vê do art. 7º, pelos:

> I - o Conselho Nacional de Trânsito - Contran, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
> II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - Cetran e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - Contrandife, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
> III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> V - a Polícia Rodoviária Federal;
> VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
> VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - Jari.

Ora, da análise das finalidades inscritas no art. 5º do CTB em paralelo com o art. 144, § 8º, da CR/88 e, finalmente, com o art. 138 da CE/89, colhe-se que defeso é estender à Guarda Municipal, tal como vindicou o dispositivo questionado - art. 5º, VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, os poderes para atuar como polícia ostensiva e aplicação de sanções.

O TJSP, na mesma linha, assim decidiu:

> [...] A Constituição de 1988 atribuiu às guardas municipais a tarefa de proteção aos bens, serviços e instalações do Município, conforme dispuser a lei (art. 144, parágrafo 8º), não as fazendo auxiliares da Polícia Militar nem lhes conferindo função repressiva dos crimes (FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5, p. 246).
>
> As guardas municipais - escrevem dois estudiosos da matéria - só podem existir se destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação de ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à Polícia Militar e à Polícia Civil. (LEITE, Lesley Gasparini; GASPARINI, Diógenes. Guarda Municipal - criação e implantação - Constituição Federal - Constituição Estadual - Lei Orgânica do Município. *Boletim de Direito Municipal*, a. IV, n. 3, p. 203) (TJSP - 7ª CCr. de Férias - Apelação nº 288.556-3/0, Rel. Celso Limongi).

Daí que, acompanhando o eminente Relator, acolho, parcialmente, o pedido inicial, expungindo, sem redução do texto do art. 5º, VI, da Lei Municipal 9.319/2007 e Decreto 12.615/2007, a interpretação tendente a permitir à Guarda Municipal a autuação e aplicação de infrações de trânsito.

É como voto.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Após os acréscimos feitos pelo Des. Alexandre Victor de Carvalho, julgo parcialmente procedente a representação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de

Minas Gerais em face do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007, que institui o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte, e do Decreto nº 12.615/2007, que o regulamenta, ambos do Município de Belo Horizonte.

Inicialmente, coloco-me de acordo com o eminente Relator e com os votos precedentes quanto à rejeição das preliminares arguidas.

Quanto ao mérito da ação, diante da minuciosa análise do caso em apreço, a meu ver, entendo que, à semelhança do voto proferido pelo nobre e culto Des. Relator, bem como do Des. Primeiro Revisor, deve-se reconhecer a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, bem como do Decreto nº 12.615/2007, afastando a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte, pedindo respeitosas vênias aos eminentes Desembargadores que entendem de modo contrário.

Ora, dúvidas não há quanto à necessidade de impor uma maior fiscalização ao trânsito da Capital, de modo a frear os inúmeros e crescentes abusos cometidos pelos motoristas infratores diuturnamente, sobretudo levando em conta o crescente número da frota de veículos do Município.

Ademais, com a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 817.534, julgado em 10.11.2009, reconhecendo a ilegitimidade da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans - para impor multas por infrações no trânsito, tendo em vista tratar-se de uma sociedade de economia mista, e, assim, não poderia executar atividade lucrativa, como "policiamento, fiscalização e autuação de infrações de trânsito", já que tem uma "imensa capacidade arrecadatória diretamente decorrente do poder de polícia que vem sendo irregularmente exercido", tal questão merece uma atenção ainda maior.

O exercício do poder de polícia, cuja finalidade primordial é garantir e assegurar a paz social, para ser exercido de forma plena, necessita ser instrumentalizado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Com fulcro em seu art. 22, inciso XI, a Constituição Federal incumbe privativamente à União traçar as regras gerais e diretrizes sobre trânsito e transporte, o que não afasta a competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em "estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito" (art. 23, inciso XII, CF).

O Município, no gozo de sua competência atribuída pela Constituição Federal, tem autonomia para legislar sobre assuntos e questões atinentes à organização de trânsito e tráfego de interesse local, consoante previsão do art. 30, inciso I, da CF.

Não bastasse isso, a Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 171, alínea c, dispõe que:

> Art. 171. Ao Município compete legislar:
> I - sobre assuntos de interesse local, notadamente:
> a) o plano diretor;
> b) o planejamento do uso, parcelamento e ocupação do solo,a par de outras limitações urbanísticas gerais, observadas as diretrizes do plano diretor;
> c) a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos; [...].

Em seu art. 138, a Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que "o Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República".

Cabe aqui, transcrever também o enunciado no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, segundo o qual "os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei".

À semelhança do exposto pelo Des. Kildare Carvalho em seu voto,

> estamos diante de atividade de irrecusável interesse local, visto que somente ao Município será possível detectar os seus contornos, as necessidades da população e a forma cabível do exercício desta proteção aos bens, serviços e instalações municipais, inspirados sempre nos princípios constitucionais norteadores. Será legítima, assim, a atuação municipal tendente a regularizar uma situação fática específica, típica, sobre a qual não poderia a União ter legislado de forma minudente.

A Câmara Municipal de Belo Horizonte, por intermédio da Lei Municipal nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, aprovou o Estatuto da Guarda Municipal, definindo como sua competência, em seu art. 5º, inciso VI, dentre outras, "atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito".

Todavia, ainda que a referida lei municipal preveja tal competência, a meu ver, a Constituição Federal não outorgou à Guarda Municipal a atribuição de fiscalização, controle e orientação do trânsito e tráfego local.

Com efeito, os dispositivos acima transcritos, sobretudo aqueles que traçam a competência da Guarda Municipal, não podem ser encarados como uma autorização para uma ampliação das funções das guardas que por ventura vierem a ser criadas, por não ser esse o intuito do constituinte originário.

O texto constitucional, como sabido, não pode ser interpretado extensivamente, não havendo na Carta Magna palavras inúteis ou normas meramente exemplificativas passíveis de alargamento.

Assim, quando o constituinte originário pretendeu deixar a cargo da lei a criação e definição de órgãos, institutos e direitos, utilizou-se da expressão "a lei dis-

porá", não trazendo antes qualquer limitação, como o fez no caso em tela.

Lado outro, a Constituição do Estado de Minas Gerais, ao dispor sobre a Guarda Municipal em seu art. 138, como não poderia deixar de ser, tratou de remeter o legislador à Constituição Federal.

Desse modo, não é lícito, como está a acontecer em Belo Horizonte, atribuir à Guarda Municipal competência fora dos limites traçados na nossa Lei Maior. Soa-nos inconstitucional atribuir a esse órgão, mesmo que por via de lei municipal, competência para aplicação de penalidades no âmbito do trânsito. Eventual medida nesse sentido repercutirá em nosso ordenamento jurídico e criará outras dificuldades à Administração municipal.

Importante mencionar, ainda, que a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, admitiu com muita clareza que aos Municípios compete, no âmbito de sua circunscrição, instituir órgãos e entidades executivas com competência para exercer a fiscalização do trânsito, aí se incluindo a aplicação de penalidades.

Tal poder de polícia, em que pese a discussão acerca da legitimidade da BHTrans para a atuação no trânsito do Município de Belo Horizonte, por se tratar de um poder ostensivo, é atribuído à Polícia Militar, consoante previsão do art. 142, inciso I, da Constituição Estadual de Minas Gerais:

> Art. 142. A Polícia Militar, força pública estadual, é órgão permanente, organizado com base na hierarquia e na disciplina militares e comandado, em princípio, por oficial da ativa, do último posto da corporação, competindo-lhe:
> I - a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, defesa civil e proteção à fauna e à flora; [...].

A competência legislativa municipal, no que tange ao trânsito e tráfego local, não alcança a função de polícia ostensiva, outorgado pela Constituição do Estado à Polícia Militar, sob pena de ensejar superposição de órgãos na execução de uma mesma atividade e, assim, acabaria por gerar uma desarmonia entre os dispositivos constitucionais e os entes federados.

Não se podem estender à Guarda Municipal tais atribuições, visto que deve a mesma cuidar, exclusivamente, do patrimônio da Municipalidade, sem se imiscuir em outra área que não esta. E, no exercício dessa importante atividade, tem a Guarda Municipal o irrestrito apoio da população pelos relevantes serviços prestados.

Ora, não se olvida que a Guarda Municipal, que é órgão de segurança pública, não se apresenta como órgão ou entidade executiva de fiscalização do trânsito.

Aliás, ressalte-se que o Código de Trânsito Brasileiro prevê, em alguns artigos, a possibilidade de a Polícia Militar executar a fiscalização do trânsito, mas nunca a Guarda Municipal. Se quisesse o legislador federal permitir que esse último órgão também atuação com atribuição idêntica, faria previsão expressa nesse sentido ou, no mínimo, adotaria termos genéricos para se remeter aos órgãos de segurança pública.

O constituinte, com fulcro no art. 144, § 8º, da CF, ao versar sobre a criação das guardas municipais, cuidou de delimitar a sua atuação, estabelecendo que suas atribuições, no campo material, ficariam limitadas à proteção dos bens, serviços e instalações da Municipalidade, na forma da lei.

O texto constitucional remeteu a matéria ao legislador ordinário, que daria vida plena ao comando da norma. Mas a lei disporia apenas sobre os modos de execução e demais fatores relacionados às nuances administrativas, nunca ampliando o campo de atuação para acrescentar competência que o constituinte não estabeleceu.

A inclusão da Municipalidade no Sistema Nacional, por intermédio dos seus órgãos e entidades executivas de trânsito, nos termos dos arts. 5º e 7º da Lei nº 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, apenas autoriza o Município a atuar na condição de coadjuvante junto aos verdadeiros detentores da competência no cenário da segurança pública, nas atividades relacionadas ao trânsito. Não investiu o ente municipal de competência para atuar na segurança pública, com poderes para os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, política judiciária e aplicação de sanções, porquanto tal competência haveria de ter sido atribuída pela própria Constituição Federal, e isso efetivamente não se deu.

Dessarte, falecendo a Guarda Municipal de competência para atuar na fiscalização de trânsito, incluindo o procedimento relativo à aplicabilidade de multas, o pedido de declaração de inconstitucionalidade merece ser parcialmente acolhido, afastando-se a possibilidade de aplicação de multas e penalidades que ultrapassam o âmbito de competência da Guarda Municipal, sem redução do texto da lei.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, na esteira do voto do eminente Des. Relator, com os acréscimos do voto do Des. Primeiro Revisor, meu voto é no sentido de rejeitar as preliminares arguidas e *julgar parcialmente procedente* para declarar a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/2007 e do Decreto nº 12.615/2007, sem redução de seu texto, apenas para afastar a interpretação que permite à Guarda Municipal a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Súmula - VOTARAM JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE, ACOMPANHANDO O PRIMEIRO REVI-

SOR, OS DES. CARREIRA MACHADO E ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS. VOTOU JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE, ACOMPANHANDO O RELATOR, O DES. CLÁUDIO COSTA. VOTOU JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O DES. ALMEIDA MELO. ADIADO PARA A PRÓXIMA SESSÃO NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 283 DO RITJMG.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, os Drs. Marco Antônio de Rezende Teixeira e Gustavo Alexandre Magalhães.

DES. SÉRGIO RESENDE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 14.10.2009, a pedido do Des. Roney Oliveira. Na ocasião, após rejeitadas as preliminares, à unanimidade, votaram dando provimento parcial o Relator e o 1º Revisor. Em adiantamento de voto, o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro acompanhou o Relator e o Des. Herculano Rodrigues acompanhou o 1º Revisor. Julgaram improcedente os Desembargadores Célio César Paduani, Jarbas Ladeira, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Ernane Fidélis, Belizário de Lacerda, Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Sebastião Pereira de Souza e Bitencourt Marcondes.

Na sessão do dia 28.10.2009, pediu vista o Des. Carreira Machado, após votarem julgando improcedente o Des. Roney Oliveira e, em adiantamento de voto, o Des. Nepomuceno Silva. Em adiantamento de voto, julgaram parcialmente procedente, acompanhando o Relator, os Desembargadores Kildare Carvalho e Armando Freire, e, acompanhando o Revisor, o Des. José Francisco Bueno.

No dia 09.12.2009, o julgamento foi novamente adiado, nos termos do parágrafo único do art. 283 do RITJMG.

Com a palavra o Des. Brandão Teixeira, que se encontrava de férias na data da sessão anterior.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em mãos, autos de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais com o objetivo de contestar a validade do inciso VI do art. 5º da Lei Municipal nº 9.139/2007, que instituiu o Estatuto da Guarda Municipal de Belo Horizonte, e do Decreto Municipal nº 12.615/2007, que o regulamentou, ambos do Município de Belo Horizonte.

Os textos impugnados possuem a seguinte redação:

> Lei Municipal nº 9.319/2007:
> Art. 5º Compete à Guarda Municipal de Belo Horizonte:
> [...]
> VI - atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por disposição expressa do Prefeito;
> [...].
>
> Decreto Municipal nº 12.615/2007:
> Art. 1º Por força do disposto no inciso VI do art. 5º da Lei nº 9.319, de 19 de janeiro de 2007, a Guarda Municipal fica designada para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, no âmbito do Município de Belo Horizonte, devendo anteriormente adotar as seguintes medidas:
> I - separação de um contingente para o exercício concomitante desta tarefa com as demais atribuições da Guarda Municipal;
> II - treinamento específico para realização desta função.

O eminente Relator julgou parcialmente procedente a representação e declarou a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/2007 e do Decreto nº 12.615/2007, sem redução de texto, apenas para afastar a interpretação que permitisse a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

O eminente Revisor Des. Alexandre Victor de Carvalho, valendo-se da mesma técnica lançada no voto do eminente Relator (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) votou no sentido de afastar da legislação impugnada a interpretação que permitisse à Guarda Municipal a autuação e aplicação de infrações administrativas, bem como toda e qualquer forma de intervenção, inclusive de fiscalização livre, que não tivesse como fim específico a proteção de bens, serviços e instalações públicas municipais. Após, em complementação de voto, S. Ex.ª asseverou que o poder de polícia atribuído à Guarda Municipal não se confundiria com o policiamento ostensivo para fins de vedação de infrações de trânsito, competência exclusiva da Polícia Militar, e reafirmou que a Guarda Municipal poderia atuar no trânsito de forma limitada aos preceitos constitucionais, agindo, portanto, como coadjuvante junto aos legítimos detentores da competência nas atividades relacionadas ao trânsito.

Decreto Municipal nº 12.615/2007.

Pois bem. Peço vênia ao eminente Relator para divergir em parte, particularmente quanto à apreciação, em controle abstrato e concentrado, do Decreto nº 12.615/2007. O decreto regulamentar, segundo a doutrina e jurisprudência majoritária de nossos tribunais, mormente do eg. STF, não serve de parâmetro de controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Nesses casos, o que há, de fato, é crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade.

Art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 138, dispõe que o Município pode instituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição da República.

Sobre as guardas municipais, convém registrar as observações de dois grandes constitucionalistas nacionais.

José Afonso da Silva assevera:

> Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de Polícia Municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com qualquer responsabilidade específica pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que, sendo entidades estatais, não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança, e menos ainda de polícia judiciária.
> A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí, certamente, está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função da Polícia Militar. Por certo que não lhe cabe qualquer atividade de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, que a Constituição atribui com exclusividade à Polícia Civil (art. 144, § 4º), sem possibilidade de delegação às guardas municipais.
> Quanto às funções auxiliares do policiamento ostensivo, só serão admissíveis aquelas que se refiram a aspectos estáticos, como atendimento e orientação em postos policiais da Polícia Militar e sob a direção desta. Têm sido admitidos também convênios sobre a municipalização do trânsito, desde que isso não importe transferir aos Municípios o policiamento respectivo, reservado á Polícia Militar. Mesmo essa possibilidade tem sido contestada por alguns autores de nomeada, como é o caso de Diógenes Gasparini, para quem a prestação dos serviços de trânsito pelo Município ou por uma de suas empresas não tem como ser legitimamente sustentada: 'Não há qualquer valia no fato de que seu desempenho, nessa área, decorre de convênio celebrado com o Estado-Membro, que, por esse instrumento, lhe transferiu dita responsabilidade do policiamento ou fiscalização de trânsito. A municipalização desses serviços, porque violadora do que prescreve o ordenamento jurídico, não pode ser aceita, devendo os convênios que a permitiram ser denunciados'. Entendemos, porém, que, desde que seja reservado à Polícia Militar o policiamento do trânsito, os convênios são legítimos.
> O certo é que as guardas municipais não têm competência para fazer policiamento ostensivo nem judiciário, nem a apuração de infrações penais (*Comentários contextuais à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 638-639).

Pinto Ferreira assevera:

> Os Municípios podem instituir guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, de acordo com a lei.
> Os constituintes poderiam ter alargado as forças das guardas municipais, fazendo-as auxiliares da polícia militar e atribuindo-lhes funções repressivas do crime (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 246).

Como visto acima, as guardas municipais só podem existir se restritamente destinadas à proteção de bens, serviços e instalações dos respectivos Municípios. Logo, a norma impugnada, ao dispor sobre a competência para atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego à Guarda Municipal de Belo Horizonte, afasta-se do preceito constitucional estadual que reproduz a diretriz instituída pelo Constituinte Federal. Registre-se que a lei deve extrair sua validade do Texto Constitucional, e não o contrário.

A norma constitucional em referência é restritiva e não admite interpretação ampliativa. Convém registrar que o tema é de índole estritamente constitucional, e não cabe ao intérprete, diante da preferência do constituinte originário, dispor diferentemente e atribuir às guardas municipais funções que se confundem com as de policiamento ostensivo. Como visto, não quis o constituinte originário tornar as guardas municipais órgãos auxiliares da Polícia Militar no que se refere à polícia de segurança. Fiscalizar o trânsito, como pretende o dispositivo impugnado, não guarda sintonia com a proteção do patrimônio público municipal, porque sua atividade fiscalizatória, como as informações do Município de Belo Horizonte deixam claro, visará preponderantemente à ação dos condutores de veículos na condução dos mesmos em vias públicas e não se limitará apenas à proteção das referidas vias ou de qualquer instalação ou serviço municipal.

Alvaro Lazzarini assevera que:

> A fiscalização - como insiste Diogo de Figueiredo Moreira Neto - no caso específico da atuação da polícia de preservação da ordem pública - esta da competência exclusiva da Polícia Militar -, é que toma o nome de policiamento.
> Daí poder asseverar-se que, em absoluto, não é jurídico, dentro do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente, delegar-se poder de fiscalização de trânsito, previsto para a Polícia Militar, para qualquer outro órgão público, estadual ou municipal, pois trânsito, dizendo respeito à ordem pública, nos seus aspectos segurança pública e tranquilidade pública, tem a sua fiscalização tomada pelo nome de policiamento (*Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 319).

Na mesma toada segue a brilhante lição sobre o tema da Professora e Procuradora do Estado Raquel Melo Urbano de Carvalho já lembrada pelo eminente Des. Alexandre Victor de Carvalho. A citada autora assevera:

> Discussão a propósito da competência relativa ao exercício do poder de polícia ganhou importância, em face da criação, por vários Municípios, das chamadas guardas municipais. O art. 144, § 8º, da Constituição da República somente autoriza o Município a constituir Guarda Municipal destinada à proteção dos seus bens, serviços e instalações, sendo inadmissível que haja ampliação em qualquer outro diploma, inclusive em lei aprovada pela Câmara de Vereadores. Isto principalmente se a ampliação pretendida termina por usurpar competência como a segurança pública

> a ser exercida pelas Polícias Militares de corpos de bombeiros militares (art. 144, V, da CR). Afinal, o § 5º do art. 144 da CR prevê que à PMMG cabe a preservação da ordem pública e ao Corpo de Bombeiros a execução de atividades de defesa civil, não havendo atribuição de poder à Guarda Civil Municipal de prestação de segurança da comunidade, mas somente dos bens e serviços públicos.
> Em nenhum dispositivo da Constituição da República, encontra-se previsto poder de o Município zelar, diretamente, pela segurança dos cidadãos, mediante atividades de policiamento ostensivo, nem mesmo poder de fiscalizar o trânsito, incluindo-se aplicação das sanções cabíveis. E não há dúvida sobre a diferença entre proteger patrimônio público do Município e funcionar como instituição policial de segurança das pessoas (*Curso de direito administrativo*: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 360).

Enfim, o poder de polícia atribuído à Guarda Municipal não se confunde com o policiamento ostensivo para o fim de vedação de infrações de trânsito, de competência exclusiva da Polícia Militar, por expressa disposição da Constituição Mineira, *ex vi* de seu art. 142, inciso I:

> Art. 142. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:
> I - à Polícia Militar a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural; [...].

Enfim, à luz do art. 138 da CEMG, que repete as disposições do art. 144, § 8º, da CF/88, a atuação das guardas municipais devem apenas limitar-se à proteção de bens, instalações e serviços dos respectivos Municípios, não comportando ampliação para funções que extrapolem a proteção dos referidos bens.

À luz de tais considerações, julgo procedente a presente representação para declarar a inconstitucionalidade do inciso V do art. 5º da Lei Municipal nº 9.319/2007, do Município de Belo Horizonte.

É como voto.

Assinalo também que recebi substancioso memorial que me foi entregue pessoalmente pelo ilustre Procurador-Geral do Município. Sobre ele fiz algumas notas que passaram a compor meu voto, nas quais destaco algumas questões por ele suscitadas.

Notas sobre o memorial.

Itens 8 e 9: Princípios de Direito Administrativo, por mais comezinhos que sejam qualificados, não podem se sobrepor às normas constitucionais. Com a devida vênia daqueles que entenderam o contrário, parece clara a restrição colocada nos textos das Constituições Federal e Estadual às atribuições das guardas municipais. Querer elasticizar o texto constitucional para conferir atribuições a mais quando o texto quis restringi-las, *data venia*, soa como violência interpretativa aos dispositivos da Constituição.

Item 13: A alegação de que seria absurdo reconhecer competência ao Município para organizar e fiscalizar o trânsito e negar-lhe competência para punir os infratores, como arguido em memorial, revela que o propósito da criação da Guarda Municipal é de exercer atividade que não se comporta dentro da restrição constitucional que lhe foi imposta de apenas velar pela proteção de bens, instalações e serviços do Município.

Item 27: Com a devida vênia, não me parece correto afirmar que o Município, por meio de lei regularmente promulgada, possa atribuir a qualquer servidor público a competência necessária para cumprir seus deveres constitucionais. Há competências cujo exercício está atribuído a determinados órgãos, como a segurança pública e o policiamento ostensivo. A título de mera ilustração, seria impensável atribuir o exercício de Polícia Judiciária a agentes públicos somente pelo fato de que crimes e contravenções ocorrem em vias e instalações municipais.

Item 38: A princípio não estaria em discussão o exercício da fiscalização de trânsito por outros órgãos municipais, mas apenas a atribuição de outras funções à Guarda Municipal em face da restrição que os textos constitucionais impõem à atuação dela.

DES. PRESIDENTE - Após o voto do Des. Brandão Teixeira, a situação é a seguinte: pela improcedência, são doze votos; pela procedência parcial, em maior ou menor extensão, são dez votos; e pela procedência, são dois votos.

Sendo assim, considero que a votação está empatada, fazendo-se necessário que eu profira voto. Analisei profundamente a questão e tenho posicionamento firmado, conforme o voto que passo a expor.

Determina o art. 11, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal competir ao Presidente proferir voto de desempate nos julgamentos judiciais que presidir.

No caso em apreço, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça em face do art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007, que dispõe que "compete à Guarda Municipal de Belo Horizonte atuar na fiscalização, no controle e na orientação do trânsito e do tráfego, por determinação expressa do Prefeito".

O Relator do feito, Des. Alvimar de Ávila, votou pela procedência parcial do pedido, "para declarar a parcial inconstitucionalidade do art. 5º, inciso VI, da Lei nº 9.319/2007 e do Decreto nº 12.615/2007, sem redução do seu texto, apenas para afastar a interpretação que permite a autuação e aplicação de infrações administrativas de trânsito pela Guarda Municipal de Belo Horizonte", sendo acompanhado pelos

Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro, Kildare Carvalho, Armando Freire e Cláudio Costa.

Nos moldes do voto do 1º Revisor, Des. Alexandre Victor de Carvalho, os Desembargadores Herculano Rodrigues, José Francisco Bueno, Carreira Machado e Antônio Armando dos Anjos votaram pela procedência parcial do pedido, para afastar

> da legislação impugnada a interpretação que permite à Guarda Municipal a autuação e aplicação de infrações administrativas (voto condutor), bem como toda e qualquer forma de intervenção, inclusive de fiscalização livre, que não tenha como fim específico a proteção de bens, serviços e instalações públicas municipais.

Julgaram improcedente o pleito os Desembargadores Célio César Paduani, Jarbas Ladeira, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Ernane Fidélis, Belizário Lacerda, Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Sebastião Pereira de Souza, Bitencourt Marcondes, Roney Oliveira e Nepomuceno Silva.

O Des. Almeida Melo votou pela procedência total do pedido, para declarar inconstitucional o art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 9.319/2007 e o art. 1º do Decreto Municipal nº 12.615/2007, sendo acompanhado pelo Des. Brandão Teixeira.

Assim, observa-se a ocorrência de empate, necessitando-se, pois, que seja proferido voto de desempate.

É o que passo a fazer.

Peço vênia ao il. Relator, para dele discordar.

Conforme disposto no art. 144, § 8º, da Constituição da República e no art. 138 da Constituição do Estado de Minas Gerais, compete aos Municípios constituir guardas municipais para proteção de seus bens, serviços e instalações.

Por outro lado, segundo o art. 171, também da Constituição Mineira, tem o Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente no que se refere à polícia administrativa, em matéria de trânsito e tráfego.

Nesses termos, sem qualquer afronta aos dispositivos constitucionais acima mencionados, a legislação e o decreto municipais impugnados estabeleceram e regulamentaram a fiscalização, controle e orientação de trânsito e tráfego pela Guarda Municipal de Belo Horizonte.

O que se vê, portanto, é que as normas em questão dispõem sobre a atuação do Município de Belo Horizonte, por meio de seus servidores (guardas municipais), na fiscalização, controle e orientação do trânsito e do tráfego em nítido exercício do poder de polícia administrativo, que é da atribuição dos entes públicos.

O poder de polícia em questão, de forma alguma, se confunde com as atribuições de polícia ostensiva e de polícia judiciária, exercidas pela Polícia Militar e pela Polícia Civil.

Por meio do poder de polícia administrativo, cabe ao ente público, no caso o Município de Belo Horizonte, dentro de suas atribuições, impor ao administrado determinada conduta, com possibilidade de coercibilidade e autoexecutoriedade, aplicando sanções quando verificada qualquer infração em detrimento do interesse coletivo de regular controle do trânsito. A presunção de legitimidade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade são atributos do ato administrativo, que, no caso em análise, é exercido pelo próprio ente público, pessoa jurídica da Administração Direta por meio de seus servidores, sem qualquer delegação.

Em face do exposto, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nas normas impugnadas, acompanho o voto divergente para julgar improcedente a presente ação.

Súmula - POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO.

...

Mandado de segurança - Concurso público - Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Prazo de validade do concurso - Contratação precária - Desrespeito à ordem de classificação - Ilegalidade

Ementa: Apelação/reexame necessário. Mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Classificação dentro do número de vagas. Contratação precária dentro do prazo de validade do certame. Desrespeito à ordem de classificação. Ilegalidade. Segurança concedida. Sentença mantida.

- Embora o candidato aprovado em concurso público tenha mera expectativa de direito quanto à sua nomeação, tal expectativa se convola em direito, na medida em que a Administração Pública contrata, precariamente, dentro do prazo de validade do certame, demonstrando a existência de vagas e a necessidade de preenchê-las. Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0140.08.004105-0/002 - Comarca de Carmo da Mata - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Carmo da Mata - Apelante: Município de Carmo da Mata - Apelada: Zilá Estefânia do Nascimento Guimarães - Autoridade Coatora: Prefeito do Município de Carmo da Mata - 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 Des. 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, 25 de março de 2010. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de reexame necessário, bem como recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de f. 206/210, prolatada nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Zilá Estefânia do Nascimento Guimarães em face do Município de Carmo da Mata [sic].

A sentença reexaminanda/recorrida concedeu a segurança pleiteada, assegurando à impetrante o direito à nomeação e posse no cargo de enfermeira, nos exatos termos do concurso do qual participou, determinando sua inclusão nos quadros do Município.

Inconformado, pugna o Município apelante pela reforma da sentença, para que seja denegada a segurança impetrada. Para tanto, aduz, em síntese, que a autora não possui direito líquido e certo à nomeação, apenas mera expectativa de direito; que o Município somente procedeu à nomeação de uma única candidata, o que comprova não ter sido a impetrante preterida.

Conheço do reexame necessário, bem como do recurso de apelação, presentes os pressupostos de admissão.

Zilá Estefânia do Nascimento Guimarães, aprovada em 2º lugar no Concurso Público de provas e títulos para o cargo de enfermeira (Edital nº 01/2007), realizado pela Prefeitura Municipal de Carmo da Mata, impetrou mandado de segurança, almejando ser nomeada e empossada no cargo para o qual foi aprovada.

Para sustentar seu pedido, narrou a impetrante que, abertas 2 vagas para o cargo de enfermeira, o Município nomeou apenas a primeira classificada, vindo a contratar, irregularmente, profissionais para exercer as funções do aludido cargo.

Ao fundamento de que a mera expectativa de direito da autora, consubstanciada na aprovação em concurso, se converteu em direito líquido e certo, em decorrência da contratação, pelo Município, de servidores para exercer as funções de enfermeira em razão da necessidade, a segurança foi concedida, determinando a inclusão da autora nos quadros de servidores do Município de Carmo da Mata.

Esse, portanto, o comando da sentença reexaminanda/recorrida, que, a meu sentir, abre mão de reparos.

Isso porque, como se colhe da leitura de f. 11, a impetrante foi aprovada em segundo lugar para o cargo de enfermeira no concurso público realizado pela Prefeitura Municipal de Carmo da Mata, nos termos do edital 001/2007.

Contudo, não obstante a limitação do número de vagas no certame - apenas 2 para o cargo de enfermeira -, o impetrado firmou contratos administrativos de prestação de serviços, renovados sucessivamente, com outras três pessoas, por prazo indeterminado, ou seja, dentro do prazo de validade do concurso.

Logo, à luz do entendimento que adoto em hipóteses como a presente, a contratação precária ocorrida demonstra a necessidade de pessoal no Município em questão, durante a vigência do certame, não havendo que se falar em ato discricionário do ente público. Tem-se, em verdade, ato vinculado à lei e ao interesse públi-

co, que não pode se afastar das regras pertinentes ao tema.

É que está demonstrada, *in casu*, a existência de vagas junto ao ente público e a necessidade de preenchê-las, o que deve ser feito com a observância da ordem de classificação do concurso realizado justamente para tal fim, sob pena de se igualarem desiguais e se burlarem os princípios constitucionais vigentes.

Não bastasse o teor da Súmula acima transcrita, imperioso ressaltar o entendimento sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, onde se afirma que a aprovação em concurso público, dentro do número de vagas previsto no edital, e no prazo de validade do certame, gera para o candidato aprovado o direito subjetivo à nomeação.

Confiram-se, a propósito, julgados colhidos no Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Mandado de segurança. Aprovação em concurso público. Nomeação. Direito subjetivo.
> 1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.
> 2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes.
> 3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.
> 4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF). (RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi. *DJe* de 08.09.2009.)

Assim, merece ser confirmada a sentença que concede a segurança, quando comprovada nos autos a demonstração, pelo ente público, da existência de vagas e a necessidade de seu preenchimento.

Diante de tais considerações, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado, assim, o apelo voluntário.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação popular - Lei municipal - Desafetação de parte de via pública - Permuta com particular - Possibilidade

Ementa: Administrativo. Ação popular. Lei municipal. Desafetação de parte de via pública. Permuta com particular. Possibilidade.

- Demonstrado, em sede de cognição sumária, que não há lesão a direito da coletividade em permuta que objetiva a parcial desafetação de via pública e o recebimento de bloquetes destinados à pavimentação a ser fornecida por empresa particular, revoga-se a decisão interlocutória que suspendeu os efeitos da lei municipal que disciplinou o aludido ajuste.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0331.09.008156-2/001 - Comarca de Itanhandu - Agravante: Município de Itanhandu - Agravado: Ellisson Filadelfo Lopes - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziram sustentação oral, pelo agravante e pelo agravado, o Doutor José Roberto de Castro e o Doutor João Bosco Santos, respectivamente.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Senhor Presidente. Estive atento às sustentações orais realizadas pelos advogados das partes. Passo a proferir meu voto.

Conheço do recurso.

Consoante se observa dos autos, as indústrias Iltakar e Usisul, localizadas no Município de Itanhandu, unificaram-se, o que resultou na incorporação daquela por esta última.

Contudo, uma vez que os estabelecimentos fabris dessas empresas eram separados pela Rua Joaquim Theodoro da Fonseca - o que ocasionava a circulação de maquinário e equipamentos pesados na referida via pública -, as indústrias requereram ao agravante fosse desafetada, através de permuta, a parte da via pública que separava as fábricas. Como compensação, estas forneceriam ao Município de Itanhandu 1.800m^2 de bloquetes para pavimentação, que corresponderiam a R$46.466,66, valor este equivalente ao da área permutada, conforme laudo de avaliação de f. 92/95.

Assim, através da Lei Municipal nº 646/2008, tanto a desafetação quanto a permuta foram autorizadas, sendo expressamente determinado que os bloquetes permutados seriam usados exclusivamente nas ruas adjacentes ao trecho desafetado.

Dentro deste contexto fático, o vereador do Município Ellisson Filadelfo Lopes ajuizou ação popular objetivando suspender os efeitos do ato legislativo, por entender que o fechamento da via pública iria cercear o direito de ir e vir dos moradores da região, privilegiando somente as empresas unificadas. Requereu liminarmente a suspensão da desafetação.

A tutela de urgência foi deferida. A Municipalidade recorreu da decisão interlocutória e alegou, inicialmente, que a procuração outorgada pelo agravado é irregular, devendo ser anulados todos os atos a ela subsequentes.

Argumenta que o bairro em que a via pública se localiza não é residencial, e o seu fechamento parcial não prejudicará pedestres ou veículos.

Aduz que as indústrias em questão são cobiçadas por Municípios vizinhos e geram inúmeros benefícios para a Municipalidade, quais sejam receita tributária, empregos, qualificação profissional, entre outros.

Salienta que a decisão recorrida traz inúmeros prejuízos à Municipalidade, enquanto a manutenção dos efeitos do ato legislativo é plenamente reversível.

Assiste-lhe razão, *data venia*.

Com efeito, a alegação preliminar do agravante referente à irregularidade da procuração outorgada pelo recorrido não pode ser analisada, sob pena de supressão de instância, porquanto não foi objeto de discussão pelo Juiz *a quo*, e eventual defeito deverá ser sanado na primeira instância.

Lado outro, o agravante demonstrou, em sede de cognição sumária, que a manutenção da decisão recorrida acarretará prejuízos à Municipalidade, porquanto há interesse público na lei autorizadora da desafetação e na manutenção das indústrias localizadas na referida localidade.

Outrossim, o laudo de vistoria concluiu pela viabilidade da incorporação do trecho da Rua Teodoro da Fonseca pela Empresa Usisul, e dele é possível extrair que:

> Após vistorias e analisar todos os fatores que envolvem o fato, não encontrei um fator que demonstre qualquer prejuízo ao município, assim como ao bairro e aos moradores ou demais empresas ali instaladas. Analisando ainda a contrapartida da empresa em beneficiar as ruas adjacentes ao trecho em questão, pude verificar que será de grande melhoria ao bairro, principalmente por beneficiar diretamente ao entorno da Escola Estadual Dona Semiana, que atende toda a população estudantil deste bairro e as demais indústrias já instaladas naquele setor (f. 43-46).

Da mesma forma, o laudo de vistoria de f. 68-70 concluiu pela compatibilidade do pleito. Em relação à possibilidade de sobrecarga das águas pluviais nele mencionado, não há prejuízo ao Município, porquanto o ato legislativo condiciona a utilização da via à construção de galeria de captação dessas águas, com o intuito de impedir futuros problemas de alagamentos.

Todavia, a construção dessas galerias, às expensas do Município, não pode ser considerada "prejuízos aos cofres públicos", sendo obrigação da Municipalidade a implementação de tais obras.

Contudo, caso a Lei Municipal nº 646/2008 seja revogada, foi comprovada a reversibilidade da autorização de desafetação, pois a lei proíbe os beneficiários de executar qualquer tipo de edificação em alvenaria na área, bem como reserva ao Município o direito de uso do subsolo. O ato legislativo demonstra, ainda, que os projetos de adaptação da rede elétrica serão de responsabilidade da empresa beneficiária.

Fundado nestas considerações e em sede de cognição sumária, dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida e restabelecer os efeitos da Lei Municipal nº 646/08 do Município de Itanhandu, ficando revogado o efeito suspensivo outrora concedido neste agravo.

DES. EDUARDO ANDRADE - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Doutor João Bosco Santos Teixeira.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a meu pedido, após votar o Relator dando provimento ao recurso.

Meu voto é o seguinte.

A priori, saliento também não caber, no presente momento, a análise da preliminar de irregularidade da procuração outorgada pelo ora agravado, visto não ter sido essa questão analisada pelo douto Juiz primevo.

Quanto ao mérito do presente recurso, estou de pleno acordo com o entendimento constante do voto do eminente Relator.

Vejo, pois, que a manutenção da decisão agravada poderá acarretar prejuízo grave e de difícil reparação ao agravante, além do patente interesse público quanto à desafetação de parte da via pública que separa as fábricas, mediante o fornecimento de 1.800m^2 de bloquetes para pavimentação, que, diga-se, vai ocasionar melhorias no bairro, com direto beneficiamento do entorno da Escola Estadual Dona Semiana.

Ademais, foram apresentados dois laudos de vistoria - sendo um deles feito por *expert* habitualmente nomeado pelo Juízo -, ambos no sentido de ausência de impacto sobre tráfego de veículos e pedestres. Tem-se também a condição de construção de galeria para captação de águas pluviais. Enfim, os documentos constantes dos autos trilham no sentido de ausência de prejuízo ao Município.

Saliento ainda a reversibilidade da autorização de desafetação, já que proibida a construção de qualquer tipo de edificação em alvenaria na área, além de reservada a utilização do solo à Municipalidade.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator, para dar provimento ao recurso, restabelecendo-se os efeitos da Lei nº 646/2008 do Município de Itanhandu.

DES. GERALDO AUGUSTO - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL DANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Doutor José Roberto de Castro.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a meu pedido, após votar o Relator dando provimento.

Novamente, o julgamento foi adiado na sessão do dia 12.1.2010, a pedido do Segundo Vogal, depois de votar o Primeiro Vogal dando provimento ao recurso.

Com a palavra o Desembargador Geraldo Augusto.

DES. GERALDO AUGUSTO - Com a análise detida dos autos, tem-se que não há elementos bastantes para o deferimento da liminar, como se fez, pelo menos sem oitiva dos réus, para obstar os efeitos da Lei Municipal.

Em verdade, não se alcança a necessidade da urgência/perigo da demora, uma vez que, ainda que se unifique parte da via pública que separa os terrenos, ora divididos, onde se localizam as fábricas, esta união não alcança a unificação das edificações; tanto que o dispositivo legal impede a construção/edificação na área específica, e apenas a sua utilização.

Portanto, não há o perigo da irreversibilidade, consistente na impossibilidade da volta ao estado anterior, dependendo do sucesso final ou não da ação.

Quanto à aparência do direito/prejuízo à comunidade, no cumprimento da autorização legal, tal não se vê. Pelo contrário, demonstra-se que a pavimentação e melhorias, inclusive captação de águas pluviais, que serão realizadas pelas fábricas, em contrapartida, atendem à pequena comunidade residencial, uma vez que se trata de bairro industrial, com maioria dos imóveis destinados às indústrias. Atende-se, afinal, ao próprio Município.

Com tais razões, em pequeno acréscimo às razões contidas nos votos anteriores, acompanho os entendimentos dos eminentes Desembargadores Relator e Primeiro Vogal e dou provimento ao agravo para reformar a decisão recorrida e indeferir a liminar que suspendeu, de plano, os efeitos da Lei Municipal.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Fundef - Recursos destinados exclusivamente à sua manutenção - Movimentação irregular - Improbidade administrativa - Caracterização - Sanções da Lei 8.429/92 - Aplicabilidade parcial

Ementa: Ação civil pública. Movimentação irregular de recursos financeiros destinados exclusivamente à manutenção do Fundef. Caracterização de improbidade administrativa. Sanções contidas na Lei nº 8.429/923. Aplicabilidade parcial. Sentença reformada em reexame necessário, para se julgar parcialmente procedentes os pedidos constantes da exordial.

- *In casu*, restaram comprovadas as irregularidades apontadas pelo autor, no sentido de desvio na aplicação de recursos financeiros oriundos do Fundef.

- Comprovada a ofensa aos princípios constitucionais, que devem reger os atos da Administração Pública, impõe-se a condenação do suplicado.

- "A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins."

- Sentença parcialmente reformada, para julgar parcialmente procedentes os pedidos constantes da exordial.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0232.05.011137-5/001 - Comarca de Dores do Indaiá - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Dores do Indaiá - Apelante: Município de Serra da Saudade - Apelado: Luiz Donizete Ribeiro - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2010. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta contra a sentença de f. 259-264, proferida nos autos da "Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa" ajuizada pelo Município de Serra da Saudade em face de Luiz Donizete Ribeiro, visando à condenação do requerido nos moldes do Art. 12, da Lei Federal nº 8.429/92.

O douto Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido constante da inicial, sob o seguinte fundamento:

> [...] 4 - Ora, se não provado prejuízo aos cofres municipais, se não demonstrado dolo no proceder do indiciado, se não evidenciada improbidade em seu agir, solução não existe senão a de reconhecer de todo improcedente a pretensão (*sic*, f. 263-264).

O Município de Serra da Saudade interpôs recurso de apelação, às f. 266-271, pleiteando, em síntese, a redução dos honorários advocatícios, então fixados em 12% sobre o valor dado à causa.

Contrarrazões apresentadas às f. 274-279, pugnando pelo desprovimento do recurso voluntário interposto.

Remetidos os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, a ilustre representante do Ministério Público, Dra. Gisela Potério Santos Saldanha, apresentou parecer às f. 292-304, opinando pela reforma da sentença em reexame necessário, excluindo-se a condenação em honorários.

Vieram-me novamente conclusos os autos.

Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário interposto, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Rogata venia do entendimento contrário ao narrado na exordial, verifiquei, compulsando a vasta documentação aportada nos presentes autos, as irregularidades apontadas pelo Ministério Público Estadual, no sentido de movimentar recursos financeiros destinados exclusivamente à manutenção do Fundef, para pagamento de resíduos salariais próprios e de agentes públicos.

O Fundef - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - está previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 14, de 13.9.1996, e foi regulamentado pela Lei nº 9.424/96 e pelo Decreto Federal nº 2.264/97, tendo como objetivo

> a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental público, assegurando a universalização de seu atendimento, promovendo a erradicação do analfabetismo, garantindo o treinamento e o pagamento decente de professores, bem como as condições mínimas para os alunos estudarem.

Os recursos provenientes de convênios, manutenção e desenvolvimento do ensino, como o Fundef, são, por força de legislação específica, vinculados a uma finalidade determinada, sendo vedado o desvio de suas aplicações, o que, *in casu*, *rogata venia*, ocorreu.

Aos termos constantes do Convênio nº 0783/98, de f. 97-104, a subcláusula única da cláusula primeira assim dispunha:

> A meta ora proposta será viabilizada integralmente entre os Partícipes na soma de esforços e investimentos, conforme a capacidade financeira de cada um e na divisão de responsabilidades, obedecidas suas condições específicas, devendo atingir prioritariamente o ensino fundamental.

Extrai-se dos documentos juntados aos autos que os recursos provenientes do Fundef, que deveriam ser direcionados pela municipalidade para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, com vistas à promoção da educação de qualidade na escola pública, foram empregados para o pagamento de professores que lecionaram para o segundo grau no ano de 1998 nas séries do 1º ano básico e 2º ano de magistério. E, por consequência, os professores do ensino fundamental tiveram seus salários atrasados, acarretando inclusive reclamações junto ao Ministério da Educação, conforme documento de f. 24.

Veja-se que o suplicado, em momento algum, combate essa questão, alegando tão somente que "a simples e suposta gestão imperfeita não acarreta improbidade".

Note-se ainda que os injustificados atrasos nos salários dos professores do ensino fundamental acarretaram requisição, pelo Ministério Público, de abertura de inquérito policial, com indiciamento do ex-Prefeito, ora réu, por improbidade administrativa, em conclusão do d. Delegado de Polícia.

Ora! Houve privilégio de determinado grupo de pessoas, em detrimento de outro que, por direito, deveria receber, prioritariamente, os recursos oriundos do Fundef.

Dúvida não há de que houve irregularidade no presente caso, restando patente ato de improbidade admi-

nistrativa, tendo o requerido privilegiado o pagamento de salário dos professores do segundo grau com recursos do Fundef, que, repita-se, são destinados aos professores do ensino fundamental.

Cabe aqui a lição de Wallace Paiva Martins Júnior:

> A Constituição de 1988 teve o mérito de inserir em seu texto uma série de princípios e valores que, embora anteriormente mencionados pela doutrina, ganharam a força de princípios constitucionais norteadores das funções do Estado. Hoje, a exemplo do que ocorre em outros sistemas jurídicos, é possível falar em uma legalidade estrita, para fazer referência à exigência de lei em sentido formal para a prática de determinados atos, e em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a lei, mas também todos os valores e princípios que decorrem implícita ou explicitamente da Constituição.
>
> Dentre esses princípios está o da moralidade, a significar que a atuação dos agentes públicos deve confrontar-se não apenas à lei em sentido formal, mas também a determinados valores que se colocam acima do direito positivo, como a idéia de honestidade, boa-fé, lealdade, decoro, ética, no exercício da função pública (*Probidade administrativa*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. XIII).

Sendo o suplicado, à época, o Chefe do Poder Executivo, a repercussão da sua conduta contribui para o descrédito da Administração Pública, frustrando a própria credibilidade dirigida pelo povo, através do voto popular.

Saliento ainda que assim me manifestei, *mutatis mutandis*, quando do julgamento das Apelações Cíveis de nº 1.0382.05.057013-6/001 e 1.0248.05.001373-4/001, que trataram sobre desvio de valores oriundos do Fundef.

Quanto à aplicação das penas, não desconheço a severidade das sanções aqui em questão, mas tem-se que são imposições lógicas pelas infrações cometidas.

Dessa forma, e em observância ao princípio da proporcionalidade, determino, em consonância com os limites traçados no art. 12, III, da Lei 8.429/92, a suspensão, pelo prazo de três anos, dos direitos políticos do requerido, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Quanto ao pedido de condenação ao pagamento de multa civil, não vejo razão para acolhê-lo.

A respeito da apreciação da aplicabilidade das penalidades em sede de ação civil pública, ensina Maria Sylvia Zanella de Pietro que:

> [...] a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins (*Direito Administrativo*. Atlas, 14. ed., 2001, p. 689).

Dessa forma, *rogata venia*, não obstante a violação aos deveres de impessoalidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, não vejo razão para aplicar a pretendida multa civil ao apelado. Não se está, aqui, anuindo ao descumprimento desses princípios. Tem-se, pois, a observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Com tais considerações, reformo parcialmente a sentença em reexame necessário, para julgar parcialmente procedentes os pedidos constantes da exordial, nos termos acima apresentados.

Prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas e honorários advocatícios.

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

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação de cobrança - Direitos autorais - Evento carnavalesco - Praça pública - Execução de obras musicais - Pagamento devido

Ementa: Direitos autorais. Ação de cobrança. Carnaval. Praça pública. Incidência.

- A execução, sem a devida autorização do titular, de obras musicais em eventos carnavalescos, em praça pública, enseja a cobrança de direitos autorais.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0058.05.018376-1/001 - Comarca de Três Marias - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Três Marias - Apelante: Município de Três Marias - Apelado: Ecad - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Litisconsorte: L. G. Amaral Ltda. - 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 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, 21 de janeiro de 2010. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Hildebrando Pontes Neto.

DES. MANUEL SARAMAGO - Senhor Presidente. Ouvi atentamente as palavras do ilustre advogado.

Do reexame necessário.

Preliminares.

Não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade do autor para figurar no polo ativo da presente ação. Isso porque o eg. Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito:

> Pedido de reconsideração. Recebimento como agravo interno. Possibilidade. Fungibilidade recursal. Legitimidade ativa do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad para propositura de ação de cobrança. Dispensada a prova de filiação ou autorização dos titulares dos direitos autorais. Súmula 83/STJ.
> I - Em homenagem aos princípios da economia, da instrumentalidade e da fungibilidade, o pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo interno, nos termos da jurisprudência desta Corte.
> II - Conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal, a legitimidade ativa do Ecad para propositura de ação de cobrança independe de prova de filiação ou autorização dos autores nacionais ou estrangeiros. Precedentes. Súmula 83/STJ.
> Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no Ag 709873/RJ - Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2005/0159957-4 - Ministro Sidnei Beneti - *DJe* de 08.10.2008.)

De maneira semelhante, não deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Município, já que foi quem promoveu o evento, realizando os pagamentos dos cachês.

Sendo assim, rejeito as preliminares.

Mérito

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ecad - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ajuizou ação de cobrança em face do Município de Três Marias e LG Amaral Ltda., visando à cobrança da importância de R$ 29.534,92 (vinte e nove mil quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e dois centavos) relativa ao não recolhimento de direitos autorais, conforme estabelecido na Lei 9.610/98, referentes ao evento realizado no período de 3 a 7 de setembro de 2004, realizado em logradouro público com espetáculo musical com música ao vivo ("Carnamarias 2004").

Através da sentença de f.145/147, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial, sob o fundamento de que "os réus realizaram evento público com apresentação de cantores e bandas musicais (f. 33/49) sem a devida autorização, o que enseja pagamento de direitos autorais".

A r. sentença não merece reparo.

Ao que se infere dos autos, o apelante pretende a reforma da sentença, ao fundamento de que os grupos musicais executavam suas próprias músicas.

Sobre a execução das obras musicais sem a devida autorização do titular, em praça pública, inevitável era a cobrança de direitos autorais, nos termos das normas insertas nos arts. 28, 29 e 68, todos da Lei nº 9.610, de 19.06.98, que assim dispõem:

> Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.
> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
> I - a reprodução parcial ou integral;
> II - a edição;
> III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
> [...]
> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
> [...]
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

Sobre o tema, o eg. Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento, senão vejamos:

> Civil. Direito autoral. Espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela Municipalidade em logradouros e praças públicas. Pagamento devido. Utilização da obra musical. Lei nº 9.610/98, arts. 28, 29 e 68. Exegese.
> I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela Municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei nº 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.
> II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 524873/ES; Ministro Aldir Passarinho Junior; *DJ* de 17.11.2003.)

E, de maneira semelhante ao decidido em primeira instância, nem se está a exigir, para a respectiva exigência, o fator lucro "direto ou indireto" com a organização do evento. A esse respeito também já se manifestou o eg. Superior Tribunal de Justiça:

Direitos autorais. Prevalece, na Egrégia Segunda Seção, o entendimento de que os direitos autorais são devidos ainda que a execução de obras musicais seja promovida sem fins lucrativos. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 471110/DF; Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 20.03.2003.)

Pelo que, hei por bem confirmar a sentença em reexame necessário, prejudicado a apelação cível.

Custas, na forma da lei.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Senhor Presidente. Ouvi atentamente o Dr. Hildebrando Pontes Neto, brilhante tribuno. Tive acesso aos autos, aos quais dei a devida atenção e, nesta oportunidade, acompanho integralmente o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Se é dado ao Município o direito, o poder-dever de licenciar atividades na circunscrição do Município, evidentemente o carnaval se realiza nas ruas com a permissão do chefe do Executivo. Se há execução de obras musicais ali, as consequências devem advir e nelas o recolhimento das obrigações societárias, fiscais, etc., para o Município.

Com razão o Ecad.

O voto do em. Relator é exauriente, sendo despiciendo acrescentar ao seu contexto qualquer outra inferência.

Com tais razões, também confirmo a sentença, prejudicado o apelo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação negatória de paternidade - Exame de DNA - Negativa de realização no pleito investigatório - Relativização da coisa julgada - Impossibilidade

Ementa: Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Não realização em razão da conduta do requerente. Coisa julgada.

- A coisa julgada é uma garantia constitucional fundamental dos que litigam perante o Poder Judiciário, sendo que existe o entendimento da possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações relativas ao estado das pessoas. Todavia, tendo o reconhecimento da paternidade ocorrido pela não realização do exame de DNA em razão da atitude da pessoa imputada para o vínculo paterno, não há que se acolher sua alegação de desconstituição da coisa julgada pelo exame de DNA em sede de ação negatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0017.09.040060-1/001 - Comarca de Almenara - Apelante: M.B.S. - Apelado: P.S.C.B. - 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.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Trata-se de ação negatória de paternidade proposta por M.B.S. em face de P.S. C.B., na qual pugna pela realização do exame de DNA para apuração da paternidade já decidida em ação anterior, mas sem realização da prova pericial.

O MM. Juiz de primeiro grau, às f. 388/389, julgou extinto o processo sem resolução do mérito pelo fato de o autor ter se furtado à realização do exame de DNA no processo anteriormente ajuizado.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação às f. 391/398, alegando, em síntese, que a sentença teria sido prolatada sem a instauração do contraditório, que a genitora da apelada estaria de acordo com a realização do exame e que não poderia ser imputada ao autor a sua não realização.

Não houve manifestação da apelada.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata a espécie de ação negatória de paternidade ajuizada pelo ora apelante, com o fito de obter a realização de exame de DNA para desconstituir a coisa julgada que declarou a paternidade deste em relação à apelada.

Para tanto, o apelante, em suas razões recursais, sustenta que a sentença teria sido prolatada sem a instauração do contraditório, que a genitora da apelada estaria de acordo com a realização do exame e que não poderia ser imputada ao autor a sua não realização.

Ora, não há que se questionar a ausência de formação de contraditório no caso em comento, visto que o art. 267, § 3°, do Código de Processo Civil, legitima a atuação de ofício do magistrado, como bem salientou, inclusive, o próprio apelante.

Ademais, no que tange à formação da coisa julgada, vale lembrar que esta é uma garantia constitucional fundamental dos que litigam perante o Poder Judiciário e que sua desconstituição é de caráter excepcional e de interpretação restrita às hipóteses previstas em lei.

Segundo elucidativa lição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

> A coisa julgada, neste contexto, não está imune à impugnação, podendo vir a ser desconstituída, no direito brasileiro, através da ação rescisória, uma vez configurada qualquer das hipóteses previstas no artigo 485 do CPC. São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.
> A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria injustiça. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o direito justo (THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional*. Coord. Carlos Valder Nascimento. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 93).

Entretanto, nas ações relativas ao estado das partes, é cediço que existe o entendimento da relativização da coisa julgada em casos nos quais esta se mostrar necessária para prevalência do interesse das partes.

Como bem salientado na r. sentença, contudo, o caso concreto não enseja que a coisa julgada seja relativizada, visto que o exame de DNA somente não foi realizado na ação de investigação de paternidade, porquanto o recorrente, à época, não se dispôs a participar de sua realização.

Cumpre ressaltar que, de fato, o recorrente juntou aos autos receitas médicas que retratavam sua impossibilidade física de deslocamento para realização do referido exame. Todavia, tal exame não poderia ter sido realizado em outra localidade e foi diligenciada mais de uma oportunidade ao recorrente, que poderia ter conciliado seus interesses com o alegado estado de saúde.

A propósito, a respeito da conduta do ora apelante, vale citar que a própria sentença proferida nos autos da ação de investigação de paternidade e o acórdão proferido no processo pelo ilustre Desembargador Cláudio Costa salientam a adoção de atos procrastinatórios pelo apelante e o reconhecimento da paternidade pelo reflexo de sua conduta.

Nesse sentido foi o entendimento adotado por esta Desembargadora no julgamento do recurso de Apelação Cível nº 1.0702.06.283393-5/001, o que não destoa do posicionamento deste egrégio Tribunal em casos similares aos dos autos, se não vejamos:

> Constitucional, civil e processual civil. Ação negatória de paternidade. Recusa reiterada de realização de exame de DNA quando do trâmite que reconheceu o autor como pai do infante. Julgamento com base em sólido embasamento testemunhal, inclusive do investigado. Pedido de sua desconstituição. Relativização da coisa julgada. Impossibilidade, na espécie, diante da expressa recusa do autor em submeter-se ao exame genético no pleito investigatório. Extinção do processo, sem resolução de mérito. Manutenção. Improvimento da irresignação. Inteligência dos arts. 231 e 232 ambos do Código Civil e art. 267, V, do CPC. - Não se descura da possibilidade da flexibilização da coisa julgada material em ações relativas à paternidade. Contudo, na espécie, quando do trâmite do pleito investigatório, o suposto pai recusou, veementemente, a se submeter ao exame de DNA, não se mostrando plausível, portanto, nesta via negatória de paternidade, a desconstituição do julgado que a reconheceu, com a realização do exame genético para se averiguar, realmente, o vínculo paterno (TJMG, Processo nº 1.0707.06.123854-9/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, julgamento em 17.05.07, *DJ* de 24.05.07).

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo na íntegra a r. sentença.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa sua exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NEPOMUCENO SILVA e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Guarda de menor - Avó materna - Concessão - Situação fática - Existência - Regularização - Previsão legal

Ementa: Direito civil. Ação de guarda. Avó. Netos. Procedência do pedido. Provas produzidas. Testemunhal e estudo social.

- Defere-se guarda de menor à avó materna, quando esta, de fato, tem os netos em sua companhia e presta-lhes assistência integral, por se tratar de hipótese que se compatibiliza com as regras do art. 33 da Lei nº 8.069/90.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.06.063420-7/001 - Comarca de Alfenas - Apelantes: A.S.B.F. e outro, representados por Curador Especial - Apelado: M.G.A.B. - Litisconsorte: J.C.D. e M.A.D. - 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 Almeida Melo, 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, 4 de março de 2010. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 87/91-TJ julgou procedente o pedido para conceder a guarda dos menores A.L.A. e B.A.B. à autora (avó materna).

Os apelantes, nas razões da apelação de f. 94/101-TJ, sustentam, em forma de preliminar, nulidade da citação. No mérito, pugnam pela improcedência do pedido de guarda, à falta de prova de que não possuem condições de criar os menores, ou pela fixação de regime de visitas.

Contrarrazões às f. 104/108-TJ.

1) Da preliminar.

Com base na promoção de f. 23-TJ, do Escrivão da Comarca de Alfenas, no sentido de que os réus se encontravam em lugar incerto e não sabido, o Juiz da causa determinou sua citação por edital (f. 19 e 24-TJ), que, a teor da informação de f. 29-TJ, se realizou no dia 8.5.2007.

Nas razões da apelação, os requeridos sustentam que a referida citação por edital é nula, por se encontrarem em local sabido e certo.

Todavia, afasto a alegação dos apelantes, tendo em vista que, à época em que se realizou sua citação, a Curadora Especial nomeada (CPC, art. 9, II), Dr.ª Lilian de Almeida Magalhães Cruz, ao apresentar a contestação de f. 39/40-TJ, não alegou defeito no ato citatório.

Segundo estabelece o art. 245 do Código de Processo Civil, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência deste Tribunal:

> Ação de adoção. Citação. Nulidade do processo. Ausência.
> - A teor do disposto no *caput* do art. 245 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
> - Assim, na ação de adoção, deixando a mãe biológica da criança de alegar a nulidade na audiência de justificação, oportunidade em que foi tomado o seu depoimento pessoal, não pode, em sede recursal, arguir a nulidade de citação. (Apelação Cível nº 1.0071.04.014449-6/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, *DJ* de 14.11.2008.)

Rejeito a preliminar.

2) Do mérito.

Estabelece o art. 33 da Lei Federal nº 8.069/90 que:

> Art. 33. A guarda obriga à 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 A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.
> §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.
> §3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeito de direito, inclusive previdenciários.

Em casos da espécie, tenho admitido, reiteradamente, a concessão da guarda de menor a avós, por se enquadrarem na hipótese do § 2º acima transcrito, de atendimento a situações peculiares. A finalidade precípua da guarda é regularizar situação de fato existente, de modo a permitir à criança melhor assistência, em todos os aspectos, inclusive a previdenciária, conforme dispõe o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90.

No caso, a primeira instância, com base nas provas produzidas, concluiu que a apelada possui condições para a criação dos netos.

A testemunha C.V.T. declarou (f. 82-TJ) que:

> Pode dizer que a opoente cuida muito bem dos netos e o faz por amor, tanto assim que providenciou um quarto separado para as duas meninas; que as crianças encontram-se bem cuidadas e na escola. (f.82-TJ)

No estudo social realizado, que foi mencionado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e pela Juíza da causa (f. 85 e 89-TJ), verifica-se que a situação dos menores é boa, que eles se encontram bem cuidados pela recorrida e que seus interesses estão bem preservados.

Logo, subsistem as razões da decisão de primeiro grau.

Quanto ao pedido de fixação do direito de visitas para os apelantes, observo que a matéria não foi objeto da contestação nem de exame pela Juíza da causa. Portanto, eventual exame da pretensão por este Tribunal de Justiça acarretará supressão de instância.

Acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e MOREIRA DINIZ.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Processo administrativo - Falta disciplinar - Comissão processante - Composição - Servidores não efetivos - Inexistência no Município de servidores efetivos - Possibilidade

Ementa: Processo administrativo. Comissão processante. Falta disciplinar. Composição. Servidores não efetivos. Inexistência no Município de servidores efetivos. Possibilidade. Sentença mantida.

- Tratando-se de Município recém-emancipado, sem servidores efetivos em seu quadro, não ofende a lei a nomeação de comissão processante composta por servidores não efetivos, para que possa possibilitar a instauração do processo administrativo.

- Não cabe ao Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, e, constatada a sua total regularidade, atendidos os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, em que se inclui o contraditório, deve ser mantido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.07.065007-6/002 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Richard Vieira da Silva - Apelado: Município de Santa Cruz de Minas - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2010. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Neldi Alves Figueiredo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente. Em virtude da sustentação oral e ainda por ter recebido memorial nesta sessão, peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA A RELATORA, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.1.2010, a pedido da Relatora, após sustentação oral.

Com a palavra a Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de recurso de apelação proposto às f. 1.204/1.264 por Richard Vieira da Silva, nos autos da ação anulatória movida contra o Município de Santa Cruz de Minas, visando à reforma da sentença de f. 1.196/1.201, que julgou improcedente o pedido inicial de nulidade do ato administrativo demissional e reintegração no cargo público municipal que exercia.

Em suas razões recursais, alega o apelante que a decisão ora guerreada não condiz com o conjunto probatório dos autos, nulidade do processo administrativo disciplinar por diversas irregularidades, entre elas vício de formação da comissão processante formada por servidores em estágio probatório, perseguição política e parcialidade das testemunhas ouvidas no processo administrativo.

Em contrarrazões, às f. 1.267/1.340, alega o apelado, em síntese, que não prosperam as argumentações do apelante e rebate todas as suas alegações.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Versa o presente feito sobre pedido anulatório de ato demissional de servidor público baseado em vícios formais e materiais do processo administrativo.

De início, vale trazer à tona a questão envolvendo a formação da comissão processante.

É incontroverso nos autos que a mesma foi formada por servidores não estáveis, em estágio probatório.

Ocorre que o Município apelado, Santa Cruz de Minas, foi emancipado há pouco mais de uma década, e, na época, 2006, ainda não tinha nenhum servidor efetivo, já que o primeiro concurso público foi realizado em abril de 2003.

Como é de conhecimento, deve a comissão processante ser formada por servidores estáveis de nível hierárquico igual ou superior ao do acusado, como forma de garantia do justo, objetivo e imparcial julgamento do servidor (art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Outra não é a opinião do ilustre mestre Hely Lopes Meirelles:

> O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente, na qual se descrevem os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão - especial ou permanente - há de ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo (*Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 601).

Nesse mesmo diapasão, segue a maciça jurisprudência deste egrégio Sodalício:

> Ementa: Mandado de segurança - Processo administrativo - Comissão processante - Falta disciplinar - Composição servidores não efetivos - Impossibilidade - Sentença mantida. - A comissão processante tem de ser composta por servidores, no mínimo, de mesma hierarquia que o acusado e que sejam estáveis, tendo em vista que se há de assegurar absoluta imparcialidade e independência na execução dos trabalhos de apuração das infrações cujo cometimento é imputado ao acusado (Apelação Cível: 1.0390.03.001306-9/001, Rel. Des. Alvim Soares).

> Ementa: O processo administrativo disciplinar deve ser instaurado por portaria regularmente publicada, configurando-se, ainda, requisito essencial à sua regularidade a formação da comissão processante por servidores de hierarquia igual ou superior à do indiciado (Apelação Cível: 1.0000.00.212395-8/001, Rel. Des. Carreira Machado).

Porém, como se vê, no presente caso há uma especificidade que impede, de forma absoluta, o atendimento ao comando da lei em sua literalidade.

Aqui, vale trazer a lume os valiosos ensinamentos de Carlos Maximiliano, para quem:

> Deve o direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994).

Desse modo, a interpretação da norma de forma literal impediria a apuração de irregularidades enquanto não houvesse servidores estáveis no Município, ou seja, *a contrario sensu*, estaria legitimada a prática de irregularidades nesse período, vista a impossibilidade de punição.

Sem dúvida, esta não é a melhor interpretação, aquela que atende ao interesse público, que, nunca é demais lembrar, sobreleva ao particular.

Tendo, no caso concreto, ficado demonstrado que o processo administrativo correu de forma regular, com obediência aos princípios que norteiam a ordem jurídica, em especial do contraditório e da ampla defesa, bem como não ter havido prejuízo para o exercício de defesa do processado, razão inexiste para a declaração de nulidade.

Da análise dos autos, em especial do conjunto probatório, não é demais constatar que o apelante se revelou desidioso, inassíduo e não desempenhava seu mister de forma responsável e eficiente, como comprovado nos autos, embora não possa o Judiciário analisar o mérito do processo administrativo regular. O apelante perambula pelo serviço público municipal, tendo prestado serviço em várias secretarias, já que não se dá bem com os colegas e superiores hierárquicos, além de não desempenhar sua função com competência e responsabilidade.

O apelante faz várias acusações contra as testemunhas ouvidas com o fito de desqualificá-las, porém não logra êxito em tal intento, já que não traz qualquer fato objetivo capaz de comprometer o valor probatório de seus depoimentos.

Não cabe ao Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, e este, constatada a sua total regularidade, deve ser mantido.

Desse modo, não vejo razão para anular o ato demissional do apelante, visto que constatada a regularidade formal do procedimento administrativo disciplinar que ensejou a demissão do servidor, tendo ficado evidenciado que foram atendidos os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar a análise do mérito administrativo.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS VOTAR A RELATORA NEGANDO PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.1.2010, a pedido da Relatora, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na sessão do dia 9.2.2010, a pedido do Revisor, após votar a Relatora, negando provimento.

Com a palavra o Des. Armando Freire.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Tendo examinado os autos, constato que a espécie revela uma situação quase que inusitada.

Mediante as particularidades, no caso concreto não vejo como prover o recurso, sob pena de incorrer na possibilidade de adiamento indefinido no tempo, na apuração das faltas atribuídas ao ora apelante.

Reitero que as particularidades encontradas no presente feito levam inarredavelmente à mesma conclusão a que chegou a em. Relatora.

Nego provimento ao recurso.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução de obrigação de fazer - Termo de ajustamento de conduta - Conversão do rito em ordinário - Ato de ofício - Devido processo legal - Violação

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Execução de obrigação de fazer, fundada em termo de ajustamento de conduta. Conversão do rito em ordinário. Ato de ofício. Violação ao devido processo legal.

- Cuidando-se de execução de obrigação de fazer, fundada em termo de ajustamento de conduta, proposta pelo Ministério Público, a eventual inadequação do procedimento adotado justifica a intimação da parte para promover a correção deste ou o trancamento da demanda, mas não a convolação do rito especial no ordinário, feita *ex officio* pelo juiz, sob pena de violação ao devido processo legal.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0338.08.081647-7/001 - Comarca de Itaúna - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: João Batista de Rezende - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos autos da execução de obrigação de fazer por ele ajuizada em face de João Batista Rezende, contra decisão do il. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaúna, que determinou a citação do agravado para responder à demanda, sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos narrados na inicial.

Inconformado, alega o *Parquet* que a decisão recorrida teria alterado o procedimento executivo eleito na inicial, transformando-o em ordinário, o que não seria juridicamente admissível, por violar os princípios da celeridade e do devido processo legal. Sustenta que, nos termos do art. 585, inciso II, do CPC, c/c o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, o termo de ajustamento de conduta teria eficácia de título executivo extrajudicial, razão pela qual a ação deveria seguir o rito dos arts. 632 e seguintes do CPC, tal como proposto na peça de ingresso.

Recebido o recurso pelo em. Des. Maurício Barros, em plantão de fins de semana e feriados, S. Exa. diferiu a apreciação da medida de urgência (f. 168-TJ).

Distribuído livremente o agravo, vieram-me conclusos os autos (f. 173-TJ), oportunidade em que me reservei para apreciar a antecipação da pretensão recursal após as informações do il. Juízo *a quo*.

Prestadas as informações (f. 178-TJ), entendi por bem conceder a antecipação da tutela recursal às f. 180/181-TJ e determinar a intimação do agravado, o qual não ofereceu contraminuta (f. 186-TJ).

Parecer da il. Procuradoria de Justiça às f. 189/198-TJ, da lavra do il. Procurador Rodrigo Cançado Anaya Rojas, opinando pelo provimento do agravo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como visto, proposta na origem a "execução de obrigação de fazer" pelo Ministério Público, com fulcro no termo de ajustamento de conduta trazido às f. 126/128-TJ, o il. Juiz *a quo* recebeu a inicial e determinou a citação do réu, com a advertência de que, caso não oferecida resposta, presumir-se-iam como verdadeiros os fatos deduzidos na inicial. Assim decidindo, S. Exa. acabou emprestando à demanda o rito ordinário, previsto no art. 274 do CPC.

Ocorre que, na esteira do sustentado no despacho inaugural deste agravo, incumbe ao autor eleger a via processual por meio da qual buscará a prestação jurisdicional, e ao Juiz a verificação da correspondência do pedido com o rito indicado, a qual, se inexistente, poderá dar ensejo ou à sua correção pelos critérios legais (CPC, art. 284), ou ao trancamento do feito sem resolução de mérito (art. 267, inciso VI).

Na espécie, tendo a demanda sido ajuizada pelo *Parquet* como execução de obrigação de fazer embasada em título executivo extrajudicial, sujeita-se ela ao procedimento regulado pelos arts. 632 e seguintes do CPC, o qual prevê a citação do devedor para, no prazo previsto no título ou assinalado pelo devedor, satisfazer a obrigação.

Dessarte, não obstante o asseverado nas informações pelo il. Juiz da causa, no sentido de que o TAC celebrado não adquirira força de título judicial, essa circunstância não autorizaria S. Exa. a transmudar *ex officio* o rito no ordinário, em claro desprestígio ao devido processo legal.

Nesse diapasão, colhe-se o seguinte precedente jurisprudencial:

Execução de título extrajudicial. Embargos. Extinção do processo. Pretensão de conversão do processo executivo em processo de conhecimento (ação de cobrança). Inadmissibilidade. Apelação não provida. - Não se admite a conversão do processo de execução em processo de conhecimento, porquanto seria o próprio pedido mediato que estaria sendo modificado radicalmente. (TAPR, Apelação Cível nº 56708000, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz Carlos Hoffmann, j. em 22.03.93, *DJ* de 16.04.93.)

Com essas considerações, dou provimento ao agravo, para reformar a decisão que ordenou a citação do réu para contestar e, por conseguinte, determinar ao il. Magistrado examine o cabimento do feito como execução de obrigação de fazer e, se for o caso, prossiga nos termos dos arts. 632 e seguintes do CPC.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Tutela antecipada - Rede de esgoto - Reparo imediato - Impossibilidade - Viabilidade técnica não evidenciada - Requisito do art. 273 do CPC - Ausência

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais com pedido de tutela antecipada. Reparo imediato de rede de esgoto. Impossibilidade. Viabilidade técnica não evidenciada. Ausência de requisito do art. 273 do CPC.

- É imprescindível, para a concessão de tutela antecipada, a efetiva comprovação dos requisitos elencados no art. 273 do CPC, sendo eles: prova inequívoca que convença o Juiz da verossimilhança das alegações iniciais e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

- Para compelir a COPASA - Cia. de Saneamento de Minas Gerais S.A., em sede de antecipação dos efeitos da tutela, a reparar a rede de esgoto que passa nos fundos do imóvel dos agravados, é indispensável que seja demonstrado, *prima facie*, que o procedimento é tecnicamente viável e que não há qualquer obstáculo ao imediato cumprimento da medida. Havendo controvérsia acerca da possibilidade de realizar o reparo sem utilizar parte do imóvel dos agravados, evidenciando a necessidade de dilação probatória, deve ser anulada a decisão que deferiu a liminar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0016.09.093076-5/001 - Comarca de Alfenas - Agravante: COPASA - Cia. de Saneamento de Minas Gerais S.A. - Agravados: Israel Domingues Silva e outros - 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 Des. 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, 9 de março de 2010. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - Sustentará, pelo agravado, a Dra. Andrea Maria Pontes Silva.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente, pela ordem.

Recebi, ontem, dia 11 de janeiro, uma petição, juntamente com um documento da Prefeitura Municipal de Alfenas, expediente encaminhado pelos agravados. Como se trata de um documento oficial, em sede de Agravo de Instrumento, entendo, por questão de prudência, que devo retirar este processo de pauta e abrir vista à parte, que é a agravante, no caso, a COPASA MG, para tomar conhecimento do teor deste documento.

Enfim, coloco em diligência, retirando o processo de pauta, para a juntada da petição e do respectivo documento para conhecimento da parte agravante, a não ser que a advogada desista da juntada do documento e prefira realizar a sustentação oral.

DR.ª ANDREA MARIA PONTES SILVA (advogada) - Sr. Presidente, pela ordem.

Infelizmente, por ser um documento de suma importância para o feito, estou de acordo com o pedido do Relator, para que seja adiado este julgamento e que seja feita a devida análise do mesmo pela agravante.

Súmula - RETIRADO DE PAUTA PELO RELATOR PARA O CONHECIMENTO DA PARTE CONTRÁRIA SOBRE O DOCUMENTO APRESENTADO.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - Este feito foi retirado de pauta na sessão do dia 12.1.2010 pelo Relator, para conhecimento pela parte contrária do documento apresentado.

Com a palavra a ilustre advogada, para a sustentação oral.

Proferiu sustentação oral, pelos agravados, a Dra. Andrea Maria Pontes Silva.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente, ouvi com atenção a ilustre advogada.

Registro, inicialmente, que este feito foi retirado de pauta nas sessões anteriores e mais recentes, em razão, exatamente, da juntada de um documento pelos agravados e, na oportunidade, entendemos que seria recomendável que se desse conhecimento do teor de tal documento ao agravante, e isso foi feito. Agora, o processo volta a julgamento, e o meu voto é o seguinte:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela COPASA MG contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Alfenas, em autos de ação cominatória c/c indenização por danos morais e materiais que lhe movem os agravados, que consistiu em indeferir o pedido da agravante para que fosse autorizada a promover a passagem de novo encanamento de esgoto pelo imóvel dos autores.

Confere-se que os agravados ajuizaram a referida demanda em desfavor da agravante, narrando que são proprietários de um imóvel localizado na cidade de Alfenas e que, no dia 12 de fevereiro de 2009, o muro que confronta com os fundos do prédio desabou, causando-lhes enormes prejuízos, inclusive porque atingiu veículos pertencentes aos locatários que lá vinham residindo. Dão conta de que, após solicitar um laudo técnico para apurar a causa do desmoronamento, constatou-se que

> a rede coletora de responsabilidade da requerida, por onde passa todo o esgoto da parte superior da quadra D do Bairro Jardim São Lucas, estava obstruída, ocasionando a infiltração no muro confrontante aos fundos do prédio dos requerentes.

Verifica-se que, recebida a inicial, o digno Magistrado monocrático houve por bem conceder, parcialmente, a tutela antecipada em favor dos autores, ora agravados, determinando que a requerida, ora agravante, procedesse, no prazo de 30 dias, ao reparo da rede de esgoto, sob pena de multa diária de R$1.500,00.

Por ter sido impedida pelos agravados de adentrar no imóvel questionado, para que cumprisse a decisão, a agravante requereu ao juízo autorização para o ingresso no aludido bem e, ainda, permissão para passar o seu encanamento em parte da propriedade.

O digno Juiz de primeiro grau, por meio da decisão que se vê reproduzida à f. 17-TJ, ora agravada, deferiu tão somente o ingresso da recorrente no imóvel dos autores, para proceder ao reparo na rede de esgoto, vedando-lhe a passagem do encanamento, o que motivou a interposição do presente recurso.

Alega a agravante, em apertadíssima síntese, que a rede de esgoto rompida na adjacência do imóvel dos agravados foi instalada pelo Município de Alfenas, há mais de 20 anos, antes da realização do contrato de concessão que lhe delegou a prestação desses serviços. Sustenta que, contudo,

> é tecnicamente inviável que a COPASA MG proceda aos reparos na rede coletora de esgoto utilizando-se aquela já instalada pelo Município de Alfenas, quando detinha a concessão para explorar e gerenciar tal atividade pública, face encontrar-se sem 'queda', ou seja, sem o devido escoamento para outro ponto.

Salienta que

> para que possa proceder aos devidos reparos é necessário remanejá-la, passando-a por outro trajeto e, consequentemente, utilizando-se de fração da propriedade dos agravados.

Aduz que, "Além disso, tendo em vista que pelo fato da rede não haver 'queda', haverá o acúmulo de dejetos e, consequentemente, novos desmoronamentos no local acontecerão". Arremata dizendo que, por isso, é indispensável, para o fiel cumprimento da determinação judicial que lhe foi imposta, a passagem do encanamento pela propriedade dos agravados. Oferece, desde já, caução no valor estimado da servidão administrativa a gravar a propriedade dos autores.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, "permitindo-lhe proceder às devidas correções na mencionada rede coletora de esgoto (remanejamento), utilizando-se, para tanto, de fração da propriedade dos agravados", ou, alternativamente, pela concessão de efeito suspensivo, para sustar a cominação de multa diária imposta na decisão agravada.

Recurso recebido em despacho de f. 118/119, deferido o efeito suspensivo.

Informações prestadas às f. 84/86.

Os agravados apresentaram contraminuta às f. 88/102 e requerem o desprovimento do recurso.

Analisando detidamente os autos, *data venia*, entendo que a decisão agravada deve ser anulada.

Como relatado, o inconformismo da agravante se encontra no fato de o ilustre Magistrado *a quo* ter deferido a antecipação dos efeitos da tutela em favor dos agravados, determinando-lhe que proceda, no prazo de 30 dias, ao reparo da rede de esgoto, sob pena de multa diária de R$1.500,00; todavia, posteriormente, autorizou-a a ingressar no imóvel dos autores para proceder ao referido reparo, vedando-lhe a passagem de novo encanamento, o que motivou a interposição do presente recurso.

As condições essenciais para se deferir essa antecipação encontram-se delineadas no artigo 273, I e II, do Código de Processo Civil, que preconiza poder o juiz:

> a requerimento da parte antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que,

> existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Mediante tal dispositivo, verifica-se que, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, é mister que se esteja em face de elementos probatórios que evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade quanto à proposição aviada pelo requerente. Infere-se, pois, do dispositivo legal mencionado, que se apresentam, como pressupostos essenciais para o provimento antecipatório pretendido, o convencimento da verossimilhança do pedido, em razão da existência de prova inequívoca, e o fundado receio de dano irreparável, abuso de direito de defesa ou manifesto ato procrastinatório.

Esses requisitos básicos e essenciais ao deferimento da medida, em tese, necessariamente, hão de ser observados pelo Magistrado com as cautelas naturais inerentes ao exercício da atividade jurisdicional, analisando, com rigor, a gravidade e a extensão do prejuízo alegado e a real existência da verossimilhança do direito deduzido pela parte.

Na hipótese em exame, todavia, não se encontra presente requisito autorizador da medida. Ainda que vislumbrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não entrevejo a verossimilhança das alegações dos autores da ação.

Com efeito, no estágio em que se encontra o processo, não é dado aferir se é possível, tecnicamente, reparar a rede de esgoto sem utilizar parte do terreno dos agravados.

De fato, analisando os documentos apresentados, especialmente o Laudo Técnico Pericial (f. 229/244), acompanhado de várias fotos e croquis, constata-se que a referida rede de esgoto se encontra em colo, ou seja, sem o desnível necessário para o escoamento do esgoto. Vê-se, ainda, examinando o relatório da COPASA, de f. 292/307, que

> Devido uma edificação (prédio nº 120 da Rua Geraldo Thiers Vieira) ter ocupado toda a área do lote e estar sobre a rede coletora, [tal fato] impossibilita qualquer tipo de manutenção no trecho sob o prédio; portanto, é necessária a inversão do fluxo de esgoto no fundo do terreno do imóvel nº 130 da Rua Geraldo Thiers Vieira, e construção de 33,00m da rede coletora na lateral do imóvel do Sr. Israel, para direcionar o fluxo de esgoto para a Rua Dr. Luiz Libânio Prado. A lateral do terreno do Sr. Israel certamente é o único local para implantar novo trecho para interligação da rede existente à rede da Rua Luiz Libânio Prado. Isto porque existem edificações sobre a rede coletora nos fundos dos terrenos da Rua Geraldo Thiers Vieira, 120 e 140.

O Croqui de Prolongamento de Rede, de f. 301, ilustra bem a situação.

Por outro lado, em contraminuta, os agravados alegam que a COPASA pode reparar a aludida rede coletora de esgoto sem a expropriação arbitrária e injustificada de parte do imóvel que lhes pertence. Asseguram, também, que, próximo ao seu imóvel, existe outro sem qualquer edificação, por onde poderia passar o novo trecho de rede.

Contudo, tal assertiva, desacompanhada de estudo técnico, não tem o condão de evidenciar a plausibilidade da reparação da rede coletora de esgoto, na forma pretendida pelos agravados.

De fato, a discussão quanto à forma de viabilização dos reparos é controversa, demandando dilação probatória, somente possível de ser levada a efeito no trâmite processual.

Sendo assim, não se mostra razoável, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determinar à agravante que realize os reparos na rede de esgoto, quando, em uma primeira análise, pelos elementos trazidos aos autos, não é dado entrever a viabilidade técnica do serviço, sem utilizar parte do imóvel dos agravados para implantar um novo trecho de rede de esgoto e sanar a falta de desnível da atual tubulação. Tampouco é plausível, de plano, autorizar a agravante a utilizar fração do imóvel dos agravados para solucionar o problema, sem a complementação dos dados técnicos necessários, possíveis somente com a dilação probatória.

Arrematando, no estágio atual, em nível processual, a antecipação como concedida causa gravame à concessionária agravante, passível de reparação pela via do recurso interposto.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para anular a decisão que determinou a imediata reparação da rede de esgoto, sob pena de multa diária de R$1.500,00.

Custas *ex lege*.

É o meu voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

DES. EDUARDO ANDRADE - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL DAVAM PROVIMENTO. PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - Este feito foi retirado de pauta na Sessão do dia 12.1.2010 pelo Relator, para conhecimento da parte contrária sobre documento apresentado.

Foi adiado na Sessão do dia 9.2.2010, a meu pedido, após votarem o Relator e o Primeiro Vogal dando provimento.

O meu voto é o seguinte:

De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano material - Relação de consumo - Monitoramento de alarme - Contrato - Prestação de serviço - Falha - Roubo - Delito praticado por preposto da empresa contratada - Culpa *in elegendo* - Responsabilidade civil - Configuração - Descumprimento contratual - Meros dissabores - Dano moral - Ausência de prova - Descabimento

Ementa: Civil e processual civil. Contrato de monitoramento de alarme. Relação de consumo. Roubo praticado por funcionários da requerida. Culpa *in eligendo*. Danos materiais. Comprovação. Danos morais. Não verificação. Sentença mantida.

- Verificando-se que o roubo ocorrido nas dependências da empresa autora teve como autores dois dos funcionários da requerida, no exercício de suas funções, configura-se a responsabilidade civil da apelante, em razão da culpa *in eligendo*, devendo, pois, responder pelos atos de seus prepostos.

- Tem cabimento a indenização dos danos materiais quando restarem devidamente comprovados e decorrerem de falha na prestação do serviço.

- É entendimento pacificado no STJ que o simples descumprimento de contrato não enseja dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.07.100055-2/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: Pauleon Sistemas Eletrônicos Ltda. - Apelante Adesiva: Tem Gás Comércio e Transporte de Gás Ltda. - Apelados: Pauleon Sistemas Eletrônicos Ltda., Tem Gás Comércio e Transporte de Gás Ltda. - 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 Kupidlowski, 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, 11 de março de 2010 - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação interposto por Pauleon Sistemas Eletrônicos Ltda. contra a r. sentença de f. 414/420, proferida nos autos da Ação de Indenização, movida pela apelada, a Tem Gás Comércio e Transporte de Gás Ltda., em desfavor do apelante, via da qual o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a ré a pagar à autora a importância de R$38.830,29 (trinta e oito mil, oitocentos e trinta reais e vinte e nove centavos), bem como para declarar nula a cláusula nona do contrato de empréstimo e monitoramento de sistemas de alarmes celebrado entre as partes.

Irresignada, recorre a requerida, Pauleon Sistemas Eletrônicos Ltda., argumentando, em síntese, que não é a responsável pela segurança direta da autora, uma vez que o contrato firmado entre as partes assegura que o compromisso da ré é com o monitoramento do sistema de alarme da autora.

Afirma que a interpretação do contrato pela autora se deu de forma equivocada, porquanto, em verdade, há exclusão de responsabilidade da ré pelo fato ocorrido.

Sustenta que, no dia da ocorrência do sinistro, o preposto da ré agiu de acordo com as normas inseridas no contrato de prestação de serviço, inexistindo de sua parte ato de negligência ou imprudência que justifique o reconhecimento da responsabilidade civil.

Ressalta, ainda, que não restou evidenciado quais os valores exatos que teriam sido roubados, motivo pelo qual, no caso de confirmação da sentença, deve ser decotada da condenação a quantia não demonstrada pela requerente.

Por essas razões, pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que, reformando-se a sentença singular, os pedidos iniciais sejam julgados improcedentes.

Preparo regular, à f. 440.

À f. 441, o MM. Juiz acolheu os embargos de declaração, para julgar improcedente o pedido de danos morais, bem como para esclarecer que, quanto aos danos materiais, a correção monetária deve ser feita pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, levando em consideração a data do efetivo prejuízo, e juros de mora de 0,5% ao mês, até janeiro de 2003 ,e 1% a partir de então, também desde o evento danoso.

Por sua vez, recorre adesivamente a Tem Gás Comércio e Transporte de Gás Ltda., sustentando, em resumo, que é sumulado o entendimento de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Argumenta que restou demonstrado durante a instrução processual que, devido ao desfalque financeiro sofrido pela autora, tornou-se impossível de sua parte arcar a tempo e modo com os compromissos até então assumidos perante terceiros.

Por tais razões, pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que se acresça à condenação indenização por danos morais na importância de 100 (cem) salários mínimos.

Preparo à f. 447.

Contrarrazões ao recurso de apelação acostadas às f. 449/456.

Apesar de devidamente intimada, a empresa autora não apresentou contrarrazões ao apelo adesivo, conforme certidão de f. 457-v.

Eis o relato do essencial.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, em que a autora alega vício do serviço contratado de monitoramento de alarmes que deu azo ao evento noticiado nos autos, culminando em prejuízos por ela suportados, de que pretende o devido ressarcimento.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, ao contrário do alegado pela ré/apelante principal, o caso em apreço representa nítida relação de consumo, incidindo, portanto, regime especial de responsabilidade civil, em que a imputação da conduta ao seu causador decorre de disposição legal, e não sobre a existência de culpa.

Ademais, como prestadores de serviços, respondem nos termos do art. 14, *caput*, do CDC, independentemente da verificação de culpa.

Discorre o art. 14 e seu § 3º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> [...]
> § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O Código de Defesa do Consumidor, atento a esses novos rumos da responsabilidade civil, também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro. Em face dos grandes centros produtores, o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora. No sistema codificado, tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço como a oriunda do vício do produto ou serviço são de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 389).

Destarte, é irrelevante, para que se reconheça a responsabilidade dos fornecedores, a verificação da sua culpa no evento danoso, pois que o dever de indenizar prevalecerá independentemente da comprovação de sua conduta culposa.

Fixadas essas premissas, tem-se dos autos que autor e réu firmaram contrato de empréstimo e monitoramento de sistema de alarme (f. 23/25), o qual possui como objeto a prestação de serviço de monitoramento do sistema de alarme instalado na residência ou estabelecimento comercial, durante as 24 (vinte e quatro horas) do dia, ininterruptamente, através de pessoal devidamente treinado.

In casu, extrai-se que, no dia 7.5.2007, a central de monitoramento da empresa ré recebeu a comunicação de disparo de alarme na empresa-autora, tendo, por essa razão, encaminhado um de seus funcionários, de nome Guilherme, para que este procedesse à devida inspeção.

Chegando à empresa requerida, tem-se que esse funcionário percebeu que a cerca elétrica dos fundos se encontrava cortada e, ato contínuo, desligou o alarme, deixando o portão principal totalmente aberto, dirigindo-se aos fundos da empresa, momento em que foi abordado por dois indivíduos armados, que o renderam.

Tem-se, ainda, que, passado algum tempo, a empresa requerida encaminhou outro funcionário à empresa-autora, o qual, chegando ao local dos fatos, acionou a Polícia Militar para as medidas de praxe.

Todavia, no curso do feito, restou comprovado que esses dois funcionários, em verdade, agiram em conluio com outras pessoas, praticando crime de furto, roubo e formação de quadrilha, previstos no Código Penal, em prejuízo da autora.

Tal assertiva é verificada pela sentença criminal colacionada às f. 246/400, de onde se extrai que, especificadamente, Guilherme da Silva Araújo e Lúcio de Oliveira da Silva, ambos funcionários da empresa ré, à época do acontecido, foram incursos, respectivamente, nas sanções do art. 288, parágrafo único, art. 155, § 4º, I e IV, e art. 157, § 2º, V, c/c art. 14, II, e o segundo, nas sanções do art. 288, parágrafo único, art. 157, § 2º, V, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

Com efeito, muito embora nesse caso seja desnecessária a comprovação de culpa da empresa ré, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que restou evidenciada a sua culpa *in eligendo*, devendo, por essa razão, responder pelos atos de seus prepostos.

Ora, conforme se viu exaustivamente no feito, os ex-funcionários da requerida, repita-se, foram incursos nas sanções inerentes ao crime de furto, roubo e formação de quadrilha, de tal sorte que é evidente a responsabilidade da ré sobre os atos praticados por seus prepostos no exercício de sua função.

Ressalta-se, oportunamente, que a alegação de que seus funcionários agiram conforme a política da empresa é totalmente descabida e desarrazoada, já que restou evidenciado o intuito de lesar desses funcionários, que acabou por culminar na condenação imposta e mencionada alhures.

No que toca ao argumento de que seria responsável tão somente pela manutenção e monitoramento de alarmes, também não lhe assiste razão, porquanto, como bem ressaltou o MM. Juiz singular, ao qual peço vênia para transcrever trecho de seu *decisium*:

> ...ordinariamente quando se contrata um serviço de tal natureza implícito está a obrigação de se zelar pela segurança daquele que contratou, desta forma seria de responsabilidade da requerida a cautela nos seus procedimentos e principalmente no que tange ao preenchimento do quadro de pessoal.

Demais disso, ainda que esse dever de segurança não fosse implícito, os ex-funcionários da requerida agiram no exercício de suas funções, cabendo a esta, pois, responder pelos atos de seu pessoal.

Com efeito, a responsabilidade civil da apelante advém da culpa *in eligendo*, haja vista que o infortúnio ocorrido se deu por ato de prepostos da requerida, integrantes do seu quadro de pessoal.

Noutro giro, tal ocorrência, consequentemente, importa em serviço defeituoso prestado pela requerida, mostrando-se devido o reconhecimento de sua responsabilidade pelo evento danoso narrado na inicial.

De fato, estão presentes todos os requisitos ensejadores da responsabilidade de indenizar, cabendo-me, assim, apreciar com acuidade a questão referente à comprovação dos danos materiais.

Para comprovação dos valores roubados, aplicável à espécie o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Acerca do ônus da prova, Moacir Amaral Santos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 4, p. 33) assinala:

> O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova - é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e da parte do réu como ônus da exceção.

E continua:

> Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos.

Conforme se vê dos autos, a autora colacionou o documento de f. 37, de onde se extrai que o movimento nos dois dias anteriores ao sinistro, somados, chegam ao montante de R$58.116,50 (cinquenta e oito mil cento e dezesseis reais e cinquenta centavos). Não obstante, a empresa autora sustenta que,

> do total de valores que se encontravam depositados na empresa no dia do sinistro, deduzindo-se as despesas ocorridas e os cheques pré-datados que a autora conseguiu sustar junto aos bancos, chega-se ao efetivo prejuízo material que a requerente sofreu, qual seja o montante de R$38.830,29 (trinta e oito mil, oitocentos e trinta reais e vinte e nove centavos).

Tal alegação foi confirmada pelos depoimentos colhidos na instrução processsual e constou, inclusive, da denúncia oferecida pelo Ministério Público, colacionada às f. 93/104.

Com efeito, embora esse valor não seja coincidente com aquele descrito no BO do dia dos fatos, considerando o cotejo das provas nos autos e, ainda, que a contabilidade dos prejuízos, certamente, não pode ser aferida de um dia para o outro, é de se deferir os danos materiais pleiteados pela autora.

Ademais, tal afirmação deve ser elidida por outras provas em sentido contrário; contudo, no caso dos autos, a apelante não logrou produzir provas no intuito de desconstituir aquela veracidade, ônus que lhe competia exclusivamente.

Pelas razões expostas, é de se negar provimento ao recurso principal.

Apelação Adesiva - parte autora.

A autora apelou adesivamente às f. 442/447, pedindo a reforma da sentença, para que a ré responda também pelos danos morais suportados pela autora.

Alega que restou demonstrado, durante a instrução processual, que, devido ao desfalque financeiro sofrido pela autora, tornou-se impossível de sua parte arcar a tempo e modo com os compromissos até então assumidos perante terceiros.

A despeito de seus argumentos, razão não assiste à apelante adesiva.

Inicialmente, é de se ressaltar que o dano simplesmente moral passou a ser indenizável com a vigência da Constituição Federal/1988:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Atualmente, também o é com a vigência do novo Código Civil, que prevê em seu art. 186:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Leciona Yussef Said Cahali:

> A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatórias. Sob a égide dessa proteção devida, acentua-se cada vez mais na jurisprudência a condenação daqueles atos que molestam o conceito honrado da pessoa, colocando em dúvida a sua probidade e seu crédito. Definem-se como tais aqueles atos que, de alguma forma, mostram-se hábeis para macular o prestígio moral da pessoa, sua imagem, sua honradez e dignidade, postos como condição não apenas para atividades comerciais, como também para o exercício de qualquer outra atividade lícita (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 358).

A apelante alega que, devido ao desfalque financeiro sofrido, ficou impossibilitada de arcar a tempo e modo com os compromissos assumidos perante terceiros, além de se ver obrigada a renegociar compromissos com parceiros e fornecedores.

Todavia, na esteira do que decidiu o Julgador singular, não restou configurado nem provado que a imagem da apelante ficou abalada junto aos clientes, havendo, sim, mero dissabor com a falha na prestação do serviço previsto no contrato de seguro.

Tal sentimento exacerbado de indignação, *data maxima venia*, não gera dano moral.

Não há prova de que clientes deixaram de se valer dos serviços da apelante por quebra de confiança.

Aliás, colheu-se do depoimento prestado exatamente o contrário, veja-se:

> ...que o depoente tem conhecimento de que vários débitos créditos de sua empresa para com a autora foram renegociados em razão dos fatos narrados na inicial. A Ultragás teve que prorrogar o vencimento de alguns títulos para a autora, isso porque esta foi vítima do assalto do dinheiro e cheques em seu cofre. Que apesar disso a autora não perdeu o crédito para com a Ultragás, sendo certo que até hoje elas negociam entre si.

Sobre o tema do mero dissabor, é importante a lição de Pablo Stolze Gagliano (*Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 85):

> Superadas, portanto, todas as objeções quanto à reparabilidade do dano moral, é sempre importante lembrar, porém, a advertência brilhante de Antônio Chaves, para quem 'propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica o reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, à mais suave sombra, ao mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de pandora do Direito centenas de milhares de cruzeiros.

No mesmo sentido:

> Ementa: Ação de indenização. Danos morais inexistentes. Improcedência do pedido inicial.
>
> 1 - Não é todo e qualquer aborrecimento e chateação que enseja dano moral. Somente deve ser deferida indenização nas hipóteses em que realmente se verificar abalo à honra e imagem da pessoa, dor, sofrimento, tristeza, humilhação, prejuízo à saúde e integridade psicológica de alguém, cabendo ao magistrado, com prudência e ponderação, verificar se, na espécie, efetivamente ocorreu dano moral, para, somente nestes casos, deferir indenização a esse título (TJMG, AC 2.0000.00.511209-0/000, 9ª CCível, Rel. Des. Pedro Bernardes, *DJ* de 16.12.2005).
>
> Civil. Dano moral. Não ocorrência. O Recurso Especial não se presta ao reexame da prova. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido (REsp. 403.919/MG, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 15.5.2003, *DJ* de 4.8.2003).

Além disso, é entendimento pacificado no STJ que o simples descumprimento de contrato não enseja dano moral:

> O fato de os recorridos estarem sofrendo processo de execução por inadimplemento oriundo de contrato de empréstimo contraído por sociedade empresarial, da qual não fazem parte, não dá ensejo à indenização por dano moral, pois, 'o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. (REsp nº 202.564, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 1º.10.2001.) (REsp 765.326/RJ, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 28.8.2007, *DJ* 17.9.2007.)
>
> Na linha de jurisprudência da Corte, em cenário como o dos autos, não cabe a indenização por dano moral em decorrência de inadimplemento contratual (REsp 661.421/CE, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 21.6.2005, *DJ* de 26.9.2005).

Destarte, não há falar em indenização a título de dano moral, devendo ser negado provimento também ao apelo adesivo.

Pelas razões expostas, nego provimento ao apelo principal e ao apelo adesivo, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e FRANCISCO KUPIDLOWSKI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Mandado de segurança - Exigibilidade do crédito tributário - Afastamento - Depósito administrativo para a suspensão desta - Decisão concessiva da segurança - Trânsito em julgado - Pedido de levantamento dos valores depositados - Indeferimento na via administrativa - Novo pedido no bojo do mandado de segurança - Via judicial - Possibilidade - Art. 213 da Lei nº 6763/75

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei nº 6.763/75.

- Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei nº 6.763/75, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejaram óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.98.113168-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Telemar Norte Leste S.A. - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Autoridade Coatora: Superintendente da Receita do Estado de Minas Gerais - 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 Des. Alberto Vilas Boas, 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, 2 de março de 2010. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pela agravada, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti e, pela agravante, o Dr. Luís Henrique Costa Pires.

DES. GERALDO AUGUSTO - Senhor Presidente.

Diante de questões de fato que preciso novamente examinar, peço adiamento do julgamento, com vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela agravante e pela agravada, respectivamente, os Drs. Lauro Bracarense Filho e Amélia Fonseca.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Des. Geraldo Augusto.

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

Agrava-se da decisão de f. 230-TJMG que, nos autos do mandado de segurança impetrado pela agravante em face do agravado, indeferiu o requerimento desta, f. 223/228, que visava à expedição de ofício ao Subsecretário da Receita Estadual, para que fossem tomadas providências para o levantamento integral dos depósitos administrativos realizados e vinculados ao presente feito.

Irresignada, visando à reforma da decisão de origem, interpôs recurso de agravo de instrumento, apresentando razões, em síntese, no sentido de que é possível o levantamento dos depósitos administrativos de imediato e de plano, uma vez que já obtida a segurança pleiteada, cuja decisão transitou em julgado, não havendo nenhum impedimento ou condição a ser cumprida para o resgate dos valores depositados.

Contraminuta, em resumo, apenas requerendo que seja negado provimento ao recurso (f. 241/251-TJ).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça junto a esta Câmara, pelo desprovimento do recurso aviado (f. 318/323-TJ).

Este é o breve relatório.

Examina-se o recurso.

Primeiramente, insta destacar que a pretensão trazida por meio do mandado de segurança visava a afastar a exigibilidade do ICMS sobre os serviços de instalação das linhas telefônicas, porquanto consistem apenas em procedimento preparatório para a prestação do serviço de telefonia.

Ao que consta dos autos, conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi concedida a segurança, reconhecendo a inexigibilidade do tributo acima referido, nas operações destacadas pela ora agravante, mormente as de instalação da linha telefônica.

Por outra via, sabe-se que é facultado ao contribuinte, durante a tramitação do processo tributário-administrativo, garantir a execução do crédito tributário

através do depósito administrativo dos valores questionados, conforme disposição legal contida no art. 212 da Lei 6.763/75.

Assim, uma vez reconhecida a impossibilidade de se exigir o tributo em relação àquelas operações, não há que se impor óbice à devolução, ao depositante, dos valores imobilizados tão somente com o fim de suspender a exigibilidade tributária daquele período.

Verifica-se, ainda, que o pedido aviado anteriormente na esfera administrativa, embora se alegue não ter sido indeferido, implicou óbice ao seu deferimento, porquanto foram impostas as condições previstas no art. 166 do Código Tributário Nacional, que não se enquadram na hipótese dos autos.

Isso porque não se trata aqui de restituição de tributo, o que deveria ser pleiteado na via própria de repetição de indébito, mas, sim, de devolução de depósito efetuado na seara administrativa, cujo permissivo legal é encontrado no art. 213 da Lei 6.763/75, que dispõe:

> Art. 213 - Após a decisão irrecorrível na esfera administrativa, poderá o contribuinte optar pela compensação entre o valor depositado, se indevido, ou a diferença, se excessiva, e o valor de tributo da mesma espécie, ou pelo pedido de restituição.
> Parágrafo único - Em ambas as hipóteses, a devolução ocorrerá no prazo máximo de trinta dias úteis, contado da data do requerimento de restituição, e sobre o valor a ser devolvido incidirão juros, à mesma taxa incidente sobre os créditos tributários em atraso, calculados da data do depósito até o mês anterior ao da efetiva devolução.

Ora, há de ser salientado, ainda, que, se a decisão administrativa irrecorrível, que reconhece por indevida a exigência tributária, tem o condão de autorizar a devolução dos depósitos efetuados, não há como deixar de atribuir tal qualidade à decisão judicial que também assim o faz, merecendo, pelo menos nesse ponto, consideração e efeito semelhantes.

A assertiva encontra amparo na melhor e atual doutrina processual a respeito:

> [...] Na exata medida em que o Judiciário reconhece determinado direito para alguém - para recuperar a hipótese de trabalho, a não incidência de determinado tributo - isto, por si só, tem o condão de revelar que aquela relação jurídica tributária nunca existiu. Nem antes, nem durante, nem depois da investida jurisdicional, aqui, a impetração do mandado de segurança pelo contribuinte. Enquanto aquela decisão jurisdicional estiver submetida ao manto da coisa julgada, enquanto não houver qualquer alteração de fato ou de direito na relação jurídica tributária existente entre o contribuinte e o Fisco, aquela declaração - por si só, é importante enfatizar - não só afasta a exação tributária no momento presente e no futuro, mas também viabiliza a recuperação do indébito, isto é, daquilo que foi pago a maior no passado, p.ex., antes da impetração. Isto porque a lei - e é esta a linha doutrinária que vem preponderando - criou um novo título executivo judicial; um título que reconhece efeitos condenatórios a partir de uma declaração (de um reconhecimento) jurisdicional.
> O não reconhecimento da relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco, contudo, é medida mais do que suficiente para embasar as considerações até aqui desenvolvidas. É que o reconhecimento (a declaração) de inexistência de relação jurídica tributária é, nos termos do inciso I do art. 475-N, medida suficiente para reconhecer a ilicitude da exigência da cobrança tributária. A decisão que assim seja proferida tem o condão suficiente de declarar a certeza de que o tributo questionado nunca foi devido nas operações questionadas em juízo. Trata-se, na letra da própria lei, de 'uma sentença que reconhece a obrigação de não-fazer' (de não-tributar) por parte do Fisco. É esta a característica, aliás, que sempre marcou o mandado de segurança impetrado em situações como estas. Este 'não-fazer', vale enfatizar o ponto, não desperta e nunca despertou qualquer questionamento ou dúvida. O que vale trazer à tona, bem diferentemente, é o que está além deste 'não-fazer' a partir da mesma 'declaração', isto é, a partir do mesmo reconhecimento jurisdicional de que o contribuinte não deve recolher o tributo que questiona em juízo. ...'. (Cássio Scarpinela Bueno. *Sentenças concessivas de Mandado de Segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais* - (Execução e Fazenda Pública) - Execução Civil. Ed. Revista dos Tribunais, 1. ed., p. 329/330.)

E, também:

> O contribuinte vencedor tem o direito de se comportar, em relação ao Fisco, em conformidade com o que consta da decisão precedente, não 'precisando', ou, mais precisamente 'não devendo e nem podendo ir à Justiça' para que esse direito subjetivo e adquirido possa vir a ser realidade, pois ele já o é com a sentença. E isto justamente porque tal direito - definição de sua relação jurídica com o Fisco - já está definido imutavelmente [...] O que é importante estabelecer é que, conquanto se aluda ou se refira a função jurisdicional como declarativa, necessário é clarificar o verdadeiro sentido dessa expressão. Em verdade, quando se diz que a função jurisdicional é declarativa (e, ainda quando o seja meramente declaratória), o que se quer dizer é que, por excelência, o ato jurisdicional é prescritivo. Esta colocação teórica, correta, explica satisfatoriamente 'como', 'em que medida', e 'por que' a sentença declaratória produz efeitos jurídicos mais sensíveis do que normalmente ou desavisadamente se pensa. (Arruda Alvim. *Tratado de Direito Processual Civil*. v. 1, p. 428-429 - e também anotação na citação acima.)

Por fim, repita-se que - não obstante tenha sido realizado o depósito na esfera administrativa - nada impede, quer por disposição legal expressa, quer pela consideração dos princípios da celeridade e instrumentalidade processuais, que o pedido de expedição de ofício à autoridade fazendária, para o levantamento dos depósitos realizados, seja deferido.

Com tais razões, dá-se provimento ao agravo, reformando a decisão agravada, para que o MM. Juiz de Direito *a quo* determine seja oficiado ao impetrado, ora agravado, para restituir os valores depositados pela agravante, com as correções, na forma legal.

DES. ARMANDO FREIRE - Senhor Presidente.

Registro o recebimento de memoriais.

Acompanho o Relator.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL DANDO PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Lauro Bracarense Filho.

DES. ALBERTO VILAS BOAS (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 9.2.2010, a meu pedido, após votarem o Relator e o Primeiro Vogal dando provimento ao recurso.

O meu voto é o seguinte.

Solicitei vista dos autos em face da sustentação oral realizada em favor da Fazenda Pública Estadual e, após examinar os autos, convenço-me de que a pretensão recursal deve ser acolhida.

Com efeito, a circunstância de não haver sido realizado o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares não implica dizer que tenha a agravada que obrigar a agravante a ajuizar ação ordinária para tornar autoexecutável, de forma plena, o comando da decisão concessiva da segurança oriunda do Superior Tribunal de Justiça.

Por certo, o depósito administrativo do tributo, que posteriormente se considerou não devido, em tudo se assemelha àquele de natureza judicial, e a Fazenda Pública Estadual, ciente da inexigibilidade do tributo, não pode impor restrições ao seu levantamento imediato.

Dentro desta perspectiva, a recusa do Estado de Minas Gerais lesa o postulado da boa-fé objetiva, na medida em que a conduta da recorrente em efetuar periodicamente o depósito do imposto revelou sua confiança em reaver as quantias colocadas à disposição do Fisco, que dele fez uso a tempo e modo.

Logo, a conduta estatal consistente em negar-se a devolver os valores depositados não pode violar essa legítima expectativa que tinha a recorrente de incorporar ao seu patrimônio os valores do tributo que se revelou indevido.

Ora, se a legislação estadual estabelece como viável o depósito administrativo para suspender a exigibilidade do crédito tributário, não é aceitável que a administração se recuse a devolvê-lo e, assim, possa abalar a confiança que o administrado projeta sobre os atos administrativos a serem praticados pelo administrador.

Não socorre à agravada a argumentação segundo a qual a devolução seria incabível, em razão de não haver sido apresentada a prova de ausência de repercussão do tributo sobre o consumidor final, a teor do que alude o art. 166, CTN.

Consoante se observa da petição recursal, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - aplicável, por simetria, ao depósito administrativo - que o art. 166, CTN, não incide quando se objetiva reaver quantia depositada judicialmente. A aludida regra somente pode ser invocada quando o contribuinte objetiva repetir o indébito, situação não caracterizada nos autos.

Fundado nestas razões, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso para determinar, como consequência lógica da decisão concessiva da segurança, que sejam devolvidos à recorrente os valores depositados na via administrativa.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Prestação de informações - Interesse particular, coletivo ou geral - Princípio da publicidade dos atos administrativos - Art. 5º, Inciso XXXIII, da Constituição Federal

Ementa: Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. Prestação de informações. Interesse. Publicidade. Ordem concedida.

- O direito de informações de interesse particular, coletivo ou geral é assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988 e decorre da própria noção de publicidade dos atos administrativos. Em reexame, conhecido de ofício, confirmar a sentença e conceder a ordem. Prejudicado o recurso de apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.135224-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: SBPETRAN - Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança no Trânsito - Autoridade coatora: Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - DETRAN, Chefe da Assessoria Jurídica do Detran - 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 Silas Vieira , 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 DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 158/165, que concedeu a segurança impetrada pela Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança do Trânsito - SBPETRAN e determinou que a autoridade coatora informasse o nome das clínicas que solicitaram credenciamento junto ao Detran para a realização dos exames médicos e psicológicos nos candidatos à obtenção e renovação de CNH, desde 18.10.2007, bem como o endereço funcional, nome dos sócios, inscrição e CNPJ, número dos processos administrativos e vistas dos mesmos.

Em suas razões recursais, o Estado de Minas Gerais aduziu que a impetrante não possui legitimidade ativa para o feito, pois é pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer poder de fiscalização legalmente atribuído, cabendo tal atribuição ao Conselho Regional de Psicologia, ao Conselho Regional de Medicina e ao Departamento de Trânsito de Minas Gerais.

Sustentou que a decisão recorrida fere o sigilo profissional e que a impetrante não comprovou que as clínicas "estariam sendo credenciadas como fruto de politicagem".

Pediu a reforma da sentença e a denegação da segurança.

Contrarrazões ofertadas às f. 221/233.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença (f. 250/255).

É o relatório.

Conheço de ofício do reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009, bem como do recurso de apelação, uma vez presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Questão Preliminar - Ilegitimidade Ativa

O Estado de Minas Gerais reiterou a preliminar de ilegitimidade ativa da impetrante, aduzindo que a Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança do Trânsito - SBPETRAN é pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer poder de fiscalização.

Rejeito a preliminar, uma vez que a legitimação da impetrante está amparada no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, conforme restará demonstrado na análise do mérito recursal.

Questões de Mérito

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança do Trânsito - SBPETRAN contra ato do Chefe do DETRAN/MG, que se recusou a fornecer à impetrante os dados das clínicas que solicitaram credenciamento para a realização dos exames médicos e psicológicos nos candidatos a obtenção e renovação de CNH, desde 18.10.2007.

Com efeito, analisando os autos do processo, verifica-se que os requerimentos protocolizados pela impetrante em 29.2.2008 (f. 60/63) e 29.4.2008 (f. 67/69) não foram atendidos pela autoridade coatora, que se justificou, respondendo que os dados solicitados são sigilosos (f. 71).

Sobre o assunto, o art. 5º, inciso XXXIII da Constituição da República de 1988 estabelece que

> todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Ou seja, a norma constitucional expressamente assegurou aos administrados o acesso às informações de interesse particular ou coletivo, desde que não protegidas pelo sigilo.

In casu, é inegável o interesse da impetrante em conhecer os critérios adotados pelo DETRAN/MG para credenciar as clínicas responsáveis pela realização dos exames médicos e psicológicos dos condutores mineiros.

Afinal, seu estatuto revela que a sociedade foi constituída para defender os interesses, anseios e reivindicações da classe de psicólogos que representa, bem como garantir a segurança no trânsito (f.18).

Some-se a isso que as informações pretendidas pela impetrante se revestem de nítida natureza pública e, como tal, também residem na órbita dos interesses da coletividade, vale dizer, na promoção de um trânsito seguro e adequado.

Não se trata, portanto, da usurpação dos poderes de fiscalização legalmente conferidos aos Conselhos de Classe ou aos Órgãos de Trânsito, mas sim da mera requisição de informações que se relacionam com seu objeto estatutário e que interessam a toda sociedade. Nesse *mandamus*, não se discutem eventuais irregularidades constatadas nos processos de credenciamento, mas sim o direito legítimo da impetrante de obter as informações requeridas.

Afinal, os critérios para o credenciamento das clínicas médicas e psicológicas devem ser transparentes e amplamente divulgados, para que todos os interessados possam candidatar-se em igualdade de condições.

Essa noção decorre do próprio princípio da publicidade, consagrado no art. 37 da CR/88, que impõe a transparência e a visibilidade da atuação da Administração Pública.

Consequência lógica desse princípio é a divulgação dos atos administrativos, conforme adverte Marçal Justen Filho:

> O princípio da publicidade significa vedação a atividades ou atos sigilosos (ressalvadas as hipóteses em que o sigilo seja indispensável, como é evidente). O exercício do poder deve ser acessível ao conhecimento de toda a comunidade e, especialmente, daqueles que serão afetados pelo ato

> decisório. A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação da lisura dos atos praticados (In *Curso de direito administrativo*, p. 225).

Por fim, observa-se que os dados requeridos não são sigilosos e tampouco colocam em risco a segurança do Estado ou da sociedade.

Pelo contrário, como já dito, as informações requeridas atendem aos anseios sociais por um trânsito seguro, sendo certo que a averiguação da capacidade dos profissionais credenciados contribuirá para o fornecimento de um serviço de melhor qualidade aos administrados.

Verifica-se, portanto, que a autoridade coatora, ao deixar de prestar as informações requeridas pela impetrante, feriu as garantias constitucionais que asseguram o acesso de informação e a publicidade dos atos administrativos - ressalvados apenas aqueles sigilosos, não sendo esta a hipótese dos autos.

Isso posto, em reexame necessário, confirmo a sentença e concedo a ordem de segurança.

Fica prejudicado o recurso de apelação.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO e SILAS VIEIRA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Execução fiscal - Coobrigadas - Prescrição - Não ocorrência - Empresa executada - Citação - Validade - Interrupção da prescrição - Art. 125, III, do Código Tributário Nacional - Inclusão das sócias - Possibilidade - Precedente do STJ

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Prescrição em relação às coobrigadas. Inocorrência. Citação válida da empresa executada. Interrupção da prescrição. Art. 125, III, do CTN. Inclusão das sócias. Possibilidade. Precedente do STJ.

- A interrupção do lapso prescricional, com a citação válida da pessoa jurídica executada, prejudica os demais obrigados, conforme dispõe o art. 125, III, do CTN.

- Se o nome do sócio da empresa executada estiver indicado na CDA, como corresponsável, é possível conferir-lhe legitimidade passiva e autorizar a citação, nos moldes do art. 568, I, do CPC. Precedente do STJ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.07.369424-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Agravada: Ressete Telecomunicações Ltda. - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão interlocutória de f. 57-TJ, proferida nos autos da Ação de Execução Fiscal manejada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte em face de Ressete Telecomunicações Ltda., via da qual o MM. Juiz da causa indeferiu o pedido de redirecionamento da execução contra o sócio-gerente da executada, ao fundamento de que

> entre a constituição definitiva do crédito tributário e a presente data decorreram mais de cinco anos, sem que tenha havido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição em relação à pessoa do indigitado sócio, que não é parte na presente execução (f. 57 - TJ).

Inconformado, o Fisco Municipal ressalta que "a citação se operou antes do transcurso do prazo estabelecido pelo art. 174, CTN, e constituiu em mora a empresa executada" (f. 16 - TJ).

Verbera que "o prazo prescricional para o sócio deve ter início, desde que não ocorrida a prescrição quanto à empresa, a partir do momento em que a mesma for regulamente citada" (f. 17 - TJ).

Isento de preparo.

Registro que o recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo (f. 62/63 - TJ).

Desnecessária a intimação do agravado, visto que não possui advogado constituído nos autos do processo executivo fiscal.

Informações do Juízo monocrático à f. 68 - TJ.

Dispensado o parecer da douta Procuradoria de Justiça, em atenção ao art. 82 do CPC e à Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001.

É o relato.

Conheço do agravo de instrumento, pois que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte propôs, em 2007, ação de execução fiscal contra Ressete Telecomunicações Ltda., com o intuito de receber, desta, determinada quantia relativa ao não recolhi-

mento do ISSQN descrito na CDA de f. 26 - TJ, referente ao mês de janeiro de 1998.

Por meio da petição de f. 47/53 - TJ, o Fisco Municipal requereu a inclusão no polo passivo da lide das corresponsáveis Márcia de Almeida Ameno e Elizabeth Estela Pinheiro da Silva.

Tal pleito foi indeferido (f. 57 - TJ), o que ensejou o presente recurso.

Pois bem.

A controvérsia reside em saber se a citação da pessoa jurídica interrompe (ou não) a prescrição em relação aos corresponsáveis tributários na possibilidade, e na possibilidade ou não, de se incluir, no polo passivo da execução fiscal, as sócias Márcia de Almeida Ameno e Elizabeth Estela Pinheiro da Silva, justificado pelo encerramento das atividades empresariais.

Dispõe o art. 125, III, do Código Tributário Nacional:

> Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:
> [...]
> III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica os demais."

Da leitura do dispositivo legal em comento pode-se concluir que a interrupção do lapso prescricional, com a citação válida da pessoa jurídica executada, prejudica os demais obrigados. A partir de então, o exequente terá 5 (cinco) anos para promover a citação dos demais coobrigados, sob pena de extinção da pretensão.

Outro não é o entendimento do Colendo STJ:

> Tributário. Processual civil. Embargos à execução. Prescrição. Ausência de juntada de acórdãos paradigmas. Redirecionamento da execução fiscal. 1. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe que seja, nos termos do art. 255, § 1°, alíneas "a" e "b", do RISTJ, colacionada às razões recursais a cópia integral dos acórdãos paradigmas bem como realizado o cotejo analítico. 2. Consoante sufragado nesta Corte o lastro prescricional para a citação dos sócios-gerentes, na hipótese de redirecionamento da execução fiscal, flui a partir da citação da pessoa jurídica. Ou seja, a contar da data de citação da empresa executada começa a correr o prazo de 05 (cinco) anos para a realização da citação dos sócios-gerentes. Precedentes: Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido (STJ, REsp 861092/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07.11.2006, *DJ* de 24.11.2006, p. 281).

> Tributário. Execução fiscal. Art. 135 do CTN. Responsabilidade pessoal do sócio-cotista. Inocorrência. Art. 174 do CTN. Prescrição. Súmula 7/STJ. 1. Para que se viabilize o redirecionamento da execução fiscal, é indispensável esteja presente uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora não configuram, por si sós, nem em tese, situação que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios (EREsp 374139/RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 28.02.2005). 3. A citação válida da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação aos sócios responsáveis pelo débito fiscal. Precedentes: REsp 205.887/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma, *DJ* de 01.08.2005; REsp 758934/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, *DJ* de 07.11.2005. 4. Recurso especial a que se dá provimento (STJ, REsp 682782/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.03.2006, *DJ* de 03.04.2006, p. 242).

No mesmo sentido, cito os seguintes julgados deste TJMG:

> Processual civil. Redirecionamento da execução fiscal. Citação da sociedade empresária. Interrupção da prescrição em relação ao sócio-gerente. A citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição tanto para essa quanto para seus co-responsáveis tributários, para fins de redirecionamento da execução fiscal, devendo, no entanto, ser efetuada a citação desses coobrigados no prazo de cinco anos a contar daquela data, de modo a não tornar imprescritível a dívida (TJMG, Agravo de Instrumento n° 1.0145.99.006944-8/001(1), Relator: Des. Edilson Fernandes. Data do julgamento: 08.05.2007. Data da publicação: 25.05.2007).

> Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Sócios. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. Interrompida a prescrição em desfavor da pessoa jurídica, este fato projeta seus efeitos também em relação aos possíveis responsáveis solidários, de acordo com o art. 125, III, do CTN, em combinação com o art. 8°, § 2°, da Lei 6.830/1980 (TJMG, Agravo de Instrumento n° 1.0145.99.018102-9/001(1). Relator: Des. Brandão Teixeira. Data do julgamento: 06.02.2007. Data da publicação: 02.03.2007).

No caso em comento, pude observar que a empresa devedora foi citada em 08.04.2008 (f. 30-v - TJ), interrompendo-se, nessa data, o prazo prescricional.

Portanto, a meu ver, não há que se falar em ocorrência de prescrição em relação aos corresponsáveis, tendo em vista o que dispõe o art. 125, III, do CTN e a jurisprudência.

Quanto à possibilidade de inclusão dos coobrigados no polo passivo, já me manifestei em outros julgados e, a título de exemplo, cito o Agravo de Instrumento n° 1.0629.06.029427-5/001, em que adiro ao posicionamento do STJ no sentido de se admitir a sua inclusão, se a Certidão de Dívida Ativa contempla os seus nomes, ainda que a execução tenha sido ajuizada contra a pessoa jurídica.

A propósito, o seguinte julgado do STJ:

> Processual civil e tributário. Embargos de declaração com efeitos modificativos. Execução fiscal. Responsabilização do sócio cujo nome consta da CDA. Inversão do ônus da prova. 1. Têm cabimento os embargos de declaração opostos com o objetivo de corrigir contradição ventilada no julgado. 2. A

CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção. 3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como corresponsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa. 4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN. 5. Embargos de declaração que se acolhem, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional (STJ, EDcl no REsp 960456/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon . *DJ* de 16.09.2008. Publicação: 14.10.2008).

No caso, os nomes de Márcia de Almeida Ameno e Elizabeth Estela Pinheiro da Silva foram indicados na CDA de f. 26 - TJ como sócias coobrigadas pela dívida.

Logo, é de lhes conferir legitimidade passiva, nos moldes do art. 568, I, do CPC, autorizando-se, em consequência, as citações.

De se ressaltar que a situação dos autos não se enquadra naquela em que o Fisco executa apenas a pessoa jurídica e, posteriormente, requer o redirecionamento contra o sócio, mas de mera inclusão no polo passivo, dada a presunção de certeza e liquidez do título fiscal.

Aliás, tal medida não induz à interpretação de que os coobrigados sejam responsáveis pelo pagamento do crédito tributário, pois é inaceitável fugir aos limites da controvérsia ora levantada e, desde logo, passar a uma análise material da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN, conclusão essa que só poderá advir após a instrução processual instaurada pela via cognitiva adequada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a r. decisão, afastar a prescrição e determinar a inclusão das sócias Márcia de Almeida Ameno e Elizabeth Estela Pinheiro da Silva no polo passivo da execução fiscal, tal como pleiteado pelo Município de Belo Horizonte.

Custas processuais e recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Execução - Alimentos - Desemprego do alimentante - Desconto em folha - Exoneração - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Desemprego. Desconto em folha. Exoneração. Impossibilidade. Recurso conhecido e não provido.

- O desemprego do alimentante não é motivo para exoneração de sua obrigação, devendo ser indeferido o pedido de cessação dos descontos em folha, em sede da ação de execução.

Recurso conhecido e não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.09.561234-8/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: F.M.N. - Agravado: J.D.A.F. - 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 Des. Edgard Penna Amorim, 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, 14 de janeiro de 2010. - *Bitencourt Marcondes* - Relator

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por F.M.N. em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Armando D. Ventura Júnior, da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da execução ajuizada por J.D.A.F., indeferiu o pedido de cessação dos descontos em seu benefício previdenciário, referente à pensão alimentícia.

Sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da decisão, porquanto não possui condições de arcar com a pensão fixada quando do divórcio, tendo em vista estar desempregado, sendo certo que a aposentadoria é sua única fonte de renda.

Decisão, às f. 116/117, recebendo o agravo apenas em seu efeito devolutivo.

O il. Magistrado *a quo* prestou as informações que lhe foram solicitadas à f. 121.

Sem contraminuta.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 127, pela não intervenção no feito.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

I. Do objeto do recurso.

Afirma a necessidade de reforma da decisão que indeferiu a cessação dos descontos, referentes à pensão alimentícia, em seu benefício previdenciário.

O Magistrado singular proferiu a seguinte decisão:

> Indefiro o pedido de f. 57/59, uma vez que, como bem destacou a RPM em seu parecer de f. 64/67, o pedido de cessação dos descontos da pensão alimentícia mensal deverá ser requerido na ação de exoneração proposta pelo requerente, conforme noticiado à f. 57, sendo certo que em tal ação poderá ser analisado o binômio possibilidade/necessidade, ao contrário da presente execução, na qual cabe somente a análise do título, se é líquido, certo e exigível.

Entendo que a decisão não merece qualquer reparo.

Isso porque a sentença homologatória é título executivo judicial, conforme dispõe o art. 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil.

O fato de o executado estar desempregado não altera a natureza jurídica do título. Esse fato pode, em tese, servir para demonstrar a alteração em sua situação econômica, de modo a exonerá-lo da obrigação assumida por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, nos termos do art. 471, I, do estatuto processual, e art. 1.699 do Código Civil.

Assim, caberia ao agravante ingressar com ação revisional/exoneração, tendo em vista a alteração de sua situação econômica, sendo devido o valor anteriormente fixado enquanto não houver alteração por nova decisão judicial ou novo acordo.

Transcrevo excerto do voto proferido pela il. Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, quando do julgamento da apelação nº 1.0702.06.305579-3/001:

> Ainda, cumpre ressaltar que o ora apelante sustenta que a Magistrada *a quo* foi levada a erro, deixando de considerar a ação de exoneração de pensão ajuizada em face da exequente, alegando, assim, que 'não pode prevalecer a sentença, uma vez que existe, no TJMG, um recurso de apelação ainda não julgado e que, caso acatado, exonerará o apelante de pagar pensão a uma ex-mulher, já divorciados sem qualquer vínculo entre si' (f. 26).

Entretanto, imperioso lembrar que, conforme consigna Yussef Said Cahali,

> os alimentos, uma vez fixados por sentença ou homologados pelo Juiz, não poderão ser modificados senão por nova sentença judicial ou por um novo acordo (*Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 918).

Destarte, verifica-se que a referenciada ação de exoneração, que se encontra em sede de recurso de apelação nº 1.0702.04.116852-8/001, de minha relatoria, não obsta a execução de alimentos, já que não há qualquer decisão transitada em julgado na ação de exoneração que libere o pagamento dos alimentos, como erroneamente consigna o apelante, ressaltando-se, ainda, que a sentença de primeiro grau naquela ação julgou improcedente o pedido formulado pelo alimentante.

Ademais, é certo que a execução objeto dos presentes embargos visa à pensão dos alimentos pretéritos que não foram pagos pelo ora apelante e que são devidos na forma em que foram pactuados pelas partes na separação judicial do casal, em acordo firmado e homologado judicialmente (f. 08/11-apenso), tendo o embargante deixado de cumprir com sua obrigação previamente estabelecida.

Portanto, não resta dúvida de que é devida a execução dos alimentos pactuados pelas partes que não foram adimplidos pelo ora apelante.

No mesmo sentido vem decidindo este Tribunal:

> Apelação cível. Preliminar de não conhecimento do recurso. Inadequação. Rejeitada. Embargos à execução de alimentos. Pensão fixada em percentual sobre os rendimentos. Desemprego. Redução indevida. Falta de propositura da revisional. Excesso apurado. Decote devido. - Processada a execução pelo rito do art. 646 do CPC, embora sob a vigência da Lei nº 11.232/2005, a decisão proferida não resolveu impugnação ao cumprimento de sentença, mas embargos à execução, processada como ação autônoma, sendo cabível apelação contra o ato judicial. - Fixados os alimentos em percentual sobre os rendimentos do alimentante e sobrevindo período de desemprego, a pensão deve ser calculada com base na última remuneração auferida. - Para obter a revisão do valor dos alimentos deve aquele que os deve pleitear a alteração em juízo pela ação própria. - Demonstrada diferença entre o valor pago e o pagamento informado pelas exequentes, deve ser decotado o excesso de execução. - Recurso parcialmente provido. (TJMG - Apelação Civil nº 1.0024.07.463784-4/001 - Rel. Des. Heloísa Combat - j. em 11.11.2008.)

> Alimentos. Embargos de devedor. Execução baseada em título judicial. Compensação. Impossibilidade. - Considerando-se que o apelante deixou de propor a necessária ação revisional de alimentos e uma vez vencidas as prestações alimentícias fixadas na sentença, induvidoso que a base de cálculo deva ser de 15% sobre o salário que o apelante auferia à época da rescisão de seu contrato de trabalho. Na prestação de alimentos, onde há um devedor e um credor sem obrigações recíprocas, inaplicável o instituto da compensação. (TJMG - Apelação Civil nº 1.0000.00.279075-/001 - Rel. Des. Eduardo Andrade - j. em 17.9.2002.)

> Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Desemprego superveniente do alimentante. Redução da pensão. Impossibilidade. Matéria reservada a ação revisional. - Fixada a pensão alimentícia, em termos percentuais, sobre os rendimentos do pensionante, sobrevindo o desemprego deste, é indevida a alteração do valor pelo juiz na fase exe-

cutiva, em sobreposição à coisa julgada, devendo o montante dos alimentos corresponder àquele que resulta da incidência do percentual alimentar sobre o último salário do alimentante, quando ainda empregado. (TJMG - Agravo nº 1.0024.07.585750-8/001 - Rel. Des. Elias Camilo - j. em 8.10.2009.)

In casu, o agravante ingressou com ação de exoneração, sendo certo que foi reduzida a obrigação alimentar, conforme informado pelo Juízo *a quo* à f. 121:

> Em 24.8.2009, indeferi o pedido do agravante/executado de cessação dos descontos dos alimentos mensais de seu benefício previdenciário, devidos à agravada/exequente, uma vez que tal pedido deveria ter sido feito na ação de exoneração proposta por ele, pois em tal ação é que será analisado o binômio possibilidade/necessidade, ao contrário da presente execução, na qual cabe somente a análise do título: se é líquido, certo e exigível (f. 68 - cópia anexa).
> Comunico que, todavia, no processo de exoneração de pensão alimentícia de nº 702.09.570993-8, no qual figuram as mesmas partes deste agravo, acolhi o pedido de tutela antecipada para reduzir a pensão alimentícia devida pelo agravante, autor daquela ação, à agravada, requerida dos autos de exoneração, para a importância de um salário-mínimo mensal (f. 105 dos autos de nº 702.09.570993-8).

Destarte, correta a decisão que, na ação de execução, indefere o pedido de cessação dos descontos.

II - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Condomínio - Taxa - Critério de rateio - Convenção - Validade - Consignação em pagamento

Ementa: Consignação em pagamento. Taxas de condomínio. Critério de rateio. Convenção. - A Convenção de Condomínio aprovada e registrada pelos então proprietários, malgrado a maioria das unidades seja da construtora, é válida e eficaz quanto à forma de cálculo da taxa de condomínio para os imóveis da construtora, enquanto não comercializados; assim, a cobrança em desacordo com a Convenção é nula, e legítima é a consignação da taxa de condomínio calculada em conformidade com a Convenção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.591791-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Becker Construcões e Comércio Exterior Ltda. - Apelado: Condomínio do Edifício La Terre - 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 Des. 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, 24 de fevereiro de 2010. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Marcelo Dias Gonçalves Vilela e, pelo apelado, o Dr. Luiz Gustavo Azevedo Branco.

DES. DOMINGOS COELHO - Trata-se de ação de consignação em pagamento, ajuizada por Becker Construções e Comércio Exterior Ltda., em face de Condomínio do Edifício La Terre, objetivando a quitação das taxas de condomínio das unidades não comercializadas, em conformidade com o valor estatuído pelas cláusulas quinta e sexta da Convenção, ou seja, valor mensal correspondente a 10% da taxa condominial, já que impedida de pagar diante da cobrança do valor integral.

Pedido julgado improcedente, por considerar justa a recusa de recebimento. Vista a natureza dúplice da ação de consignação, o pedido de pagamento das taxas de condomínio, sem aplicação das cláusulas quinta e sexta, foi julgado procedente, assim como o de nulidade das cláusulas sexta e décima primeira da Convenção de Condomínio do Edifício La Terre, de 22 de fevereiro de 1999. Foi determinado o pagamento das taxas condominiais vencidas e vincendas, conforme quadro posto na sentença, com redução dos valores pagos e depositados nos autos, atualização pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça e juros de mora de 1% ao mês desde o vencimento de cada parcela; honorários de advogado de 10% sobre o valor da condenação (f. 231-241).

A autora (f. 258-271) sustenta a validade da Convenção de Condomínio, pois não há previsão de isenção ou exoneração de pagamento de taxa condominial, apenas um critério de rateio de despesas distinto da regra subsidiária do art. 12 da Lei nº 4.591/64, que prevê o pagamento de acordo com as frações ideais; a Convenção foi realizada por todos os condôminos existentes à época, e não apenas por ela, a partir de todas

as formalidades legais; a cláusula sexta traz, em seu texto, uma lógica de a taxa condominial ser diferenciada em relação à incorporadora ou construtora (até a alienação de todas as unidades), porquanto não consumidora de bens e serviços; trata-se de regra transitória e legal que atende ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, por isso não há que se falar em nulidade das respectivas cláusulas, expressões da autonomia privada, desprovida de caráter abusivo ou desproporcional; a cláusula décima primeira prevê a unanimidade de votos para alterar as cláusulas quinta e sexta e, fixada de forma livre, não pode ser considerada abusiva; os condôminos concordam com a Convenção e jamais existiu convocação de assembleia geral para deliberar modificação; os valores estabelecidos pela sentença são unilaterais.

Próprio e tempestivo, está o presente recurso apto a merecer conhecimento, porquanto ainda respaldado pelos demais requisitos de admissibilidade.

Com razão a empresa recorrente.

Orlando Gomes, na obra *Introdução ao direito civil*, 19. ed., p. 107/108, leciona:

> Os direitos pessoais são ilimitados. É reconhecido o poder de gerar quaisquer obrigações, desde que lícitas. Não ficam adstritas as partes aos contratos nominados, ou negócios típicos.
> Os direitos reais são *erga omnes*. Os direitos pessoais, *in personam*.
> 57. Direitos potestativos. A todo direito corresponde, em tese, uma obrigação. Há direitos nos quais, entretanto, a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem. São denominados *direitos potestativos*. Segundo Chiovenda, consistem no poder do titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva fazer algo, senão sujeitar-se, como, v.g., o poder de revogar a procuração, de ocupar *res nullius*, de pedir a divisão da coisa comum, de despedir empregado. Por declaração unilateral de vontade, o titular cria, modifica ou extingue situação jurídica em que outros são diretamente interessados (Trabucchi).
> [...]
> Os direitos potestativos não se confundem com as simples faculdades de lei, porque o exercício destas não acarreta, como naqueles, qualquer sujeição de outra pessoa. É certo, porém, que o direito potestativo não contém pretensão. Seu titular não tem realmente o poder de exigir de outrem um ato ou omissão. O titular realiza seu interesse sem necessidade de cooperação do sujeito passivo (Santoro Passarelli), exerce o direito independentemente da vontade de quem deve sofrer as consequências do exercício.
> O direito potestativo não é, propriamente falando, direito subjetivo, por lhe não ser correlata uma obrigação.

A Convenção de Condomínio do Edifício La Terre foi firmada pelos proprietários, no total de 03 (três), sendo da apelante a maioria das unidades (f. 20-28). Nesse contexto técnico-jurídico, não se retrata direito potestativo (titular realiza seu interesse sem necessidade de cooperação), e sim faculdade (poder de agir, compreendido no direito). Assim, a conveniência de não onerar a apelante, proprietária transitória, com o ônus do pagamento integral da taxa de condomínio (cláusulas quinta e sexta, f. 26), é regra de direito pessoal válida, porque decorrente de obrigação lícita.

Caio Mário da Silva Pereira, na obra *Condomínio e incorporações*, 10. ed., p. 191/193, doutrina:

> Neste passo, cabe indagar e responder se pode e como se deve alterar a Convenção. De início, ocorre prontamente que a Convenção não pode ser imutável. No momento em que se constitui a propriedade horizontal, os condôminos não se consideram tocados de infalibilidade, induzindo presumir que os itens do título constitutivo a tudo provejam, e para sempre. A experiência, as injunções decorrentes do tempo, as questões surgidas da convivência poderão suscitar o conselho de se adotarem regras permanentes, incorporadas ao complexo de preceitos que componham a lei particular do agrupamento. E, então, é evidente o poder da Assembléia para votá-las. Não oferece interesse doutrinário ou prático a primeira parte da questão, pois que dúvida não pode haver que a Assembléia, como órgão máximo do condomínio, pela mesma razão que reúne os poderes de votá-lo, tem-nos igualmente para alterar o estatuto do edifício. É incontroverso. Mas, enquanto não for alterada, a Convenção obriga, sendo, portanto, nula a deliberação tomada ao arrepio de suas disposições.
> Cumpre, porém, precisar o *quorum* da votação. Neste particular, cabe distinguir. Regras supletivas de normas complementares, de provimentos que se articulem com o estabelecimento de determinações de comportamento, afinadas com a conveniência geral, podem ser deliberadas pela maioria, pois que não traduzem, na verdade, alterações propriamente ditas.
> Mas, se a matéria importa alteração introduzida na Convenção vigente, dos direitos ou das prerrogativas dos condôminos, ou estabelecimento de novas normas com obrigações especiais envolventes da restrição de prerrogativas dos proprietários de apartamentos, somente por *quorum* especial pode aprovar-se, dispensada, porém, a unanimidade, o que, em relação ao direito francês, sustenta Mazeaud, e não há razão de direito para que entre nós seja diferente. Se, porém, a alteração envolver direito de propriedade exclusivo, de qualquer condômino, estará sujeita a unanimidade (2º Tribunal de Alçada de São Paulo, *in* Revista Forense, v. 264, p. 196).
> [...]
> Nos casos em que a Assembléia deva votar por unanimidade e um condomínio insistir na recusa, será possível o apelo à Justiça, para se resolver a controvérsia? Evidentemente não, porque naquilo que importar em faculdade ou direito insuscetível de alteração compulsória ninguém pode impor vontade ao condômino, e, como em nenhuma hipótese cabe a divisão das partes comuns, a solução única é conformar-se o dissidente, ou vender o seu apartamento, retirando-se do condomínio. Jamais impor decisão contra *non volentem agere*.
> Se a Convenção exigir unanimidade e um só comunheiro recusar sua anuência, a votação é frustra, não por amor a um pseudodireito de veto, mas pelo respeito devido à Convenção, como direito vigente entre os condôminos. Mas, no silêncio dela, a alteração exige dois terços, no mínimo, do total das frações ideais (Lei nº 4.591, art. 25, parág. único). Uma vez tomada uma deliberação pela Assembléia, dentro das suas atribuições, e observada a maioria *ex ratione materiae*, como visto acima, ela obriga a todos os coproprietários

do edifício (art. 24, § 1º), ainda aos ausentes e aos que na reunião votarem contra, e somente se invalidará pela mesma forma e pelos mesmos motivos que geram a ineficácia dos negócios jurídicos em geral.

Nessa senda, o *quorum* de 2/3, da primeira parte da cláusula décima primeira, vinculado à alteração da Convenção, bem como o de totalidade dos votos dos condôminos, da segunda parte (f. 27), restrito à vigência das cláusulas quinta e sexta, porquanto legítimos, não podem ser anulados pela Justiça. Ou seja, aos condôminos, regidos por faculdades e direitos insuscetíveis de alteração compulsória, não se pode impor vontade, ainda que decorrente da Justiça.

A jurisprudência orienta:

> Recurso especial. Ação de cobrança. Taxas condominiais. Critério de rateio expresso na Convenção. Conformidade com a Lei 4.591/64. Validade. Recurso não conhecido. 1 - A teor da jurisprudência desta Corte, havendo disposição expressa na Convenção Condominial a respeito do critério de rateio das despesas comuns, em conformidade com o disposto no artigo 12, § 1º, da Lei 4.591/64, aquela deve ser observada. 2 - Recurso não conhecido (REsp 763607/SP).

> Ementa: Consignação. Taxas. Condomínio. Cobrança. - Para cobrança das taxas de condomínio, deve ser observado o contido na Convenção e suas alterações; não é a ação de cobrança o meio próprio para dirimir dúvidas sobre a área em que deva incidir o encargo; se o credor recusa a obrigação, tem o consignante o prazo de trinta dias para ajuizar a ação competente e, em se tratando de obrigações de trato sucessivo, basta a recusa de apenas uma das parcelas, procedendo quanto às seguintes na forma prevista no artigo 892 do CPC' (TJMG - Processo nº 2.0000.00.342012-6/000).

> Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c repetição de indébito. Cotas condominiais. Fração ideal. Previsão na Convenção. Legalidade. Recurso não provido. - Existindo previsão expressa na Convenção de Condomínio, impõe-se o reconhecimento do direito do condômino de pagar as cotas condominiais em proporcionalidade à fração ideal de terreno que corresponde ao seu imóvel (TJMG - Processo nº 1.0024.05.784773-3/001).

> Ação ordinária para revisão de rateio de taxas condominiais. Administradora. Parte ilegítima. Convenção aprovada e registrada pela incorporadora. - Por se tratar de mera mandatária do condomínio, a sua administradora é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação intentada por condômino visando a discussão do rateio das taxas condominiais. Se a Convenção de Condomínio é aprovada e registrada pela própria construtora e incorporadora do imóvel, até então proprietária de todas as suas unidades autônomas, há de ser utilizada a forma de rateio de despesas condominiais constante do seu texto, nos termos do *caput* do artigo 12 da Lei 4.591/64 (TJMG - Processo nº 2.0000.00.-404663-1/000).

Destarte, válidas e eficazes as disposições da Convenção do Condomínio do Edifício La Terre, à apelante cabe assegurar o direito de pagar as taxas de condomínio de suas unidades não comercializadas e, por isso, não habitadas, de acordo com o disposto na cláusula sexta, ou seja, "10% (dez por cento), da taxa condominial, estabelecida para cada unidade [...]". Agir de outra forma é impor obrigação não contratada e que não pode ser criada pela Justiça. Assim sendo, os pagamentos consignados em conformidade com o disposto pela Convenção de Condomínio (f. 70, 76, 86, 123, 138, 155, 169, 172, 175, 206, 208, 210, 220, 225, 245, 247, 249-250, 252, 254 e 256) liberam a apelante das obrigações condominiais respectivas. Igual procedimento deve ser observado pela apelada com relação às obrigações vincendas, quanto às unidades não comercializadas da apelante.

Em síntese, Convenção de Condomínio aprovada e registrada pelos então proprietários, malgrado a maioria das unidades seja da construtora, é válida e eficaz quanto à forma de cálculo da taxa de condomínio para os imóveis da construtora enquanto não comercializados; assim, a cobrança em desacordo com a Convenção é nula, e legítima é a consignação da taxa de condomínio calculada em conformidade com a Convenção.

Mercê de tais considerações, hei por bem dar provimento à apelação, para julgar procedente o pedido de consignação em pagamento das taxas de condomínio, liberando a apelante das obrigações mensais depositadas (f. 70, 76, 86, 123, 138, 155, 169, 172, 175, 206, 208, 210, 220, 225, 245, 247, 249-250, 252, 254 e 256), que ficam extintas, bem como autorizo a expedição de alvará da parte dos depósitos ainda não levantados (f. 218 e 223).

Condeno o apelado ao pagamento das custas e despesas do processo, custas recursais e honorários advocatícios de R$1.000,00 (mil reais), com correção monetária calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir deste julgamento, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados do término do prazo de 15 (quinze) dias do art. 475-J do CPC.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo.

DES. NILO LACERDA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO

...

Alimentos - Fixação - Espólio - Obrigação não constituída antes da morte do devedor - Impossibilidade

Ementa: Direito de família. Apelação. Fixação de alimentos. Espólio. Obrigação não constituída antes da morte do *de cujus*. Impossibilidade.

- Se a obrigação alimentar não foi constituída antes da morte do companheiro da apelante, não há falar em fixação de alimentos em face do Espólio, uma vez que a correta interpretação do art. 1.700 do CC/02 é no sentido de que se transmite aos herdeiros a dívida constituída antes do falecimento do devedor, sem que isso signifique a transferência da condição de alimentante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.632850-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: P.R.E.P. - Apelado: Espólio de L.P.X.O., representado pelo inventariante A.C.C.O. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2010. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Drª. Ana Paula Alves Cunha.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Ataca a apelante a r. sentença proferida pelo digno Juiz de Direito da 10ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte (anexada às f. 296), que, na ação de alimentos proposta por P.R.E.P. em face do espólio de L.P.X.O., julgou extinto o feito sem resolução do mérito, por entender que o Espólio não pode responder pela obrigação alimentar no caso presente, uma vez que o falecimento do companheiro da apelante ocorreu antes que se desse a fixação dos alimentos.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que necessita dos alimentos, salientando que os altos rendimentos auferidos pelo *de cujus* demonstram a possibilidade econômica do apelado. Cita jurisprudência no sentido de que a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros, independentemente de ter sido previamente constituída quando do falecimento do *de cujus*. Assim, requer a anulação da sentença, com determinação do prosseguimento do feito.

Contrarrazões às f. 326/329.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se que foi declarada, por sentença transitada em julgado, que a apelante viveu em união estável com L.P.X.O., de meados de 2000 até o falecimento deste, em 18.5.2005 (f. 17/18-v.).

Nos presentes autos, visa a recorrente à fixação de alimentos a serem arcados pelo Espólio de L.P.X.O..

O julgador de primeiro grau entendeu que, não estando constituída a obrigação alimentícia antes do falecimento do companheiro, o Espólio não pode responder pelos alimentos pleiteados na inicial, julgando, de plano, extinto o feito com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Tenho que a pretensão recursal não merece prosperar.

De fato, se a obrigação alimentar não foi constituída antes da morte do companheiro da apelante, não há falar em fixação de alimentos em face do Espólio.

O disposto no art. 1.700 do CC/02 não tem o alcance pretendido pela recorrente, visto ser referente a dívida alimentar constituída antes do falecimento do devedor, que se transmite, como qualquer outra, a seus herdeiros, sem que isso signifique a transferência da condição de alimentante.

Nesse sentido:

> Civil. Alimentos. Espólio. - A transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, prevista no art. 23 da Lei nº 6.515, de 1977, é restrita às pensões devidas em razão da separação ou divórcio judicial, cujo direito já estava constituído à data do óbito do alimentante; não autoriza ação nova, em face do espólio, fora desse contexto. (STJ, REsp 232901/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 7.12.1999.)

> A condição de alimentante é personalíssima e não se transmite aos herdeiros; todavia, isso não afasta a responsabilidade dos herdeiros pelo pagamento dos débitos alimentares verificados até a data do óbito. (STJ, REsp 64112 / SC, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 16.5.2002.)

Não é outro o posicionamento da doutrina:

> O entendimento de que se transmite a própria obrigação alimentar pode levar o intérprete a situações verdadeiramente teratológicas, como adverte Yussef Cahali, recomendando que o texto legal seja interpretado e aplicado com certa racionalidade. [...] Considera o citado civilista que o novel legislador 'teve em vista a transmissão da obrigação de prestar alimentos já estabelecidos, mediante convenção ou decisão judicial, reconhecidos como de efetiva obrigação do devedor quando verificado o seu falecimento; quando muito poderia estar compreendida nesta obrigação se, ao falecer o devedor, já existisse demanda contra o mesmo visando o pagamento da pensão'. Assim, conclui, 'parece-nos inadmissível a ampliação do art. 1.700 no elastério do art. 1.696, para entender-se como transmitido o 'dever legal' de alimentos, na sua potencialidade (e não na sua atualidade), para abrir ensanchas à pretensão alimentar deduzida posteriormente contra os herdeiros do falecido, parente ou cônjuge'. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. Ed. Saraiva, v. 6, p. 450.)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais na forma da lei.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Revistos os autos do processo, acompanho o voto do eminente Relator, para negar provimento ao recurso de apelação, por coadunar com o entendimento por ele manifestado.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Agravo de instrumento - Conversão para a forma retida - Inviabilidade - Mandado de segurança - Licitação - Regularidade fiscal - Participação independente - Plausibilidade do direito - Não comprovação - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Conversão para a forma retida. Inviabilidade. Mandado de segurança. Licitação. Participação independente da regularidade fiscal. Plausibilidade do direito não demonstrada. Liminar. Impossibilidade.

- Insurgindo-se o agravo contra decisão concessiva de liminar requerida *in initio litis*, deve ser admitido o seu processamento sob a forma de instrumento, por prestígio à efetividade do processo hoje preconizada, que não recomenda aguardar-se a apreciação de possível recurso de apelação, além de reclamar a matéria pronto julgamento, sob pena de inocuidade do seu exame quando da apreciação de eventual apelação.

- Não comprovada a plausibilidade do direito alegado, pela parte autora, quanto à ilegalidade ou excessividade da exigência de demonstração da regularidade fiscal no Edital da Licitação, não pode ser deferida a liminar pleiteada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.654134-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravado: Erkal Engenharia Ltda. - Autoridade Coatora: Secretário Municipal de Políticas Urbanas de Belo Horizonte, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da SMURBE - Secretaria Municipal de Políticas Urbanas de Belo Horizonte - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Guilherme Rodrigues Macedo.

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão de f. 115-116-TJ, que, nos autos do Mandado de Segurança originário aviado por Erkal Engenharia Ltda., ora agravada, concedeu a liminar pleiteada, para assegurar o direito

> de participar da Licitação 110/2009 da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal, e, caso seja vencedora, seja-lhe garantido o direito à adjudicação do objeto licitado e à celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo (sic, f. 44-TJ).

Em suas razões recursais de f. 02/13-TJ, sustenta o agravante, em apertada síntese, não ser possível a manutenção da decisão impugnada, uma vez que, *in casu*,

> não se pode aceitar a alegação de observância de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* da agravada e acatada pela decisão recorrida, [...] sem a observância e cumprimento pela agravada, em patente violação ao princípio constitucional da igualdade, ao disposto no item 1.4, letras c e e, do Edital 110/09/SMURBE (Das Condições para Habilitação); ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal; e às exigências legais previstas no art. 29, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93 e ao art. 47, inciso I, letra a, da Lei Federal 8.212/91, em completa quebra da igualdade entre os licitantes/concorrentes que participaram ou deixaram de participar do processo licitatório, por não possuírem a exigência constitucional, legal e editalícia de regularidade fiscal para participar da licitação e contratar com a Administração Pública (sic, f. 07-TJ).

Tecendo comentários sobre os prejuízos que a manutenção da decisão vergastada pode causar à agravante e à sociedade, arremata pugnando pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, pelo seu provimento.

Instrui o recurso com os documentos de f. 33/134-TJ.

Admitido o processamento do recurso sob a forma de instrumento, foi deferido o efeito suspensivo pleiteado, para determinar a excepcional suspensão dos efeitos da decisão vergastada até o julgamento do presente recurso, nos termos da decisão de f. 139/141-TJ.

Aviado pedido de reconsideração pela agravada (f. 146/149-TJ), foi este indeferido através da decisão de f. 150-TJ.

Requisitados informes, o il. Juízo de primeiro grau prestou as informações de f. 153-TJ, comunicando a manutenção da decisão hostilizada.

A agravada ofertou a contraminuta de f. 155/167-TJ, requerendo, preliminarmente, a conversão do presente agravo em retido (art. 527, inciso II, do CPC), ao argumento de que, não sendo a decisão vergastada suscetível de causar lesão grave ou de difícil reparação, impossível se torna o recebimento do presente recurso na forma de instrumento. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso, com a manutenção da decisão vergastada.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (f. 170/174-TJ), opinando pelo provimento do recurso, com a cassação da liminar outrora deferida.

Da Preliminar de Conversão do Agravo em Retido.

Inicialmente, cuido da preliminar de conversão do agravo para a forma retida, por alegada ausência de perigo de dano grave, ou de difícil reparação, ao agravante.

Ocorre que, com a devida vênia da agravada, entendo que, como já explicitado quando da decisão de f. 139/141-TJ, deve o presente recurso ser recebido sob a forma de instrumento, por se tratar de insurgência a decisão deferitória de liminar requerida *in initio litis*, reclamando pronto exame, sob pena de inocuidade de sua apreciação quando de eventual recurso de apelação.

Destarte, renovando os argumentos despendidos quando da prolação da decisão de f. 139/141-TJ, rejeito a preliminar de conversão do agravo em retido.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente aviado, devidamente processado, isento de preparo em razão da isenção legal conferida ao agravante.

No mérito, cinge-se a controvérsia recursal à averiguação da presença dos requisitos autorizadores da liminar deferida no mandado de segurança originário, que assegurou à agravada o direito de participar da Licitação 110/2009 da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal exigida no respectivo edital, garantindo-lhe, ainda, caso vencedora, o direito à adjudicação do objeto licitado e a celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo.

Ab initio, cumpre ressaltar que, consoante disposição do art. 5º, inciso LXIX, da CF/88, o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo do impetrante, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Em se tratando de mandado de segurança, extrai-se do art. 7º, III, da Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) que o provimento liminar se justifica em caso de relevância de fundamento e possibilidade de ineficácia da medida, se deferida apenas a final.

Com efeito, preceitua referido artigo:

> Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> [...]
> III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A respeito, ensina Hely Lopes Meirelles:

> Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 16. ed., Malheiros.)

A liminar no mandado de segurança consiste em um remédio jurídico para que o chamado direito líquido e certo, ameaçado ou lesado, consubstanciado na proteção desejada, não reste frustrado, quando da decisão final, pelo comprometimento ou mesmo extinção do direito, o que converteria a entrega da prestação jurisdicional material válida em decisão inócua e formalmente insubsistente, pela ineficácia da ordem decisória.

Destarte, tem-se que a ilegalidade do ato impugnado constitui pressuposto essencial para a concessão da segurança, mormente em sede de provimento liminar, havendo que se evidenciar, ainda, a relevância do pedido e o justo receio de irreparabilidade, com o objetivo de suspensão do ato que deu origem ao pedido.

No caso em comento, de uma detida análise do feito, tenho existirem na espécie elementos suficientes que justifiquem a modificação da decisão primeva que deferiu o provimento liminar à agravada. É que, como se vê do processado, *in casu*, o direito líquido e certo da recorrida não pode ser aferido de plano, nos moldes exigidos pela lei.

Verifica-se que a agravada impetrou mandado de segurança com pedido liminar visando à participação em licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Licitação nº 110/2009 - Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal exigida no respectivo edital, bem

como, sendo sua vencedora, a adjudicação do objeto licitado e a celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo.

Entretanto, de fato, pelos documentos vindos com o instrumento, especialmente o Edital da Licitação de f. 57/81-TJ, vê-se que realmente não se encontram presentes os requisitos mínimos para a concessão da liminar, haja vista a inexistência de prova inequívoca do direito invocado, nos termos do que preceitua o art. 195 da CF/88, merecendo, portanto, reforma a decisão vergastada.

Isso porque, com a devida vênia, neste exame perfunctório, verifica-se não ter a agravada logrado comprovar, pelo menos para fins de concessão da medida liminar pleiteada, a alegada ilegalidade ou excessividade da exigência prevista no item nº 1.4, letras c e e, do Edital de Licitação 110/09/SMURBE, atinente à regularidade fiscal da empresa concorrente.

É que, pelo menos em princípio, tratando-se a comprovação de regularidade fiscal das empresas licitantes de exigência prevista na Lei 8.666/93, caberia à ora agravada o ônus de comprovar a indevida e impertinente exigência, por não dizer respeito à garantia do próprio cumprimento do objeto da licitação, o que, nesta análise sumária, observa-se não ter sido demonstrado.

Nesse sentido, dispõe o art. 29 do referido diploma legal:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
> I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
> II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
> III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
> IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho ensina:

> Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação.
> A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, ao referir-se ao processo de licitação, indica que 'somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' (art. 37, XXI). [...]
> São cinco os aspectos que medem a habilitação do candidato:
> 1) habilitação jurídica;
> 2) qualificação técnica;
> 3) qualificação econômico-financeira;
> 4) regularidade fiscal; e
> 5) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF (art. 27 do Estatuto), sendo que este último requisito foi acrescentado pela Lei nº 9.854, de 27.10.1999).
> [...]
> Por outro lado, temos a regularidade jurídico-fiscal do candidato, que é a prova de que o participante está quite com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais. Deve, contudo, provar sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis e provar a regularidade relativa à seguridade social e ao fundo de garantia (art. 29, I a IV). No que se refere aos encargos devidos à Previdência Social, resultantes da execução do contrato, a Administração é solidariamente responsável com o contratado por eventuais débitos deste. Sendo assim, será necessário que, durante todo o curso do contrato, a Administração verifique se o contratado está recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias. Trata-se, desse modo, de requisito para a regularidade jurídico-fiscal a ser aferido não antes do contrato, como os já referidos, mas no curso de sua execução (*in*, *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 223-225).

Desta forma, não constatada na espécie, de plano, prova da relevância dos fundamentos invocados, aptos a autorizar a concessão da liminar pleiteada pela impetrante, *data venia*, tenho que não poderia ter sido esta deferida.

Com tais razões, rejeito a preliminar de conversão do agravo em retido e, no mérito, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada para indeferir a liminar pleiteada.

Custas recursais, pela agravada.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária - Prêmio por produtividade - Lei Estadual nº 14.694/03 - Natureza *propter laborem* - Extensão a servidora no gozo de licença-maternidade - Impossibilidade

Ementa: Ação ordinária. Prêmio por produtividade. Lei Estadual nº 14.694/03. Natureza *propter laborem*. Extensão a servidora no período de gozo de licença-maternidade. Impossibilidade.

- Para o pagamento do prêmio por produtividade, é necessário que o servidor preencha os requisitos legais nos termos do art. 33 da Lei nº 14.694/03, com a redação dada pela Lei nº 15.275/04, dentre eles a aprovação em procedimento de avaliação de desempenho individual, que diz respeito ao servidor estável em efetivo exercício, mostrando-se impossível a extensão do benefício a servidoras enquanto em gozo de licença-maternidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.798272-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Aline Ferreira Côrtes Estevanato e outras - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Des. Edgard Penna Amorim, 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, 14 de janeiro de 2010. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Aline Ferreira Côrtes Estevanato, Lúcia Rodrigues Alves e Maria Laura Braulia de Carvalho Porto em face do Estado de Minas Gerais, alegando, em síntese, que o "réu está se furtando ao pagamento do 'Prêmio de Produtividade', no período temporal de afastamento de licença às servidoras gestantes, com fundamento no famigerado § 6º do art. 8º do Decreto Estadual 43.851, de 10 de agosto de 2004" (f. 07), sendo que "o que permanece em vigor é o art. 175 do Estatuto do Servidor Público de Minas Gerais (Lei 869, de 5 de julho de 1952), que considera como efetivo exercício para efeito de percepção integral de vencimentos remuneração e demais vantagens" (f. 08), asseverando que "a licença à gestante é tutelada e protegida no plano constitucional, *ex vi* do art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República c/c *caput* do art. 31 da Constituição do Estado de Minas Gerais" (f. 08), pretendendo a procedência do pedido, com a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do § 6º do art. 8º do Decreto Estadual 43.851/04 e a determinação do pagamento da gratificação de prêmio de produtividade, sem o desconto dos dias referentes ao período de afastamento, além das diferenças e parcelas pretéritas.

A MM. Juíza de primeiro grau, às f. 275/279, julgou improcedente o pedido inicial, consignando que "o 'prêmio de produtividade' é verdadeira 'gratificação', como bem acentuou o réu em sua peça contestatória, é pago em caráter eventual, condicionado, precário, compensatório (ou premial) e em situações isoladas" (f. 277), e, "por ser instituída em razão do serviço desempenhado pelo servidor, este só tem direito à percepção de tal benefício enquanto estiver efetivamente desempenhando o mister para o qual foi criada citada vantagem pecuniária; sendo assim, torna-se impossível estendê-la às requerentes no período em que estavam em gozo de licença-maternidade" (f. 279), condenando as autoras ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Inconformadas, apelaram as autoras (f. 281/289), sustentando, em resumo, que "a parcela denominada 'Prêmio de Produtividade' em questão está relacionada à simples ocupação própria do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (FTE) ou Agente Fiscal de Tributos Estaduais (AFTE) do Quadro Permanente de Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Estado de Minas Gerais", e que "constitui - na verdade - um benefício pecuniário deferido de forma geral, não se configurando uma gratificação de caráter pessoal ou de serviço (enquanto no exercício de atividades especificas)" (f. 290), defendendo a inconstitucionalidade do § 6º do art. 8º do Decreto Estadual 43.851/04 e o direito de a servidora em licença-maternidade "perceber toda e qualquer remuneração e vantagem concedida a servidores que estão na atividade" (f. 297), pugnando, ao final, pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 301/316.

Revelam os autos que Aline Ferreira Côrtes Estevanato e outras ajuizaram ação ordinária em face do Estado de Minas Gerais, pretendendo, em suma, o recebimento de prêmio por produtividade durante o período de licença-maternidade, tendo a Magistrada de primeiro grau julgado improcedente o pedido inicial, o que ensejou a presente irresignação.

A propósito do tema, é de registrar que o prêmio por produtividade encontra lastro no § 7º do art. 39 da Constituição da República de 1988, que estabelece:

> § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

A esse respeito, a Constituição Estadual prevê, no art. 31, *caput* e § 1º:

> Art. 31 - O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho.
> § 1º - A lei disporá sobre o cálculo e a periodicidade do prêmio por produtividade a que se refere o *caput* deste artigo, o qual não se incorporará, em nenhuma hipótese, aos proventos de aposentadoria e pensões a que o servidor fizer jus e cuja concessão dependerá de previsão orçamentária e disponibilidade financeira do Estado.

Com efeito, foi promulgada a Lei nº 14.694, de 30 de julho de 2003, para disciplinar a "avaliação de desempenho institucional, o acordo de resultados, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira, a aplicação de recursos orçamentários provenientes de economias com despesas correntes, no âmbito do Poder Executivo", posteriormente alterada pela Lei nº 15.275, de 30 de julho de 2004, que dispõe, em seu art. 32, que:

> Art. 32. Durante a vigência do Acordo de Resultados, os recursos de que trata o art. 29 poderão ser destinados ao pagamento de prêmio de produtividade aos servidores em exercício no órgão ou entidade com Acordo de Resultados em vigor, até o equivalente a um terço do montante apurado.
> § 1º - Os recursos destinados pelo órgão ou entidade ao pagamento de prêmio de produtividade a que se refere este artigo, a ser pago em duas parcelas ou em parcela única, serão distribuídos entre os servidores da seguinte forma:
> I - 50% (cinquenta por cento), proporcionalmente ao valor do vencimento de cada servidor, com base na pontuação obtida em avaliação individual de desempenho;
> II - 50% (cinquenta por cento), no mesmo valor para todos os servidores, no âmbito de cada órgão ou entidade.
> § 2º - A unidade de que trata o inciso II do § 1º poderá, na forma do regulamento, ser de hierarquia inferior do acordado no caso de existir rateio orçamentário e financeiro das despesas e responsabilização por centro de custo.
> § 3º - O prêmio de produtividade não se incorpora à remuneração nem aos proventos de aposentadoria ou pensão do servidor e não servirá de base de cálculo para outro benefício ou vantagem nem para a contribuição à seguridade social.

Dessa forma, percebe-se que o prêmio de produtividade não possui caráter remuneratório, uma vez que não se incorpora à remuneração básica recebida pelo servidor, sendo o seu pagamento eventual, já que é imprescindível o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela legislação, valendo citar o art. 33 da Lei nº 14.694/03, com a redação dada pela Lei nº 15.275/04, *in verbis*:

> Art. 33. O pagamento de prêmio de produtividade aos servidores só poderá ocorrer em órgão ou entidade com Acordo de Resultados em vigor e com instrumento de avaliação permanente do desempenho dos seus servidores.
> § 1º - Os resultados da avaliação de desempenho do servidor, computados periodicamente, serão convertidos em pontuação, conforme previsto em regulamento, para fins de aferição dos valores individuais do prêmio por produtividade.
> § 2º - O prêmio de produtividade só poderá ser percebido por servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e por detentor de função pública, mesmo quando no exercício de cargo de provimento em comissão ou função gratificada, que obtiver o nível mínimo de desempenho previsto em regulamento, bem como por servidor ocupante, exclusivamente, de cargo de provimento em comissão.

Saliente-se que a avaliação de desempenho individual diz respeito ao servidor ativo estável, ou seja, àquele ocupante de cargo efetivo, consistindo o prêmio de produtividade de vantagem de natureza *propter laborem,* que não é estendido ao servidor que esteja afastado, licenciado, ou aposentado, uma vez que, em tais circunstâncias, nada produzem.

Portanto, não há mesmo que se falar que, durante o período de afastamento por licença-maternidade, as autoras fariam jus à percepção do prêmio de produtividade, porquanto, repita-se, o seu pagamento é eventual e restrito ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e ao detentor de função pública, de acordo com a legislação estadual, sendo impossível a sua extensão aos servidores que não se encontram em efetivo exercício das atribuições do cargo ou função, bem consignando a douta Sentenciante sobre a questão que:

> Nessa linha de raciocínio, verifica-se que, por ser instituída em razão do serviço desempenhado pelo servidor, este só tem direito à percepção de tal beneficio enquanto estiver efetivamente desempenhando o mister para o qual foi criada a citada vantagem pecuniária; sendo assim, torna-se impossível estendê-la às requerentes no período em que estavam em gozo de licença-maternidade, concluindo-se, assim, que, durante tais períodos, 'os salários' das requerentes foram devidamente pagos, nos termos do art. 7º, XVIII, c/c art. 39, 3º, da CF, art. 31 da CE e art. 175 da Lei Estadual 869/52, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do § 6º do art. 8º do Dec. Estadual 43.851/04, [...] (f. 279).

Nesse sentido, iterativa a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Administrativo. Prêmio por produtividade. Gratificação pessoal e transitória. Efetivo exercício do cargo. Licença-saúde ou maternidade. Impossibilidade de percepção. Negar provimento. - O prêmio de produtividade, gratificação de caráter pessoal e transitória, só é devida, cumpridos os requisitos legais, aos servidores públicos da ativa ocupantes de cargo público de provimento efetivo, no exercício de cargo em comissão ou função gratificada, ou cargo de provimento exclusivo em comissão, em efetivo exercício do cargo. Assim, o servidor público em licença-saúde ou maternidade não faz jus à percepção da referida gratificação *propter laborem*, de natureza precária e transitória. (Apelação Cível nº 1.0024.06.989831-0/001 - Comarca de

Belo Horizonte - Apelantes: Edilene Maria Menezes Rodrigues e outras - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª Maria Elza, j. em 18.12.2008, p. em 21.1.2009.)

Ementa: Apelação Cível. Servidoras Públicas. Licença-gestante. Prêmio produtividade. Gratificação instituída pela Lei Estadual nº 14.694/2003, alterada pela Lei Estadual nº 15.275/2004. Vantagem de caráter transitório/contingente, *propter laborem* e vinculada ao desempenho institucional do órgão ou entidade com acordo de resultados em vigor e também ao desempenho individual do servidor, aferida mediante avaliação permanente. Ausência de previsão legal quanto a sua incorporação aos proventos. Gratificação temporária, específica, de natureza indenizatória, paga sob o preenchimento de certos requisitos, atrelados ao efetivo exercício da função. Recurso a que se nega provimento. (Apelação Cível nº 1.0024.06.993353-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ana Cristina Souza Rua e outras - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Roney Oliveira, j. em 13. 3.2008, p. em 17.4.2008.)

Ementa: Ação de Cobrança. Servidores Públicos. Prêmio de Produtividade ('plus'). Leis Estaduais nº 14.694/03 e nº 15.275/04. Natureza *propter laborem*. Indevido o pagamento àqueles que se encontram licenciados. Sentença confirmada. Recurso desprovido. - O prêmio produtividade tem natureza *propter laborem*, calculado com base no cumprimento de metas de trabalho (acordo de resultados) pelos servidores em atividade, vinculado ao desempenho individual e à eficiência no serviço público. - Se os autores se encontravam em licença-saúde e licença-maternidade não têm direito a receber o referido prêmio. - Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 1.0024.07.592239-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Messias Salles e outros - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Eduardo Andrade, j. em 27.5.2008, p. em 24.6.2008.)

Ementa: Ação ordinária. Prêmio de produtividade. Lei Estadual nº 14.694/2003. Natureza *propter laborem*. Extensão a servidora no período de gozo de licença-saúde e licença-maternidade. Impossibilidade. Inteligência do Decreto Estadual nº 43.674/2003. Afronta ao princípio da isonomia. Inocorrência. - O 'prêmio de produtividade' tem natureza *propter laborem*, não se estendendo aos servidores que não se encontram em efetivo exercício das atribuições do cargo ou função. (Apelação Cível nº 1.0024.05.698839-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marines Accioly Domingues - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Silas Vieira, j. em 3.7.2008, p. em 22.7.2008.)

Ementa: Administrativo. Servidor público. Prêmio de produtividade. Gratificação instituída pela Lei Estadual nº 14.694/2003, alterada pela Lei nº 15.275/2004, mediante condição. Extensão a servidores em licença-maternidade. Impossibilidade. - A gratificação denominada 'Prêmio de Produtividade', criada pela Lei Estadual nº 14.694/2003, alterada pela Lei 15.275/2004, é vantagem de caráter transitório/contingente, *propter laborem*, vinculada a nível de desempenho institucional de órgão ou entidade com acordo de resultados em vigor e, também, de desempenho individual do servidor, com avaliação permanente deste, conforme previsto em regulamento, e que, por sua natureza, não se incorpora aos vencimentos e/ou proventos, nem deve ser paga senão àqueles que se encontram efetivamente em exercício de seus cargos, o que não ocorre quando estes se encontram em licença-maternidade ou, de qualquer outro modo, afastados, licenciados ou aposentados, a não ser que a lei assim disponha. (Apelação Cível nº 1.0024.07.385501-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ana Maria Loretti Cassiano e outros - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Geraldo Augusto, j. em 10.6.2008, p. em 8.7.2008.)

Ementa: Apelação Cível. Ação ordinária. Servidoras públicas. Prêmio por produtividade. Natureza *propter laborem*. Licença-maternidade. Parcela indevida. Recurso não provido. - 1. O prêmio por produtividade, instituído pela Lei Estadual nº 14.694, de 2003, visa ao incentivo do desempenho individual do servidor em atividade. Portanto, tem natureza *propter laborem*, não sendo devido ao aposentado ou ao servidor que esteja afastado por qualquer motivo legal. - 2. A funcionária pública afastada em licença-maternidade não tem direito ao prêmio de produtividade enquanto durar o afastamento. - 3. Apelação Cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (Apelação Cível nº 1.0024.05.699335-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Gilce Maria de Castro Silveira e outras - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Caetano Levi Lopes, j. em 29.5.2007, p. em 05.06.2007.)

Consequentemente, deve ser mantida a decisão singular por seus próprios e jurídicos fundamentos, não havendo como estender o benefício pretendido às servidoras enquanto afastadas em licença-maternidade.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelas apelantes.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Fraude contra credores - Reconhecimento em outra ação - Coisa julgada - Decisão perante terceiros - Ineficácia - Art. 472 do Código de Processo Civil

Ementa: Agravo de instrumento. Fraude contra credores. Reconhecimento em outra ação. Coisa julgada. Ineficácia da decisão perante terceiros. Inteligência do artigo 472 do CPC. Necessidade de arguição em procedimento autônomo.

- Nos termos do art. 472 do CPC, a sentença apenas obriga as pessoas que fazem parte da demanda, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

- A ineficácia do negócio jurídico decretada nos autos

dos embargos de terceiro não pode alcançar o agravante, estranho àquela ação, ainda que tal pronunciamento venha a beneficiá-lo.

- Entendendo o agravante pela ocorrência de fraude contra credores, deverá arguir a anulação da transferência dos bens em ação própria.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.06.005648-8/005 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Luiz Antônio Rodrigues - Agravado: Silvério Marcos dos Santos - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2010. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de agravo interposto por Luiz Antônio Rodrigues, nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada em face de Silvério Marcos dos Santos, contra decisão que indeferiu o pedido de penhora sobre os imóveis que se encontram em nome da ex-esposa do executado (f. 63/64-TJ).

Em suas razões, alega o agravante que, restando frustrada a penhora *on-line*, requereu que a constrição recaísse sobre os imóveis registrados em nome da ex-esposa do executado; que foi reconhecida judicialmente a fraude na separação e divisão dos bens pertencentes ao agravado e à sua esposa; que deve ser beneficiado pela decisão que afastou os efeitos da separação, para que seja autorizada a penhora sobre os bens indicados; que a dívida é anterior ao casamento (f. 02/07). Juntou documentos de f. 08/140-TJ.

O agravado apresenta contraminuta às f. 151/152, pugnando pelo desprovimento do recurso.

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

Entende o agravante não existir óbice a que a penhora recaia sobre os bens pertencentes à ex-esposa do ora executado, uma vez que restou reconhecida a fraude à execução em decorrência da separação do casal, e da divisão dos bens adquiridos na constância do casamento.

A questão demonstra-se singela e não exige maiores digressões.

Este eg. Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível nº 343.702-2 (f. 85/103-TJ), reconheceu a fraude contra credores perpetrada pelo ora executado e sua ex-esposa, ao procederem à separação consensual e à partilha dos bens. Os embargos de terceiro aviados pela Sra. Vivian Antônio Issac dos Santos foram julgados improcedentes nos seguintes termos:

> Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para o fim de, reformando a r. sentença, julgar improcedentes os embargos de terceiro ofertados pela apelada, declarando, por sua vez, subsistente a penhora efetivada nos autos da execução, além de decretar a ineficácia do negócio jurídico, ou seja, partilha, perante o apelante credor. Via de consequência, invertam-se os honorários de sucumbência.

Naquela ação, foi decretada a ineficácia do negócio jurídico/partilha dos bens apenas perante o então exequente, Frigorífico Venda Nova Ltda., não havendo anulação da separação e da divisão dos bens.

A regra geral é de que a sentença apenas obriga as pessoas que fazem parte da demanda, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

Nesse sentido dispõe o art. 472 do CPC:

> Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Com efeito, o agravante, terceiro estranho aos embargos de terceiro, não pode ser alcançado pela decisão judicial que decretou a ineficácia da partilha apenas em face do então embargado, ainda que tal pronunciamento venha a beneficiá-lo.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal de Justiça, em caso análogo:

> Embargos de terceiro. Fraude à execução. Coisa julgada. Inexistência de efeitos em relação a quem não integrou a lide. Inexistência de fraude à execução. - A coisa julgada encontra limites subjetivos (art. 472 do CPC), não podendo atingir terceiros que não tenham sido parte do processo em que ela se formou sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV, da CF. Os Tribunais, em geral, têm exigido, para configuração da fraude à execução, que a penhora, ou a existência de ação executiva, encontre-se averbada junto ao registro do bem. Na ausência de tal prova, imprescindível a demonstração cabal de que o terceiro adquiriu o bem imbuído de má-fé. Diante da inexistência de prova nesse sentido, deve ser desprovido o apelo (TJMG, Ap. Cível nº 1.0040.04.025469-6/001, Numeração única 0254696-06.2004.8.13.0040, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. em 07/12/2006, *DJ* de 23/01/2007).

Assim, de forma inequívoca, a decisão que apreciou os embargos de terceiro não poderá beneficiar o

ora agravante, visto que não participou daquela demanda. Entendendo o agravante pela ocorrência de fraude, deverá arguir a anulação da transferência em ação própria.

Finalmente, torna-se importante salientar que nos autos dos embargos de terceiros (f. 85/103-TJ), ao contrário do que afirma o agravante, restou reconhecida a fraude contra credores, e não a fraude à execução, instituto diverso.

Yussef Said Cahali leciona que:

> Em clássica lição, amiúde repetida, Washington de Barros Monteiro buscou distinguir a fraude à execução da fraude contra credores, nos seguintes termos: 1) a fraude de execução é incidente do processo, regulado pelo direito público; a fraude contra credores é defeito dos atos jurídicos, disciplinados pelo direito privado; 2) a primeira pressupõe demanda em andamento, sendo levada a efeito pelo devedor para frustrar-lhe a execução; o reconhecimento da segunda não está subordinado à preexistência de demanda em relação ao ato considerado fraudulento; 3) aquela torna nulo o ato, ao passo que esta, apenas anulável: a decretação da fraude de execução independe de revocatória, enquanto a fraude contra credores só pode ser pronunciada em virtude dessa ação; 4) a fraude contra credores, uma vez reconhecida, aproveita a todos os credores; a fraude de execução aproveita apenas ao exeqüente; 5) nesta, o vício é mais patente, mais manifesto, havendo até quem afirme se tratar de presunção iuris et de iure a verificação de qualquer dos fatos apontados pela lei como caracterizadores dela.
> Com maior amplitude, Mário Aguiar Moura procura estabelecer as diferenças entre as duas espécies de fraude, analisando-as: 1) quanto à área do direito em que se situam; 2) quanto ao conhecimento da insolvência pelo adquirente; 3) quanto ao grau de eficácia do ato viciado; 4) quanto à natureza da decisão contra a fraude (*Fraude contra credores*. 2. ed., Ed. RT, 1999, p. 92).

Para que se reconheça a fraude à execução pela alienação de bens de que trata o inciso II, do art. 593, do CPC, é necessária a comprovação, pela parte exequente, dos seguintes elementos: de que a ação já tinha sido aforada; de que o adquirente sabia da sua existência ou deveria saber, pela averbação no registro competente; e de que, por fim, o ato de alienação tenha sido capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Confira-se a jurisprudência:

> Para que se tenha por fraude à execução a alienação de bens de que trata o inciso II do art. 593 do CPC, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção *juris tantum* (*RSTJ* 111/216 e STJ-*RT* 811/170).

No caso em análise, tendo a ação de cobrança sido ajuizada pelo ora recorrente em 2006 (f. 08/11-TJ), após transcorridos aproximadamente 7 (sete) anos desde a separação do casal, e da respectiva partilha de bens, de forma inequívoca inexiste fraude à execução.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Ação popular - Ministério Público - Intimação - Ausência - Nulidade

Ementa: Processual civil. Ação popular. Não intimação do Ministério Público. Nulidade.

- O Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser chamado a intervir, como fiscal da lei, nas ações populares, sob pena de nulidade do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0012.09.012230-5/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelantes: Arturo Costa Fernandez Filho e outro - Apelada: Fadepe - Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino, Pesquisa e Extensão - Litisconsorte: IEF - Instituto Estadual de Florestas - 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 Ernane Fidélis, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CASSAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, FEITO DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2010. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Cuida-se de ação popular ajuizada por Arturo Costa Fernandez Filho e Carmen Valéria Bottino Fernandez contra a Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino, Pesquisa e Extensão e o Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais, alegando ser nula a audiência pública realizada em 31/07/2009, no Município de Liberdade, com a finalidade de criar o Parque Cedros da Mantiqueira, em razão da grave alteração e descaracterização do projeto original.

O MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI do CPC (f. 18/20).

Os autores apelaram (f. 22/30), alegando, inicialmente, que restaram provados os prejuízos causados na referida audiência pública, em razão de que a área de estudo do parque questionado se encontra sob proteção ambiental federal, ressaltando que a aludida audiência teve conotação de notificação verbal de desapropriação, o que ofende os direitos individuais e coletivos. Afirmam que é necessária a intervenção do Ministério Público no feito, consoante a Constituição da República e a Lei nº 4.717/1965.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (f. 91/94).

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, por força do disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/1965, pelo que farei, de ofício, o seu reexame.

O Reexame Necessário.

É incontroversa a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas ações populares, nos termos dos seguintes arts. da Lei nº 4.717/1965, *verbis*:

> Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.
> [...]
> § 4º - O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.
> Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:
> I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

No presente caso, o representante do Ministério Público não foi intimado para intervir no feito.

Consoante o art. 246, *caput*, e parágrafo Único, do CPC, será nulo o processo quando o Ministério Público não for intimado, nos feitos em que deva intervir, a partir do momento em que deveria ser intimado.

Dessarte, é imperiosa a anulação do processo, a partir do momento em que o Ministério Público deveria ter sido chamado a intervir no feito como fiscal da lei.

Nesse sentido:

> Processual civil. Ação popular. Desistência homologada. Ausência de intimação do *parquet*.
> 1. O art. 7º da Lei nº 4.717/65 - que regula a ação popular - foi taxativo em determinar que a ação popular obedecerá ao procedimento ordinário; todavia, deve-se observar que o mesmo dispositivo, no inciso I, alínea a, determina que, ao "despachar a inicial, o juiz ordenará, além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público".
> 2. É obrigatória a intimação do Ministério Público em ação popular, para intervir como *custos legis*, de modo que, no caso de desistência, possa, se for o caso, promover o prosseguimento da ação, conforme se depreende da regra constante do art. 9º da Lei nº 4.717/65.
> 3. A prolação da sentença, extinguindo a ação, e a posterior homologação da desistência, sem intimação, a despeito do contido no art. 9º da Lei nº 4.717/65, torna inviável a possibilidade de vir o Ministério Público a promover o prosseguimento da demanda. (REsp 771.859/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* de 30.08.06).
> 4. Recurso especial provido (REsp 958.280/DF, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 06/09/2007, *DJ* de 20/09/2007, p. 278);
>
> Ação popular. Intervenção ministerial. Inocorrência. Nulidade absoluta.
> Configura-se nulidade insanável a ausência de intervenção do Ministério Público nos autos de ação popular, impondo-se a reforma da sentença proferida, cassando-a, para que o feito retorne à origem, intimando o representante ministerial para participar de sua regular tramitação e intervir na forma que lhe competir (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.03.059427-9/001, Relator Des. Eduardo Andrade, j. em 28/06/2005).

Com essas considerações, no reexame necessário, feito de ofício, casso a sentença e determino que o Ministério Público seja chamado a intervir no feito.

Custas recursais, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e SANDRA FONSECA.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, FEITO DE OFÍCIO.

...

Execução fiscal - Crédito tributário - Parcelamento - Débito fiscal - Reconhecimento pelo devedor - Suspensão da exigibilidade - Extinção do processo - Impossibilidade

Ementa: Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. Parcelamento do débito. Extinção do processo. Impossbilidade. Perda de objeto. Não ocorrência. Provimento.

- O parcelamento é ato que importa em reconhecimento do débito pelo devedor e suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 151, inciso VI, do CTN, impondo-se a suspensão da execução até o cumprimento do acordo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0051.05.012955-3/001 (em conexão com a de nº 1.0051.06.017013-4/001) - Comarca de Bambuí - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelado: Com Chaves Dias 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Pedro dos Santos Barcelos à f. 45, que decretou a extinção do processo, por perda de objeto, tendo em vista o parcelamento formalizado administrativamente.

Pugna pela cassação da sentença a fim de que seja determinada a suspensão do processo, enquanto pendente o parcelamento administrativo, e a sua retomada na hipótese de inadimplemento (f. 46/50).

Contrarrazões, pelo desprovimento do recurso, refutando as alegações da apelante (f. 53/55).

Desnecessária a intervenção do Ministério Público no feito ao teor do disposto na Súmula 189 - STJ.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Data venia, com razão a recorrente.

Consoante norma inserta no art. 151, VI, do CTN, o parcelamento do crédito tributário é ato que importa no reconhecimento do débito pelo devedor, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

Nesse contexto, com a celebração do acordo para parcelamento, deveria ter ficado suspenso o executivo fiscal até que viesse aos autos notícia de seu integral cumprimento ou a inadimplência do contribuinte, fato que ensejaria o prosseguimento do feito.

Certo é que o pagamento, previsto no art. 794, inciso I, do CPC, não se confunde com o parcelamento, instituto de natureza jurídica diversa. Isso é confirmado pela exegese dos arts. 151 e 156, ambos do CTN, que definem, respectivamente, o parcelamento como modalidade de suspensão e o pagamento como forma de extinção do crédito tributário.

A suspensão do feito, a despeito de ser juridicamente a medida cabível, atende, além disso, ao princípio da economia processual, na medida em que evita ajuizamento de novo executivo judicial, conforme propugnado na decisão recorrida.

Com tais considerações, dou provimento ao apelo para cassar a r. decisão recorrida e suspender *sine die* a execução fiscal.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e NEPOMUCENO SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Concurso público - Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Nomeação - Direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Direito constitucional. Direito administrativo. Apelação. Mandado de segurança. Concurso público. Aprovação de candidato dentro do número de vagas previstas em edital. Direito líquido e certo à nomeação. Iminência do término do prazo de validade do concurso. Não convocação do impetrante. Ato coator. Existência. Recurso provido.

- O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital deixa de ter mera expectativa, para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0155.09.022011-4/001 - Comarca de Caxambu - Apelante: Gentil Cassiano Pereira - Apelado: Município de Caxambu - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Caxambu - 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 Audebert Delage, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2010. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da Comarca de Caxambu,

que denegou a segurança impetrada por Gentil Cassiano Pereira contra ato do Prefeito Municipal de Caxambu.

O apelante alega que as decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecem ao candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital direito líquido e certo à nomeação; que juntou aos autos a cópia do edital, no qual estão previstas 17 vagas para o cargo de motorista, sendo que sua aprovação se deu no 17º lugar; e que a cláusula 13.4 do edital, que diz que a aprovação não gera direito à nomeação, é ilegal e fere a moralidade administrativa.

Não há dúvida de que o apelante foi aprovado no concurso realizado pelo Município de Caxambu dentro do número de vagas previstas no edital, pois, de acordo com os documentos de f. 11 e 16, se classificou em 17º lugar para o cargo de motorista, sendo que, na cláusula 2.1 do edital, constava a existência de 17 vagas (f. 20).

O referido concurso, com prazo de validade de dois anos (f. 31), foi homologado em 09.04.2007 (f. 17), ao passo que, até o momento da impetração - que se deu no dia 30.03.2009 (f. 71), ou seja, dez dias antes do término da validade do certame - o apelante não havia sido nomeado.

Portanto, quando impetrado o mandado de segurança, havia real ameaça de lesão a direito líquido e certo do apelante, pois, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito, para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.

A posse e a nomeação do candidato em cargo público, a princípio, dependem da necessidade da Administração. Todavia, a partir do momento em que a Administração divulgou, através do instrumento convocatório, a necessidade de prover 17 vagas de motorista, o que seria um ato discricionário tornou-se ato vinculado para o Poder Público, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse, para os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas.

Nesse sentido, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Duas recorrentes. Candidata aprovada entre as vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Recorrente aprovada nas vagas remanescentes. Mera expectativa de direito. Recurso parcialmente provido. - 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. Entretanto, se aprovado nas vagas remanescentes, além daquelas previstas para o cargo, gera-se, apenas, mera expectativa de direito. - 2. As disposições contidas no edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes. 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. Precedentes: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG. - 4. No caso, uma recorrente foi aprovada dentro do número de vagas disposto no edital e detém direito subjetivo ao provimento no cargo; a outra candidata foi aprovada nas vagas remanescentes e não comprovou a violação da ordem de convocação dos classificados ou a contratação irregular de servidores, detendo, tão somente, mera expectativa de direito à nomeação. - 5. Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar a nomeação, exclusivamente, da candidata aprovada dentro do número de vagas previstas no edital (STJ - 5ª Turma - RMS 25957/MS - Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - *DJ* de 29.05.2008, data da publicação: 23.06.2008).

Vale registrar que esse direito subjetivo do apelante não depende de comprovação da contratação irregular de servidores para o exercício de funções afetas ao cargo para o qual foi aprovado, porque as disposições contidas no edital vinculam a Administração, que está obrigada a prover os aprovados no limite das vagas previstas.

Por fim, observo que, durante a tramitação do feito, o prazo de validade do concurso encerrou em 09.04.2009, sem que houvesse a convocação do apelante, o que demonstra que era real a ameaça de violação de direito líquido e certo, existente no momento da impetração.

Com tais apontamentos, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança e determinar à autoridade coatora que proceda à nomeação do impetrante para o cargo para o qual foi aprovado.

Custas, pelo Município; isento, por força de lei.

Não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ante o teor da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Sentença *citra petita* - Não caracterização - Servidor público - Contratação temporária - Natureza jurídico-administrativa - Pagamento de FGTS - Verba não devida - Arts. 37, IX, e 39, § 3º, da Constituição Federal

Ementa: Apelação cível. Sentença *citra petita*. Não caracterização. Administrativo. Contrato temporário. Natureza jurídica de contrato administrativo. Servidor público. Contrato temporário de prestação de serviço. Pagamento de FGTS. Verba não devida. Aplicabilidade do disposto nos arts. 37, IX, e 39, § 3º, da Constituição Federal.

- O empregado público temporário, que possui vínculo de transitoriedade com a Administração Pública, deve ser contratado apenas em situação de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37 da Constituição da República), e o contrato firmado entre ele e a Administração Pública possui natureza de contrato administrativo de direito público, e não de contrato trabalhista.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.09.023585-1/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: Leonardo Christhiano Androciolli - Apelado: Município de Juatuba - 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 Des. Brandão Teixeira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2010. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em comento, a apelação cível interposta em face da r. sentença de f. 87/100, que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Leonardo Christiano Androciolli em desfavor do Município de Juatuba, julgou improcedente o pedido de declaração de unicidade dos contratos sucessivos firmados com o réu, de declaração de nulidade dos contratos administrativos e de condenação do réu ao pagamento do FGTS relativo a todo o período laborado pelo autor, computando-se o recolhimento relativo a todas as vantagens e adicionais percebidos.

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que

> [...] inexiste dúvida de que o vínculo entre as partes decorreu de contratos temporários celebrados e prorrogados, portanto, de natureza administrativa, de modo que incabíveis todas as pretensões formuladas na inicial, relativas a dispositivos da CLT (*sic.*, f. 99).

Inconformado, o autor recorreu.

Nas razões recursais de f. 102/107, alegou que a sentença não teria apreciado os pedidos de declaração de unicidade e nulidade dos contratos administrativos. Sustentou que não estaria vinculado ao regime estatutário, porque não aprovado em concurso público. Aduziu que teria firmado contratos temporários com a Municipalidade, o que lhe conferiria o direito ao recebimento dos valores relativos aos depósitos do FGTS. Por fim, arguiu que, em se tratando de cobrança de ação discutindo valores relativos ao FGTS, a prescrição incidente é a trintenária, nos termos da Súmula 362 do TST. Com essas considerações, pleiteou o provimento do recurso para que: seja declarada a unicidade contratual dos sucessivos contratos administrativos; seja declarada a nulidade de todos os contratos administrativos, reconhecendo que a relação havida entre as partes é de natureza trabalhista; seja o apelado condenado ao pagamento do FGTS por todo o período laborado, incidindo, também, sobre as gratificações natalinas e sobre as férias acrescidas de 1/3; seja declarada a prescrição trintenária como a única aplicável.

O apelado ofertou contrarrazões às f. 111/115, sustentando que o Estatuto dos Servidores Municipais de Juatuba não prevê a concessão de FGTS aos servidores públicos. Argumentou que o § 2º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 excluiu a obrigatoriedade de recolhimento do FGTS em relação aos servidores públicos civis e militares. Por fim, aduziu que o apelante teria recebido integralmente pelos serviços prestados, na forma contratada, não fazendo jus a qualquer outra verba, nem mesmo ao recolhimento de FGTS e seus reflexos, na medida em que inexiste lei no Município de Juatuba que preveja referido direito aos servidores e funcionários públicos contratados temporariamente.

Juízo de admissibilidade.

Admito o recurso interposto, porque presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - sentença *citra petita*.

Em razões recursais, o apelante sustentou que o "MM. Juiz sentenciante sequer apreciou os pedidos formulados na peça de ingresso, proferindo a sentença equivocadamente, sem apreciar o mérito dos dispositivos elencados" (sic., f. 104). Afirmou, também, que o MM. Juiz não apreciara o pedido de declaração de unicidade e nulidade dos contratos administrativos firmados com a Municipalidade, os quais deveriam ser tidos como contratos trabalhistas.

Trata-se de suscitação de preliminar de julgamento *citra petita*.

Data venia, na r. sentença recorrida, o MM. Juiz *a quo* apreciou todas as causas de pedir apresentadas pelo apelante e julgou improcedentes todos os pedidos formulados na petição inicial.

Quanto à validade dos contratos administrativos firmados entre os litigantes e ao pleito de reconhecimento de vínculo trabalhista entre estes, o MM. Juiz consignou:

> A parte autora foi, em diversas oportunidades, contratada pelo Município em caráter temporário, sendo que a estas contratações não se aplicam as regras dispostas na Consolidação das Leis Trabalhistas, porque, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, a lei de cada ente público é que estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público [...] As contratações e prorrogações dos contratos temporários foram autorizadas por lei municipal, restando descaracterizada a relação de emprego entre as partes, pois é sabido que a administração pública, mediante ato discricionário pode, conforme sua necessidade e conveniência, contratar de forma emergencial, não havendo nenhuma estabilidade no cargo, não se aplicando à espécie direitos reconhecidos na esfera trabalhista (*sic*., f. 95 e 99).

Já em relação ao pedido de declaração de unicidade da relação de trabalho, formulado com espeque nos arts. 9º e 453 da CLT, o MM. Juiz teceu as seguintes considerações:

> Desse modo, inexiste dúvida de que o vínculo entre as partes decorreu de contratos temporários celebrados e prorrogados, portanto, de natureza administrativa, de modo que incabíveis todas as pretensões formuladas na inicial, relativas a dispositivos da CLT (*sic*., f. 99).

Nesse contexto, a sentença não pode ser qualificada como *citra petita*, na medida em que apreciou todos os pedidos do autor.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

A hipótese versada nos autos cinge-se à validade dos contratos temporários de f. 46/49, firmados entre o apelante e o Município de Juatuba. O apelante alega fazer jus ao reconhecimento de vínculo trabalhista com a Municipalidade e ao recebimento de FGTS, inclusive sobre as gratificações natalinas e sobre as férias acrescidas de 1/3.

Quanto ao pedido de declaração de unicidade contratual dos sucessivos contratos administrativos firmados entre os litigantes e de declaração de nulidade destes contratos administrativos, reconhecendo que a relação havida entre os litigantes é de natureza trabalhista, algumas considerações devem ser tecidas.

O empregado público temporário ou contratado, que possui vínculo de transitoriedade com a Administração Pública, deve ser contratado apenas em situação de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37 da Constituição da República) e que o contrato firmado entre ele e a Administração Pública possui natureza de contrato administrativo de direito público, e não de contrato trabalhista. Nesse sentido, precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Conflito negativo de competência. Acidente de trabalho. Ação de indenização por danos morais e materiais proposta pelos pais de trabalhador falecido. Extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. Sucessão pela União. Art. 109, I, da CF/88. Competência da Justiça Comum Estadual.
> [...]
> 4. O art. 37, inciso IX, da Constituição Federal autoriza que a Lei estabeleça 'os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público' da Administração.
> 5. O servidor temporário, contratado à luz do disposto no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não assume vínculo trabalhista, o que determina a competência da Justiça Comum. Precedentes.
> [...]
> 8. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Itaporanga/PB, ora suscitado (STJ; CC 96.608; Proc. 2008/0130014-4; PB; Corte Especial; Rel. Min. José de Castro Meira; Julgamento: 18.12.2009; *DJE* de 18.02.2010).

Ressalta-se que, na hipótese, o contrato administrativo firmado entre apelante e apelado, tendo por objeto a prestação de serviços por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, foi renovado apenas uma vez. Dessa forma, não há que se falar em sucessivas renovações capazes de desvirtuar o atendimento da necessidade temporária de interesse público e caracterizar típica relação de trabalho.

Nesse contexto, os contratos de f. 46/49 são válidos e não há que se falar em unicidade contratual ou relação de natureza trabalhista entre apelante e apelado.

No que se refere às parcelas pleiteadas na peça de ingresso, certo é que os contratados temporariamente não têm direito ao recebimento das verbas indenizatórias inerentes ao contrato de trabalho regido pela CLT, como o FGTS. Isso porque as relações contratuais firmadas entre as partes regem-se pelas próprias normas contratuais que, em qualquer caso, deverão ser compatibilizadas com o texto constitucional.

Sob tal perspectiva, *in casu*, aplicar-se-á o disposto no art. 39, § 3º, da CR/88, que estende aos servidores públicos alguns direitos arrolados pelo art. 7º, quais sejam: 13º salário, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, salário-família, horas extras, férias acrescidas de 1/3.

Alinhando-se com esse entendimento, este egrégio Sodalício já decidiu casos análogos, conforme se verifica pelos seguintes arestos:

Administrativo. Servidor público. Contratação temporária. Natureza jurídico-administrativa. Parcelas do FGTS. Falta de previsão legal. Improcedência da cobrança. As garantias contra a dispensa não motivada, a propósito do FGTS, não se aplicam, por extensão, aos servidores públicos temporários com vínculo de caráter jurídico-administrativo, mas apenas aos trabalhadores submetidos a regime legal ou contratual que lhes confiram essas prerrogativas. Recurso não provido (TJMG; APCV 1.0407.09.023206-4/0011; Mateus Leme; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. Almeida Melo; Julgamento: 11.02.2010; *DJEMG* de 18.02.2010).

Ação ordinária. Servidor público municipal. Contratação temporária irregular. Inexistência de vínculo celetista. FGTS. Verba não devida. Ainda que em contratação irregular, não faz jus o servidor público municipal que estabelece vínculo jurídico-administrativo com a administração às verbas próprias do regime celetista, tal como o FGTS, as quais não são extensíveis aos servidores públicos pelo art. 39, § 3º, da CF/88. (TJMG; APCV 1.0352.09.052841-0/0011; Januária; 3ª Câmara Cível; Rel. designado Des. Elias Camilo; Julgamento: 14.01.2010; *DJEMG* de 09.02.2010).

Dessarte, a sentença desafiada deve ser mantida, porque o apelante não possui direito à percepção das verbas remuneratórias não estendidas pelo art. 39, § 3º, da CR/88, ou seja, não se aplica o disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas, o que torna improcedente o pedido de recebimento de FGTS.

À luz de tais considerações, conclui-se que este recurso não merece provimento, porque a sentença fora prolatada em conformidade com as normas que regem a espécie.

Conclusão.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo a sentença prolatada pelo MM. Juiz.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - IPVA - Deficiente físico - Isenção - Previsão legal

Ementa: Reexame necessário. Mandado de segurança. Deficiente físico. Isenção de IPVA. Lei Estadual nº 14.937/03. Requisitos presentes.

- Preenchidos os requisitos insertos no inciso III do art. 3º da Lei Estadual nº 14.937/03, a saber, comprovada deficiência física do proprietário do veículo e consequente adaptação do mesmo, há de ser concedido o benefício da isenção do IPVA ao seu postulante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0280.08.026730-3/002 - Comarca de Guanhães - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: José Eduardo Pinheiro - Autoridade coatora: Diretor da Agência Fazendária Estadual de Guanhães, Delegado Fiscal Regional da Secretaria de Estado da Fazenda - 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 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 CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado de Minas Gerais, contra a r. sentença de f. 110/120, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por José Eduardo Pinheiro contra ato do Diretor da Agência Fazendária Estadual de Guanhães e Delegado Fiscal Regional da Secretaria de Estado da Fazenda SRF Ipatinga, na qual o MM. Juiz primevo concedeu a ordem, confirmando a liminar já deferida, para reconhecer o direito do impetrante à isenção de IPVA sob a propriedade do veículo Fiat/Idea ELX, 2006/2007, placa HBQ 6848, referente aos anos de 2007/2008.

Em suas razões de inconformismo, f. 132/154, o apelante argumenta que o ato observou o princípio da legalidade, que não foram preenchidos os requisitos legais que autorizam a isenção do IPVA, fazendo-se necessária a apresentação da CNH para conduzir veículo adaptado, nos termos do Decreto Estadual nº 43.709/03.

Contrarrazões às f. 163/187, em óbvia infirmação.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, f. 173/178, opinando pela confirmação da sentença.

Em que pese o envio dos autos a esta Corte, em razão do recurso de apelação, verifica-se que a hipótese recomenda observância ao disposto no art. 475, I, do CPC, razão pela qual, presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço, de ofício, do reexame necessário. O recurso voluntário será conhecido se não prejudicado, ao final.

A questão posta em exame se subsume à verificação da necessidade da apresentação de cópia da CNH para a condução de veículo adaptado, para que o

impetrante, portador de deficiência física, tenha direito à isenção de IPVA.

Verifica-se, através do laudo da perícia médica fornecido pelo Detran, acostado à f. 66, que José Eduardo Pinheiro sofreu "amputação traumática no MID ao nível do 1/3 proximal da tíbia", sendo que, à f. 63, confirmou-se a necessidade de adaptações em seu veículo automotor:

> [...] após cuidadosa análise das condições físicas do(a) nominado(a) e das suas possibilidades de conduzir veículos automotores, em face dessas mesmas condições, concluem pela: Necessidade de adaptações:
> Embreagem adaptada na alavanca de câmbio e inversão do acelerador para a esquerda.

A Lei Estadual nº 14.937/03, com redação à época do ato impugnado, dispunha em seu art. 3º:

> Art. 3º É isenta do IPVA a propriedade de:
> [...]
> III - veículo de pessoa portadora de deficiência física, quando adaptado por exigência do órgão de trânsito para possibilitar a sua utilização pelo proprietário.

Lado outro, o Regulamento de Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor (RIPVA), decretado pelo então Governador do Estado de Minas Gerais em 23 de dezembro de 2003, prescreve em seu art. 8º:

> Art. 8º Nas hipóteses abaixo relacionadas, a isenção depende de reconhecimento mediante requerimento apresentado à repartição fazendária do Município de registro, matrícula ou licenciamento do veículo, conforme modelo disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda (www.fazenda.mg.gov.br), acompanhado de:
> [...]
> III - laudo da perícia médica fornecido pela Comissão de Exames Especiais para Portadores de Deficiência Física do Departamento Estadual de Trânsito de Minas Gerais (Detran/MG), especificando o tipo de defeito físico do requerente e atestando a sua total incapacidade para dirigir veículo comum, bem como a sua habilitação para fazê-lo no veículo adaptado, para cuja propriedade se requer a isenção, na hipótese do inciso III do *caput* do art. 7º.

Ora, da simples leitura dos dispositivos acima invocados, verifica-se que o RIPVA (Decreto 43.709/03), ao condicionar a isenção do IPVA à exigência da apresentação de habilitação específica para a condução de veículos adaptados, acaba extrapolando a literalidade do texto da Lei Estadual nº 14.937/03, que exige tão somente a comprovação da deficiência física do postulante à isenção e a consequente adaptação do veículo automotor, requisitos estes notadamente evidenciados nos autos.

Assim, ao meu modesto aviso, a restrição oposta à concessão da isenção do IPVA - não decorrente de lei, mas de decreto expedido em descompasso com o normativo legal que rege a espécie - padece de legalidade, já que extrapola os limites estabelecidos para o Poder Regulamentar atribuído ao Poder Executivo, não podendo ser levada a finco.

Nesse sentido, a jurisprudência dominante neste egrégio Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança. Isenção de IPVA. Deficiente físico. Requisitos do art. 3º, III, da Lei Estadual nº 14.937/03. Existência. Concessão da ordem. - Restando preenchidas as exigências do art. 3º, III, da Lei Estadual nº 14.937/03, quais sejam: que o proprietário do veículo seja portador de deficiência física e que o veículo seja adaptado por exigência do órgão de trânsito, faz o mesmo jus à isenção do pagamento de IPVA. (Apelação Cível nº 1.0024.05.698666-4/001, Rel. Des. Silas Vieira.)

Com base nesses argumentos, entendo que resta claro o direito líquido e certo do impetrante de ser beneficiado pela isenção tributária, conforme restou consignado na r. sentença.

Isso posto, em reexame necessário, conhecido de ofício, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Processo cautelar - Arrolamento de bens - Encerramento - Simples referência - Requisitos essenciais - Inobservância - Nulidade da sentença

Ementa: Cautelar. Arrolamento de bens. Processual civil. Encerramento do processo mediante simples e vaga referência. Inadmissibilidade. Matéria de ordem pública. Nulidade da sentença, de ofício.

- Não se pode admitir o encerramento do processo cautelar mediante simples e vaga referência, no bojo de sentença proferida nos autos da ação principal, máxime quando induz, reflexamente, a definitividade de liminar concedida, preterindo os atributos que lhe são imanentes - provisoriedade e subsidiariedade - porquanto cessa sua eficácia com a extinção do processo principal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.06.052712-1/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: M.D.M. - Apelado: D.C.D.M. - 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, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEPOMUCENO SILVA - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso contra sentença (f. 143/146) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Família, Infância e Juventude e Precatória da Comarca de Cataguases, nos autos da ação cautelar de arrolamento de bens ajuizada por D.C.D.M. (apelada) contra M.D.M. (apelante), a qual confirmou a "liminar concedida às f. 54/55, determinando o arquivamento dos autos".

Os embargos declaratórios opostos pelo ora apelante foram acolhidos, em parte, para revogar a determinação de arquivamento (f. 114-116/120/142).

Nas razões recursais (f. 121/123), erige-se o inconformismo do apelante, argumentando, em síntese, que

> o MM. Juiz não julgou a ação e manteve a liminar de bloqueio de numerário e do veículo, impondo ao réu lesão patrimonial permanente; [...] pior ainda é que mandou a partilha de bens ser discutida e analisada em ação própria.

O recurso não foi contra-arrazoado.

Colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Preliminar, de ofício.

Submeto à sempre criteriosa análise de Vossas Excelências preliminar, de ofício, pois que a sentença afronta as disposições do art. 458 do Código de Processo Civil.

Aliás, nem é caso de nulidade, mas de inexistência da sentença.

É lamentável que um processo de singeleza procedimental possa ser alvo de atropelos, inconsistências e nulidades, como no caso dos autos.

Tanto não há sentença, que baixei os autos em diligência, frisando que os autos desta cautelar não contavam com a sentença que daria sentido e suporte ao presente recurso (f. 138/139-TJ).

Cumprindo-a, a il. Julgadora singular determinou a juntada da sentença de f. 143/146, proferida em outubro de 2007, nos autos da ação principal - dissolução de união estável c/c partilha de bens -, a qual fora, inclusive, objeto de recurso de apelação, que ensejou o acórdão de f. 133/136-TJ (julgamento em fevereiro de 2009).

No aludido acórdão, frisou-se que as liminares de outros feitos - arrolamento de bens e separação de corpos - exigiam discussão em palco próprio para sua análise.

A sentença aqui hostilizada, quanto à cautelar, faz apenas brevíssima e vaga referência, *verbis*: "Quanto à Ação de Arrolamento de Bens, confirmo a liminar concedida às f. 54/55, determinando o arquivamento dos autos" (f. 145, último parágrafo).

Ora, o il. Julgador monocrático olvidou-se de que o encerramento do processo cautelar se dá mediante prolação de sentença, que deve conter, obviamente, os requisitos que lhe são essenciais: relatório, fundamentação e dispositivo (CPC, art. 162, § 1°, c/c art. 458, I a III).

Nesse sentido, preleciona Humberto Theodoro Júnior, *verbis*:

> Com ou sem medida liminar, o certo, porém, é que o processo cautelar é de natureza contenciosa e, assim, *nunca* se pode encerrar sem uma sentença que reconheça a procedência ou improcedência do pedido, salvo, é claro, nas hipóteses de extinção por deficiência ou falta de condições de ação ou de pressupostos processuais.

Prosseguindo, assevera:

> Segurança não é sinônimo de arbítrio. *O juiz não está, por isso, dispensado de fundamentar a sentença cautelar*, que intrinsecamente deve conter todos os requisitos essenciais preconizados pelo art. 458: relatório, fundamentação de fato e de direito e dispositivo. (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. II, p. 531/532.) (Destaques nossos.)

Não existe, pois, extinção de processo cautelar por "simples, vaga e breve referência", sendo que sua tutela não se reveste do atributo da definitividade, pois lhe são imanentes a provisoriedade e subsidiariedade, indispensáveis à tutela do processo principal.

No caso, o processo principal foi extinto, exigindo-se, em consequência, a cessação de eficácia da medida cautelar, sob pena de afronta ao art. 808, III, do Código de Processo Civil, máxime porque a partilha de bens foi relegada para discussão e análise em ação própria.

Em homenagem à atual fase do processo - eminentemente crítica -, trago a lume lição acerca da sentença, *verbis*:

> A sentença é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes como também a opinião pública. Portanto aquelas e esta precisam conhecer dos motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para

> se convencerem do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redunda de exigência de ordem pública. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, p. 19.)

Aqui, não se trata de sentença una, que decidiu o processo principal e o cautelar, não se vislumbrando, pois, medida outra que o reconhecimento de nulidade (inexistência?!) de sentença que encerrou o processo cautelar de arrolamento de bens.

Ante tais expendimentos, reiterando vênia, anulo de ofício a sentença - quanto à cautelar de arrolamento de bens -, determinando o retorno dos autos à sua origem, a fim de que outra seja proferida, com atendimento aos requisitos essenciais.

Custas recursais, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - DE OFÍCIO, ANULARAM A SENTENÇA.

...

Embargos à execução fiscal - Efeito suspensivo - Excepcionalidade

Ementa: Agravo de instrumento. Embargos à execução fiscal. Efeito suspensivo. Excepcionalidade.

- Após interpretação sistemática do Código de Processo Civil, vê-se que o que era, outrora, a regra em nosso ordenamento jurídico, passou a ser, com o advento da Lei 11.382/2006, a exceção. Não se pode mais, pela simples oposição de embargos à execução, deferir-lhes efeito suspensivo, a não ser que estejam presentes os requisitos necessários estampados no § 1º do art. 739-A do CPC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0637.08.061704-5/001 - Comarca de São Lourenço - Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravada: Comercial Aurora São Lourenco Ltda. - 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 DAR PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 2 de março de 2010. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Conheço do agravo de instrumento interposto, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Primeira Vara Cível da Comarca de São Lourenço, Comercial Aurora de São Lourenço Ltda. opôs embargos à execução fiscal que lhe move o Estado de Minas Gerais; recebidos os embargos, o MM. Juiz *a quo* lhe conferiu efeito suspensivo; contra esta decisão rebela-se o aqui agravante, ao argumento de que o que outrora era regra, com a nova sistemática conferida pela Lei 11.382/2006, tornou-se exceção, ou seja, conferir efeito suspensivo aos embargos opostos à execução; juntou documentação.

Data venia, após minuciosa análise de todo o caderno processual, tenho que a decisão guerreada merece reforma, pelos fundamentos aqui dispostos.

Dúvidas não existem de que o Código de Processo Civil é lei subsidiária à Lei 6.830/80, conforme estabelece o seu art. 1º:

> Art. 1º - A execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Certo é, também, que a Lei 6.830/80 não estabelece, em nenhum de seus dispositivos, que os embargos à execução fiscal serão, sempre, recebidos no efeito suspensivo. Dessa forma, o Código de Processo Civil é, sim, a lei subsidiária a dirimir a hipótese dos autos.

Cumpre esclarecer, ainda, que o *Codex* Instrumental, na sua redação anterior à Lei 11.382/2006, previa, expressamente, em seu art. 739, § 1º, que "os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo".

Nada obstante, a Lei 11.382/2006 inseriu profundas mudanças na sistemática dos embargos à execução, como se pode observar da redação do art. 739-A do CPC, que assim se expressa:

> Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
> § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil e incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Assim, após interpretação das normas supramencionadas, vê-se que o que era, noutro momento, a regra

em nosso ordenamento jurídico, passou a ser, com o advento da Lei 11.382/2006, a exceção. Não se pode mais, pela simples oposição de embargos à execução, deferir-lhes efeito suspensivo, a não ser que estejam presentes os requisitos necessários estampados no § 1º do art. 739-A do CPC.

Esse é o entendimento já sufragado por este egrégio Tribunal de Justiça, veja-se:

> Embargos do executado. Lei 11.382/06. Aplicabilidade. Efeito suspensivo. Comprovação dos requisitos do art. 739, § 1º. Indispensabilidade. - Uma vez que a Lei 11.382/06 entrou em vigor em 21.01.2007, correta é sua aplicação aos atos praticados em embargos do executado opostos posteriormente a essa data, a partir da vigência da Lei 11.382/06, os embargos à execução de título extrajudicial serão recebidos apenas no efeito suspensivo em caráter de excepcionalidade, conforme o §1º do art. 739-A do CPC (Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.426297-3/001, Rel. Des. Elpídio Donizetti, *DJ* de 13.08.2007).
>
> Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Embargos do devedor. Aplicação das novas regras processuais. Regramento. Recebimento apenas no efeito devolutivo. - A lei processual nova aplica-se inclusive aos processos em curso, não podendo, contudo, atingir os atos processuais já praticados, nem os seus efeitos, mas tão somente aqueles não iniciados, sem qualquer limitação à fase processual em que ele se situa. - É fundamental que, para a suspensão da execução, em decorrência da oposição dos embargos, a parte, além do requerimento expresso e da relevância dos seus fundamentos, demonstre que o prosseguimento do processo de execução virá a causar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação e, além disso, e também como condição essencial, a segurança do juízo (Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.426296-5/001, Rel. Des. Osmando Almeida, *DJ* de 23.06.2007).
>
> Execução fiscal. Embargos. LEF. CPC. Lei 11.382/06. Aplicabilidade. Efeito suspensivo. - É de se aplicar a Lei 11.382/06, em vigor desde 21.01.07, em relação aos processos em curso, ressalvados os atos já exauridos, alcançando, entretanto, os atos processuais cuja preclusão ainda não tenha operado, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Diante da ausência de pedido e de prova da ocorrência dos requisitos exigidos pelo § 1º do art. 739-A do CPC, capazes de ensejar a suspensão do procedimento executivo, devem os embargos ser recebidos sem efeito suspensivo, conforme *caput* do art. 739-A do CPC. Agravo provido (Agravo de Instrumento nº 1.0079.07.357698-9/001, Rel. Des. Cláudio Costa, *DJ* de 21.02.2008).

Ora, pelo que consta dos instrumentos deste pedido recursal, a agravada não demonstrou que a não suspensão da execução fiscal possa lhe causar manifestamente "grave dano de difícil ou incerta reparação".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que os embargos sejam recebidos apenas no efeito devolutivo.

Custas, na forma da lei.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Peço vênia ao ilustre Relator para apresentar voto divergente.

Penso que não assiste razão à agravante.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra a decisão trasladada à f. 21/TJ, que recebeu os embargos à execução fiscal interpostos pela empresa agravada e determinou a suspensão da execução fiscal movida em seu desfavor.

Insurge-se, pois, a agravante contra a decisão primeva, que, recebendo os embargos da executada, suspendeu o curso da execução fiscal.

A discussão aqui reside em saber se o art. 739-A do CPC, introduzido pela precitada Lei 11.382/06, que prevê expressamente que os embargos do executado não terão efeito suspensivo, aplica-se, ou não, de forma subsidiária aos embargos do devedor ajuizados em sede de execução fiscal.

Com efeito, com a introdução do supracitado dispositivo legal, o juiz não pode mais conceder efeito suspensivo de ofício. Para que o devedor obtenha a suspensão da execução, ele terá que requerer o efeito suspensivo dos embargos, com base em relevante fundamentação, desde que garantido o juízo, ocasião em que o Magistrado passará a analisar o seu pedido, podendo atribuir o efeito suspensivo aos embargos em caráter de excepcionalidade.

Nesse contexto, poder-se-ia pensar, em análise apressada e literal dos dispositivos legais pertinentes, que o precitado art. 739-A, no que toca aos efeitos em que recebidos os embargos, teriam sim aplicação subsidiária em relação à LEF.

Contudo, a despeito de opiniões em contrário, em uma interpretação sistemática dos dispositivos legais pertinentes, não é essa a melhor orientação a ser seguida no caso posto em discussão.

De fato, se por um lado se tem a omissão da LEF quanto aos efeitos em que serão recebidos os embargos à execução fiscal, por outro, se têm como plenamente vigentes e válidas as regras previstas nos seus arts. 18 e 19, que assim dispõem:

> Art. 18. Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.
> Art. 19. Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:
> [...]

Vê-se claramente que esses dispositivos, mormente o supracitado art. 19, trazem em seu bojo que a ausência de ajuizamento dos embargos ou a sua rejeição ensejam o prosseguimento da execução, o que permite a conclusão, ainda que implícita, de que, em havendo embargos, a mesma restará suspensa.

Acerca das especificidades da execução fiscal, trago à colação doutrina citada no voto do Des. Armando Freire, quando do julgamento do Agravo nº 1.0079.02.004414-9/001, *verbis*:

> Anotam os Professores Alberto Pereira, Danielle Melo e Gustavo Amaral: 'Sendo a execução embasada em título extrajudicial (CDA), os embargos serão sempre de cognição plena, porquanto ausente o exercício do contraditório em juízo antes da formação do título objeto da execução fiscal. Nesse sentido, constituem os embargos uma contra-ação, sendo ampla a sua matéria de defesa, como ocorre em qualquer execução fundada em título executivo extrajudicial, havendo, inclusive, oportunidade para requer a produção de provas (*Revista Dialética de Direito Tributário* nº 143 - As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais).

Nessa linha, considerando as peculiaridades da Lei de Execução Fiscal, especialmente no que tange à extensão do conhecimento dos embargos e às suas disposições, ainda que implícitas, sobre os efeitos desses embargos, entendo que, a princípio, não se deve aplicar subsidiariamente a essa lei específica o disposto no art. 739-A do CPC.

Consigne-se, também, que os arts. 16 e 17 da Lei 6.830/80, condicionando a admissibilidade dos embargos à garantia do juízo e fixando prazo maior para a respectiva interposição e impugnação, indubitavelmente, disciplinam os embargos do executado no âmbito do procedimento especial, desfigurando o procedimento ordinário.

Assim sendo, embora não haja disposição expressa na Lei de Execução Fiscal quanto à suspensão do processo executivo em decorrência da interposição dos embargos do devedor, o certo é que procedimento previsto no CPC acerca da questão em apreço colide com a sistemática dos embargos do executado prevista para o procedimento especial das execuções fiscais

Por outro lado, a Fazenda Pública titulariza prerrogativas que não são comuns ao credor no âmbito da execução extrajudicial não disciplinada pela Lei de Execução Fiscal. A constituição unilateral do título executivo e a possibilidade de promover a substituição do bem penhorado por outro que melhor lhe aprouver, além da possibilidade de realizar a penhora por via eletrônica independentemente da prévia procura de bens penhoráveis cria a perspectiva segundo a qual tem o devedor o direito a obter a suspensão da execução até que o mérito dos embargos seja julgado.

Nesse diapasão, os seguintes precedentes deste TJMG:

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. Embargos do executado. Efeito suspensivo. - O artigo 739-A do CPC não se aplica ao executivo fiscal, haja vista o procedimento especial previsto na Lei 6.830/80 para os embargos do executado, incompatível com as regras advindas das mudanças promovidas pela Lei 11.382/2006. Recurso a que se nega provimento (Agravo nº 1.0079.06.269589-9/001, Comarca de Contagem. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravada: TLI - Transportes e Logística Integrada Ltda. Relator: Des. Kildare Carvalho).

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. ICMS. Oferecimento de embargos do devedor. Efeito suspensivo. Art. 739-A, do CPC, introduzido pela Lei 11.382/06. Aplicação subsidiária. Inviabilidade. Arts. 18 e 19 da Lei 6830/80. - O art. 739-A do CPC, introduzido pela recente Lei 11382/06, que suprimiu o efeito suspensivo *ope legis* dos embargos do devedor, não se aplica subsidiariamente à Lei de Execução Fiscal, tendo em vista que este último diploma normativo, conquanto omisso quanto aos efeitos em que serão recebidos os referidos embargos, sinaliza, em seu art. 19, ainda que implicitamente, no sentido de que, oferecidos os embargos, suspende-se a execução fiscal. Com mais razão, quando se constata na espécie considerada que os embargos foram interpostos antes das alterações introduzidas no CPC pela Lei nº 11.382/06 (Agravo nº 1.0079.02.004414-9/001, Comarca de Contagem. Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravada: Leone Cia. Ltda., Relator: Des. Armando Freire).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, pois, incólume a r. decisão que concedeu efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.

Custas, na forma da lei.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

...

Dissolução parcial de sociedade - Ausência de *affectio societatis* - Sociedade limitada com dois sócios de capital idêntico - Exclusão do outro - Impossibilidade - Dissolução total da sociedade - Medida que se impõe

Ementa: Empresarial. Dissolução parcial de sociedade. Ausência de *affectio societatis*. Sociedade limitada com dois sócios de capital idêntico. Impossibilidade de exclusão do outro. Dissolução total da sociedade. Medida que se impõe.

- Nos termos do art. 5º, inciso XX, da Constituição, "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

- Com a dissolução parcial da sociedade fundamentada na falta de *affectio societatis*, pode o sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada pleitear em juízo a sua retirada da referida sociedade. Todavia, tal pedido não é viável para impor aos demais sócios a sua retirada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.08.078196-4/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: Meirele Rodrigues Gonçalves - Apelantes adesivos: Maycon Martins de Souza e outros - Apelados: Meirele Rodrigues Gonçalves, Maycon Martins de Souza e outros - 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 A AMBOS OS RECURSOS. PRELIMINARES REJEITADAS.

Belo Horizonte, 24 de março de 2010. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Marcelo Silva Sant'Anna.

DES. NILO LACERDA - Trata-se de apelação cível interposta por Meirele Rodrigues Gonçalves contra a r. sentença de f. 811/824, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Viçosa, nos autos da ação de dissolução parcial de sociedade que ajuizou contra Maycon Martins de Souza e outro, que interpôs apelo adesivo.

A r. sentença julgou improcedentes o pedido formulado pela autora e o pedido reconvencional, pois, sendo a sociedade composta apenas por dois sócios com capital idêntico, não pode um excluir o outro com base no fim da *affectio societatis*. Decretou, todavia, a dissolução total da sociedade comercial Academia Atletic Fitness Ltda., com a apuração dos haveres segundo a participação de cada sócio, firmando-se como data-base do início o ano de 2006, procedendo-se à apuração por meio de liquidação por arbitramento, na forma do art. 1.218, inciso VII, do CPC.

Condenou, em consequência, a apelante principal ao pagamento de custas e honorários advocatícios no valor de R$ 1.500,00, suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Igualmente, condenou o apelante adesivo nas mesmas verbas referentes à reconvenção, também suspendendo a exigibilidade com base no mesmo dispositivo legal.

Opostos embargos de declaração pela apelante às f. 825/827, foram rejeitados pela decisão de f. 828/829.

Irresignada, pretende a apelante principal a modificação do citado *decisum*, preliminarmente, alegando ser a mesma *ultra petita*, uma vez que o pedido formulado era de dissolução parcial da sociedade, tendo o Magistrado primevo promovido a dissolução total. No mérito, entende que a r. sentença não aplicou o princípio da manutenção da empresa. Argumenta que deveria ser excluído o outro sócio com base no art. 1.030 do Código Civil, visto que teria cometido falta grave no cumprimento de suas obrigações, dando ensejo à quebra da *affectio societatis*. Cita entendimentos jurisprudenciais que entende serem aplicáveis à espécie dos autos. Enumera diversas atitudes do apelado que configurariam desvio de conduta capazes de acabar com a *affectio societatis*. Sustenta ser a pessoa mais capacitada para ficar à frente da atividade empresarial, até mesmo por ser formada em educação física. Alega que a figura do apelado no contrato social era meramente figurativa, razão pela qual entende que a cláusula segunda do contrato social deveria ser anulada. Assevera que adimpliu substancialmente com dívidas da sociedade, especialmente para a formação do capital social, tendo comprovado que o integralizou, enquanto o apelado nada comprovou relativamente à integralização do capital social. Requer a antecipação de tutela em sede recursal.

Pelas razões de f. 872/878, o apelante adesivo alega que a sociedade foi dissolvida por culpa da apelante principal, que não cumpriu com suas obrigações, nem sequer quando acordadas nos autos (conforme f. 703/705, 719/721, 724/731 e 768), e, em especial, a obrigação de prestar contas. Alega que a conduta da apelante principal de utilizar sua conta pessoal para gerir os recursos da pessoa jurídica é suficiente para demonstrar que a sócia não tem comprometimento com a academia. Aduz que a apelada desvia quantias da sociedade por meio de depósitos na sua conta poupança. Argumenta que a apelada utiliza a academia como sua própria casa, nela residindo e recebendo visitas, apesar do descontentamento do apelante adesivo. Alega que já foi vítima de agressões físicas da apelante principal. Pede a antecipação de tutela recursal para fins de instar a apelada a fornecer cópia de todas as chaves para acesso à academia.

Contrarrazões apresentadas às f. 879/890 e 892/901, esta última com preliminar de não conhecimento da apelação adesiva, por não se insurgir contra a sentença.

Preliminar de não conhecimento da apelação adesiva.

Antes de analisar os apelos interpostos, impõe-se a análise da preliminar suscitada pelo apelante de não conhecimento do apelo adesivo.

Entende que a apelação adesiva não cumpriu o disposto no art. 514, inciso II, do CPC, visto que não teria se voltado contra a sentença, não demonstrando as suas razões de inconformismo com o decidido pelo Magistrado *a quo*.

Razão não assiste à apelante principal. Com efeito, da análise das razões recursais do apelante adesivo, vê-se que este busca a manutenção da sociedade, com a exclusão da apelante principal dos seus quadros sociais.

Assim, percebe-se que o apelante adesivo volta-se contra a r. sentença, apontando seus fundamentos para tanto, obedecendo ao disposto no art. 514, inciso II, do CPC.

Rejeito a preliminar.

Conheço de ambos os recursos, principal e adesivo, uma vez que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de sentença *ultra petita*.

Antes de adentrar o mérito, necessária a análise da preliminar eriçada pela apelante principal de ser a sentença de primeiro grau nula, por ser *ultra petita*.

Argumenta que os pedidos formulados pelas partes foram da dissolução parcial da sociedade, mas que a r. sentença acabou por dissolvê-la por completo, pondo fim à sua atividade.

Ora, o vício apontado, como se sabe, ocorre quando o órgão jurisdicional concede ao autor mais do que foi pedido, mas não gera nulidade integral da sentença, porque o tribunal pode decotar o excesso. A lição é de Humberto Theodoro Júnior no *Curso de direito processual civil* (25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 517):

> O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).
> A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.

Entretanto, entendo não haver nos autos o apontado vício. Analisando o pedido de ambas as partes, vê-se que o objetivo primordial era a exclusão do outro sócio, com a manutenção da sociedade.

Contudo, o Juiz de primeiro grau entendeu que não é possível a dissolução parcial, já que nenhum dos litigantes possui maioria do capital capaz de excluir o outro da sociedade, na forma do art. 1.085 do Código Civil.

Sendo patente, por outro lado, a inexistência de *affectio societatis*, outra não poderia ser a solução dada ao caso, já que não se pode obrigar as partes a permanecerem associadas, principalmente diante das desavenças entre elas existentes.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, importante consignar que, nos termos do art. 5º, inciso XX, da Constituição, "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

Nesse sentido, todo sócio tem o direito de, a qualquer tempo, se retirar da sociedade se for de seu interesse. No caso em tela, todavia, a sociedade possui dois sócios, sendo que um pleiteia a saída do outro, tudo com base na extinção da *affectio societatis*.

A *affectio societatis* é um dos requisitos para o contrato de sociedade, que se exterioriza pela vontade comum dos sócios de que o empreendimento prospere, em prol da própria sociedade e da atividade por ela desenvolvida.

O desentendimento entre os sócios, explícito no caso *sub judice*, pode decorrer de situações diversas e afetar o escopo de somar esforços, justificando a retirada de determinado sócio, bem como a exclusão de seu nome do contrato social.

Waldo Fazzio Júnior, na sua obra *Manual de direito comercial* (3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 184-185), anota:

> Como assente pela maioria dos comercialistas, a dissolução parcial foi construída pela doutrina e adotada pela jurisprudência, precisamente para resguardar a estabilidade da empresa contra eventual instabilidade dos interesses dos sócios, suprindo assim as deficiências do individualismo do Código Comercial, voltado preferencialmente para a proteção destes. Por isso, só uma leitura produtiva daquele diploma pode superar a perplexidade despertada por sua exegese literal.

No entanto, no caso dos autos, ambas as partes formulam pedidos de dissolução parcial de sociedade, mas sem requerer a própria saída da sociedade. O que pretendem, de fato, é permanecerem com a titularidade da sociedade com a exclusão do sócio componente do outro polo da demanda.

Ora, com a dissolução parcial da sociedade fundamentada na falta de *affectio societatis*, pode o sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada pleitear em juízo a sua retirada da referida sociedade. Todavia, tal pedido não é viável para impor aos demais sócios a sua retirada. Dessa feita, corretamente decidiu o douto Julgador *a quo* ao entender que os pedidos formulados nos autos são, na verdade, de exclusão de sócio.

A simples ruptura da *affectio societatis*, a seu turno, não é suficiente para determinar a exclusão de sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

O instituto da dissolução parcial da sociedade, como asseverado acima, foi criado pela doutrina e jurisprudência para proteger a empresa e, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (In: *Curso de direito comercial*, v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003), tem como causas: o exercício do direito de retirada do sócio, a expulsão, a morte de sócio ou a liquidação da quota a pedido de credor do sócio.

Os pedidos constantes das iniciais no caso vertente afiguram-se como verdadeira hipótese de expulsão de sócio. Dessa forma, imperiosa a comprovação de que houve descumprimento do sócio de seus deveres perante a sociedade. Esses deveres são, basicamente, o de integralizar suas cotas e de contribuir para o desenvolvimento da empresa.

No caso em tela, como bem asseverou o eminente Juiz de primeiro grau, não restou comprovada, tanto

pelo autor como pelo reconvinte, a ocorrência de qualquer falta grave no caso em tela. Limitam-se as partes a alegar que houve a quebra da *affectio societatis*, imputando uma série de práticas indevidas um ao outro.

Entendo que nenhum dos litigantes logrou êxito em comprovar quaisquer condutas que possam caracterizar a justa causa ensejadora da expulsão de sócio, nos termos do art. 1.085 do Código Civil. A respeito do ônus probatório, importante consignar as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Ônus de provar - A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6. ed. São Paulo: RT, p. 695-696).

A propósito, o entendimento desta Câmara não discrepa:

> Apelação cível. Danos morais e materiais. Ônus da prova do autor sobre fato constitutivo do direito. - Cada parte deve arcar com o ônus de provar suas alegações, cabendo ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito por ele pleiteado e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Não se desincumbindo desse ônus, a parte não concede ao juízo os elementos suficientes para formar sua convicção. Como o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, deve ser julgado improcedente o pedido que não esteja lastreado em conjunto probatório satisfatório (TJMG, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0701.03.057021-5/001, Relator Des. Nilo Lacerda, julgamento em 06.09.2006).

Diante do impasse entre os sócios e não mais existindo entre eles a *affectio societatis*, ante os limites impostos pelos pedidos formulados por ambas as partes nos autos, não há como se deferir qualquer dos pleitos descritos na inicial ou na reconvenção, a exemplo de como decidiu o eminente Julgador de primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento à apelação principal e à adesiva, para manter integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelas partes, meio a meio. Suspensa a exigibilidade, por litigarem sob a assistência judiciária gratuita.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. PRELIMINARES REJEITADAS.

...

Alimentos - Avó paterna - Responsabilidade subsidiária - Binômio necessidade/possibilidade - Observância - Defensoria Pública - Sucumbência - Honorários advocatícios

Ementa: Ação de alimentos direcionada contra a avó paterna. Responsabilidade subsidiária. Binômio necessidade-possibilidade. Observância. Defensoria Pública. Honorários advocatícios.

- A delicada situação econômica da alimentante e dos alimentandos não permite a majoração da verba alimentar impugnada, sob pena de repartição de misérias, situação que torna imperiosa a manutenção do *quantum* arbitrado no juízo de origem.

- À Defensoria Pública estadual são devidos honorários de sucumbência à proporção da vitória da parte assistida na demanda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.08.087103-7/001 - Comarca de Alfenas - Apelantes: A.S.L. e outros, representados pela mãe I.A.S. - Apelado: E.M.B. - 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 Ernane Fidélis, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 2 de março de 2010. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 46/51-TJ, proferida nos autos da ação de alimentos ajuizada por A.S.L. e outros, representados pela mãe I.A.S., em desfavor de E.M.B., que julgou parcialmente procedente o pedido para fixar os alimentos em favor dos autores em 30% do salário-mínimo, sem a condenação em honorários advocatícios.

Em suas razões, os apelantes sustentam que sua genitora não tem condições financeiras para promover o correto sustento da prole sozinha, tendo de se socorrer de familiares, amigos e do serviço de Assistência Social do Município, razão pela qual devem receber o auxílio da avó paterna, visto que o genitor não honra com a sua obrigação alimentar já fixada e encontra-se atualmente foragido da Justiça. Consideram que o valor dos alimen-

tos arbitrados está aquém das suas necessidades e das possibilidades financeiras da apelada, que "reúne plenas condições de contribuir para o sustento dos netos com quantia mais significativa", sobretudo, porque revel na ação.

Afirmam que a apelada trabalha como doméstica; percebe remuneração equivalente a 2 salários-mínimos; não possui outros filhos além do genitor dos apelantes; e reside em moradia própria com seu companheiro que recebe proventos de aposentadoria. Salientam, ainda, que a apelada possui automóvel e sítio, onde cria suínos.

Sustentam que, na falta do genitor para o sustento dos filhos, a responsabilidade dos avós é substitutiva ou subsidiária, e não meramente complementar, sendo certo que nada obsta que os alimentos fixados em desfavor dos avós sejam superiores aos devidos pelo genitor. Afirmam que são devidos honorários de sucumbência à Defensoria Pública.

Pugnam pelo provimento do recurso, para julgar procedente o pedido inicial, majorando o valor da prestação alimentícia para 70% do salário-mínimo, condenando, ainda, a apelada nos honorários de sucumbência (f. 57/65).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Analisando minuciosamente os autos, constato que os apelantes ajuizaram ação de alimentos em desfavor da avó paterna, alegando que o pai biológico há tempos deixou de auxiliar no sustento da prole e que a apelada tem condições financeiras para contribuir na criação dos netos, motivo pelo qual pugnaram pela procedência da pretensão vestibular para que a ascendente lhes preste quantia de 70% do salário-mínimo.

As únicas provas produzidas nos autos, que são os depoimentos prestados às f. 37/40, confirmam que a genitora dos apelantes não tem salário fixo, passa por dificuldades financeiras, recebe ajuda de parentes, de amigos e do Conselho Tutelar de Alfenas, além de residir com os 4 infantes em moradia cedida pela Secretaria de Assistência Social do Município.

A prestação dos alimentos fundamenta-se na solidariedade familiar (art. 1.694 do CC). A extensão do dever de alimentos a todos os ascendentes recai nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, de modo que quem necessitar de alimentos deverá pedi-los, primeiramente, aos genitores; na falta ou na impossibilidade destes, aos avós; e assim sucessivamente, conforme prescreve o art. 1.696 do CC.

Assim, a obrigação alimentar dos avós é subsidiária à dos pais, devendo o requerente demonstrar a impossibilidade de o genitor contribuir no sustento da prole, para que só então haja a condenação dos ascendentes no auxílio dos netos, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Regimental. Pensão alimentícia. Avô paterno. Complementação. Possibilidade. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. - Os avós podem ser chamados a complementar os alimentos dos netos, na ausência ou impossibilidade de o pai fazê-lo. A obrigação não é solidária (AgRg no REsp 514356/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 29.11.2006).

O pai dos apelantes foi condenado a prestar pensão alimentícia à proporção de 50% do salário-mínimo, mas o mesmo não vem honrando com sua obrigação, estando atualmente foragido da cadeia pública de Alfenas, razão pela qual a família, certamente, não recebe auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/91).

Os alimentos devem ser fixados prudentemente levando-se em consideração o binômio necessidade x possibilidade, de modo que devem ser fixados em quantia razoável, que atenda às necessidades do alimentando, mas sem prejudicar em demasia o alimentante, que, no caso da avó paterna tem de manter a sua subsistência e de sua família.

No caso concreto, não restou comprovado que a avó paterna dos apelantes percebe determinado valor mensal, do qual pudesse extrair com certeza e convicção que o valor dos alimentos ora fixados em 30% do salário-mínimo está aquém da sua capacidade financeira de ajudar no sustento dos netos.

De acordo com a prova testemunhal, concluo que a apelada também possui padrão de vida baixo, além de ser pessoa naturalmente de idade avançada. É certo que as necessidades dos quatro netos menores são presumidas, mas não se pode desconsiderar que, em se tratando de alimentante idoso, existem também gastos inerentes ao avanço de idade.

Ademais, a própria genitora dos menores, em seu depoimento, reconhece que a avó materna também contribui no sustento dos netos, realizando "compras para a casa" (f. 39).

Com a devida vênia, a obrigação do ascendente é subsidiária ao do genitor da prole, não podendo ser tida como uma responsabilidade solidária, e a delicada situação de ambas as partes não permite a majoração da verba fixada de 30% para 70% do salário-mínimo, como pleiteado pelos apelantes, ensinando o renomado professor, Yussef Said Cahali que:

> [...] aquele que dispõe de rendimentos modestos não pode sofrer a imposição de um encargo que não está em condições de suportar; pois, se a justiça obrigasse quem dispõe apenas do indispensável para viver, sem sobras, e mesmo com faltas, a socorrer outro parente que está na miséria, 'ter-se-ia uma partilha de misérias' (*Dos alimentos*. RT, p. 479/480).

Em síntese, demonstrada pelas provas dos autos a inviabilidade de majoração da verba alimentar impugnada, imperiosa sua manutenção no patamar compatível com a condição social das partes envolvidas.

Por fim, a condenação em honorários de sucumbência é consequência inerente à derrota experimentada em juízo, nos termos do art. 20 do CPC, ainda que a parte vencedora esteja assistida pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Embora, essa verba não pertença ao Defensor Público, representante da parte vencedora, por vedação legal prevista no art. 130, III, da LC 80/94, ela pertence à zelosa Defensoria Pública estadual.

No caso concreto, a requerida é pessoa humilde, a causa é de pequeno valor, foi julgada em aproximadamente 8 meses e não apresenta complexidade, sobretudo diante da ausência de pretensão resistida, visto que a requerida é revel (f. 17/18). Assim, mesmo reconhecendo o grau de zelo da ilustre Defensora Pública, a quantia certa de R$200,00 atende aos comandos das alíneas *a, b* e *c* do § 3º do art. 20 CPC e a sucumbência recíproca, "já considerando esse decaimento parcial uma compensação" (EDcl no REsp 96.712/CE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 17.09.02, c/c Súmula 306/STJ).

Dou provimento parcial ao recurso para, reformando parcialmente a sentença, fixar em R$200,00 os honorários de sucumbência devidos pela apelada.

Custas recursais pelas partes, em igual proporção, suspensa a exigibilidade em relação aos apelantes nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (f. 16).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Reintegração de posse - Direito de passagem de trânsito - Encravamento - Audiência de justificação - Necessidade - Liminar cassada

Ementa: Agravo de instrumento. Reintegração liminar da posse. Direito de passagem de trânsito. Encravamento. Necessidade de audiência de justificação. Liminar cassada.

- Em ação de reintegração de posse, a liminar deferida prescinde da realização da audiência de justificação, mormente quando a documentação unilateral carreada não comprova o encravamento do imóvel noticiado na inicial, a permitir a concessão da liminar por direito de servidão de trânsito aparente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0699.09.-104913-9/001 - Comarca de Ubá - Agravante: Terezinha Zilá Narciso da Silva - Agravado: Antônio Luiz Sperandio e outro - 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 Des. Francisco Kupidlowski, 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 março de 2010. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Terezinha Zilá Narciso da Silva, frente à decisão interlocutória que concedeu a liminar de reintegração de posse, em ação possessória movida pelos agravados Antonio Luiz Sperandio, José Luiz Delazari, José de Paula Sperandio, Aparecida Lourenço Sperandio e Orlando Sperandio.

Contrarrazões constantes de f. 137/142.

Restou concedido o efeito suspensivo, consoante se infere da decisão de f. 109.

Defiro o pedido de gratuidade de justiça em favor da parte agravante, restando, pois, dispensada a mesma do preparo recurso.

Este é o relatório. Decido:

Conheço do agravo de instrumento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Verifico que foi proposta pelos agravados uma ação possessória, embora denominada como ação de "obrigação de fazer", onde os mesmos pleitearam como pedido liminar fosse possibilitado o livre acesso pela passagem existente na propriedade da parte agravante, por decorrência de retirada do portão e cadeado existentes na passagem.

A decisão proferida pela ilustre Juíza *a qua*, constante de f. 97/98-TJ, deferiu em sede de tutela antecipada a passagem dos agravados pelo caminho existente na propriedade da parte agravante, reconhecendo a existência de uma única passagem no local.

Sustenta a parte agravante que a decisão agravada deve ser modificada, porquanto não ficou demonstrado qualquer perigo de dano ou de que o portão existente na passagem estivesse fechado há menos de um ano e dia.

Sustenta, ainda, que não existe encravamento das propriedades dos agravados a justificar a medida antecipatória deferida.

Inicialmente, vejo que os agravados ingressaram com uma ação contra a agravante, denominada de "Ação de Obrigação de Fazer c/c *Astreintes*", onde

relatam que são possuidores de áreas de terras situadas no local denominado "Córrego do Sapo", na zona rural de Ubá-MG, acrescentando que tais áreas se situam em grotas e que o acesso a tais áreas é feito pela passagem existente na propriedade da parte agravante e que referida pessoa estaria impedindo tal acesso, ao colocar portão e cadeado pela passagem existente.

Tecendo considerações outras, pleitearam ao final pela concessão da tutela antecipada e liminarmente, objetivando o livre acesso pela passagem existente na propriedade da parte agravante.

Evidenciado está que a ação proposta, embora denominada como "obrigação de fazer", configura na verdade ação possessória, visando a reintegração de posse pela passagem existente no imóvel da parte agravante, ao fundamento de existência de encravamento da propriedade.

Nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova da posse, da turbação, da data da turbação e da perda da posse.

Por se tratar de questão supostamente afeta a imóvel encravado, além da demonstração da turbação, deve ser comprovado o encravamento existente, de forma que a existência de outra passagem fora da propriedade da parte agravante leva à improcedência da ação proposta.

Como tal, no meu modesto inteligir, não restou realizada, sequer, a audiência de justificação a conferir, inicialmente, a possibilidade de concessão da liminar pleiteada, sendo certo que a documentação unilateral carreada aos autos pelos agravados, por si só, não comprova o encravamento noticiado.

Ressalte-se que o laudo técnico assinado pelo Engenheiro Eduardo Gomes, constante de f. 30/37, embora consubstanciado como prova unilateral apresentada pela parte agravante, se contrapõe às afirmações constantes da petição inicial proposta pelos agravados, e informa que inexiste o encravamento das áreas a justificar o pleito de tutela antecipada.

Assim, o atual estágio do processo não permite afirmar, com certeza, a presença da verossimilhança das alegações e da prova inequívoca, a amparar o pedido liminar e de tutela antecipada formulados e deferidos pela ilustre Juíza *a qua*, valendo a transcrição jurisprudencial, inclusive de julgado anterior cuja relatoria foi de minha lavra:

> Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Liminar. Servidão de trânsito aparente. Uso visível e permanente. Falta de justificação. Liminar cassada. A teor do que exige o art. 927 do Código de Processo Civil, a liminar de reintegração de posse somente pode ser deferida mediante a prova do exercício de posse e do esbulho, bem como a data de sua ocorrência. O uso de estrada de forma visível e permanente pode caracterizar a posse de servidão de trânsito aparente, desde que demonstrado que ela se tornou permanente (Súmula 415 do STF). (Processo: 1.0408.08.020181-2/001, TJMG, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata).

E ainda:

> Processual civil. Apelação. Ação de interdito proibitório. Ação de reintegração de posse. Feitos conexos. Estrada rural. Servidão de trânsito. Prova pericial. Necessidade. Sentença. Nulidade. - O art. 130 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas quanto ao poder-dever do juiz em dirigir e instruir o processo, determinando, inclusive de ofício, a realização das provas que julgar necessárias para o deslinde do litígio.- A perícia serve à prova do fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem (`Processo: 1.0344.01.000742-7/001, TJMG, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos).

Frente a tais razões e estando convencido de que a decisão interlocutória foi proferida de forma equivocada, dou provimento ao agravo de instrumento a fim de revogar a tutela antecipada e pedido liminar concedidos, nada impedindo, porém, que nova decisão seja proferida pela ilustre Juíza *a qua*, desde que precedida da audiência de justificação a confirmar, provisoriamente, os fatos noticiados na inicial.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Dano ao meio ambiente Reparação da área atingida - Indenização - Cumulação - Possibilidade - Quantificação do dano - Necessidade

Ementa: Ação civil pública ambiental. Efluentes atmosféricos e hídricos. Possibilidade de recuperação da área. Obrigação de fazer imposta em ação civil pública anterior. Indenização. Cumulação. Possibilidade. Descabimento no caso concreto. Dimensão do dano não comprovada.

- A ação civil pública tem por objetivo primordial a restauração do bem jurídico lesado e a compensação dos prejuízos que não puderam ser diretamente reparados, sendo, pois, cabível a cumulação das condenações em obrigação de fazer (recuperação da área atingida) e o pagamento de indenização.

- Constatado o dano ambiental, deve o infrator promover a restauração do meio ambiente, sendo descabida, no entanto, a condenação ao pagamento de indenização quando a lesão não puder ser mensurada.

- Impossibilidade de adoção de parecer elaborado unilateralmente, com base somente em documentos do inquérito civil público no qual houve mera estimativa do dano causado ao meio ambiente. Necessidade de quantificação do dano concreto.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.109707-0/001 - Comarca de Betim - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Petrobras - Petróleo Brasileiro S.A. - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pretendendo a reforma da r. sentença proferida pela MM. Juíza da 5ª Vara Cível da Comarca de Betim, que em ação civil pública de indenização por dano ambiental julgou improcedente o pedido inicial.

A r. sentença rejeitou a prejudicial de prescrição e indeferiu o pedido de indenização, sob o argumento de que não há como se acolher o parecer técnico de f. 1.996/2.019 elaborado pelo *Parquet*, considerando que nele não foi demonstrado dano ambiental concreto. Concluiu que o autor não fez prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Foram opostos embargos de declaração às f. 2.222/2.226, os quais foram rejeitados às f. 2.227/2.229.

Nas razões apresentadas às f. 2.231/2.239, sustenta o apelante que a r. sentença é contraditória, uma vez que reconhece a realização de atividades poluidoras, mas alega a inexistência de provas para fixação da indenização.

Salienta que pleiteia indenização pelos danos causados pela empresa anteriormente à adoção de medidas para tratamento dos efluentes líquidos e atmosféricos, versando a presente demanda sobre o dano ocorrido no tempo em que a apelada ainda não possuía sistema de tratamento adequado (1985/1998).

Pugna pelo reconhecimento do parecer técnico juntado aos autos como parâmetro para fixação da indenização pleiteada.

Afirma que caberia à Magistrada singular requerer as provas que entendesse convenientes, nos termos do art. 130 do CPC.

Contrarrazões apresentadas por Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, às f. 2.241/2.267, aventando, preliminarmente: coisa julgada, falta de interesse processual e, no mérito, impossibilidade de adoção do parecer técnico como parâmetro para fixação de eventual indenização.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 2275/2292, opinando pela procedência do recurso.

Passo ao exame das preliminares.

I - Da coisa julgada e da falta de interesse de agir.

A apelada alega, em suas contrarrazões, que em ação civil pública anterior houve condenação da Petrobras a desempenhar obrigações destinadas à recuperação do meio ambiente da área em questão.

Pugna pela impossibilidade de cumulação dos pedidos de obrigação de fazer e de indenização em ações que visem à reparação de dano ambiental.

Afirma que a presente ação, ainda que não seja rigorosamente igual à primeira, versa sobre o mesmo litígio da ação anteriormente julgada procedente, em razão da identidade de relação jurídica.

Aduz que a lei só permite a indenização pecuniária, em matéria ambiental, daquilo que não pode ser recuperado *in natura*, alegando que a lesão ao meio ambiente foi reparada pela adoção das condutas corretivas fixadas na primeira ação civil pública, pelo que inexiste interesse processual do autor.

Alega, ainda, que ao autor falece interesse processual, por pleitear indenização por dano certo e indeterminado.

Registro que a existência ou não de dano certo e determinado será apurada no mérito da ação. Quanto às demais preliminares, não assiste razão à apelada.

Não vislumbro, nos autos, coisa julgada anterior apta a obstar o exame da presente demanda, nem ausência de interesse do Ministério Público.

De fato, houve anterior ação civil pública versando sobre dano ambiental contra a apelada, a qual foi julgada parcialmente procedente, determinando-se a adoção de diversas medidas corretivas e de proteção ao meio ambiente.

No entanto, a primeira ação teve como objeto "prestação de fazer", enquanto o objeto da presente demanda consiste em "obrigação de dar", inexistindo, portanto, identidade entre as ações.

A parcial procedência da primeira ação civil pública, que se limitou a condenar a ora apelada a implantar medidas preventivas e reparadoras definidas pelo Ministério Público, não obsta a presente demanda, que tem o intuito de obter indenização pelos danos ambientais anteriores à adoção das medidas reparatórias.

Data venia da alegação da apelada acerca da impossibilidade de cumulação dos pedidos de reparação

e indenização na seara ambiental, filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial que entende ser possível a cumulação das sanções previstas no art. 14 da Lei 6.938/81, quais sejam: a) o retorno ao *statu quo ante* e b) a indenização em dinheiro.

O art. 4º da Lei nº 6.938/81 dispõe, em seu art. 4º, VII, que:

> 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.

Dessarte, tenho que, através da ação civil pública, pode-se buscar tanto a cessação do ato lesivo ao meio ambiente quanto a reparação do que for possível, sendo cabível a condenação na obrigação de recompor a área afetada, juntamente com o pagamento de indenização, dependendo das circunstâncias.

Nesse sentido, trago a lume recente decisão do colendo STJ:

> Processo civil. Direito ambiental. Ação civil pública para tutela do meio ambiente. Obrigações de fazer, de não fazer e de pagar quantia. Possibilidade de cumulação de pedidos. Art. 3º da Lei 7.347/85. Interpretação sistemática. Art. 225, § 3º, da CF/88. Arts. 2º e 4º da Lei 6.938/81. Art. 25, IV, da Lei 8.625/93 e art. 83 do CDC. Princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.
> [...] 2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.
> 3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade) deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.
> 4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil.
> 5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ('A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer'), a conjunção 'ou' deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente), e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).
> [...]
> 8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito (REsp 625.249/PR. Primeira Turma do STJ. Relator Ministro Luiz Fux. *DJ* de 31.08.2006).

Entendo que, no caso versado, mesmo constatada a reparação do dano pela recorrente, poderia ser-lhe imposto o pagamento de indenização, em respeito ao princípio da tutela integral ao meio ambiente.

Assim, rejeito as preliminares.

II - Mérito.

Ultrapassadas as preliminares, passo ao mérito recursal.

Primeiramente, considero que a ação civil pública configura meio processual hábil à busca da tutela jurisdicional de interesses essenciais à comunidade como um todo, dentre eles, a preservação do meio ambiente equilibrado, direito constitucionalmente garantido (art. 225 da CF/88). Visando à referida preservação, a pretensão inicial pode assumir contornos diferentes, de acordo com a medida necessária, podendo ser de redução, substituição ou, mesmo em casos em que já foi demonstrado o efetivo dano ambiental, de medidas de recuperação e reparação.

Assim, a ação civil pública, também referida na doutrina como ação coletiva ou ação ideológica (*apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo. RT, 1990, p. 25),* tem por escopo, entre outros, responsabilizar os causadores de danos ao meio ambiente (art. 1º, I, da Lei nº 7.347, de 24.07.85), com o que se preocupou expressamente a Constituição de 1988 (art. 225).

Não se discute que a responsabilidade do requerido nesse tipo de ação é objetiva, conforme orientação do insigne doutrinador Hely Lopes Meirelles, ao orientar que:

> O réu, na ação civil pública, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, por isso mesmo o autor não precisa demonstrar culpa ou dolo na sua conduta. Basta evidenciar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão lesiva ao bem protegido no processo (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. RT, 1989, p. 129).

Explica em seguida o mestre:

> Essa responsabilidade objetiva provém da Lei 6.938, de 31.08.1981, que ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu expressamente que 'é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade' (art. 14, § 1º) (idem, p. 129).

Nesse contexto, é importante ressaltar que

> [...] no Direito Ambiental, diferentemente do que se dá com outras matérias, vigoram dois princípios que modificam pro-

> fundamente as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz: a) o princípio da prevalência do meio ambiente (da vida) e b) o princípio da precaução, também conhecido como princípio da prudência e da cautela (MILARÉ, Edis. *A ação civil pública 15 anos*. A ação civil pública por dano ao meio ambiente. 2. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 243).

Depreende-se dos autos que, na ação civil pública de nº 0027.92.002010-7, houve o reconhecimento do descumprimento pela ora recorrida de diversas normas/regulamentos ambientais definidos pela Feam/Copam, nos idos de 1994 e anos anteriores.

No laudo pericial daquela ação, elaborado em 1994 e acostado às f. 685 e segs., comprovou-se que as atividades da Refinaria Gabriel Passos estavam realmente gerando emissão de efluentes líquidos e de resíduos atmosféricos, altamente poluentes, causando relevantes impactos à biota local e atingindo, até mesmo, a população circunvizinha ao complexo industrial.

O reconhecimento da lesão ao meio ambiente é patente nos autos, tanto que implicou a parcial procedência da ação civil pública anterior, que compeliu a Petrobras a adotar medidas preventivas e recuperativas com relação ao bioma da região.

Assim, não se está a negar que houve efetivo dano ambiental.

Por sua vez, o inciso VII do art. 4º da Lei 6.938/81 estatui de forma taxativa que o poluidor (pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental) fica obrigado a recuperar ou indenizar os danos por ele causados.

No caso versado, é forçoso reconhecer que os danos ambientais causados pela ré têm sido recuperados, tendo a ré implementando medidas nesse sentido.

Pelas informações dos autos, notadamente as colocadas em pauta na Apelação 1.0027.92.002010-7/002, a Petrobras, ainda no curso da primeira ação civil pública, já começou a implantação das medidas protetivas do meio ambiente, tendo, posteriormente, se adequado à legislação ambiental, tanto é assim que o pedido de indenização formulado pelo *Parquet* se limita aos danos ocorridos de 1985 a 1998.

Noutro giro, a análise acerca da existência de dano ambiental não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da coerência, sendo essencial que se apure o dano concreto, não bastando meras suposições ou estimativas para geração do dever de indenizar.

Vale transcrever pequeno trecho da obra *Direito ambiental na sociedade de risco*, que diz sobre os referidos princípios:

> [...] Em atenção ao princípio da proporcionalidade, a simples natureza da atividade - de elevado potencial de periculosidade - não pode ser critério razoável para um tratamento excessivo. [...] A proteção do ambiente não é, na relação de ponderação, hierarquizada em relação de precedência absoluta e exclusão *prima facie*, de pretensões e interesses de quaisquer naturezas. O que se exige não é a diminuição dos padrões de controle ou o excesso, mas a imposição das medidas necessárias e adequadas à consecução dos mesmos padrões de qualidade ambiental, que, de resto, devem também ser coerentes com medidas já adotadas em circunstâncias semelhantes, o que caracteriza o terceiro princípio, o da coerência [...]. (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. rev atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 91).

No caso versado, apesar de se tratar de hipótese de responsabilidade objetiva (Lei nº 6.938/81, art. 14, § 1º, c/c art. 4º, VII) do agente causador do ilícito, vejo que não há nos autos elementos aptos a quantificar os supostos danos causados pela ré, o que, por si, descaracteriza a obrigação de indenizar.

Leciona Ruy Stoco:

> Em sede de proteção coletiva e de interesses difusos não se aceita a responsabilização sem a ocorrência de dano efetivo, sabido que o chamado dano potencial não enseja indenização, ainda que a lei de regência disponha que a responsabilidade se escora na teoria do risco e não na teoria aquiliana.

E prossegue citando Aguiar Dias: "o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação" (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 14/221 - Carvalho Santos e colaboradores). (*Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.)

Infere-se daí que seria necessária a produção de prova que quantificasse os danos concretamente causados pela ora apelante, sob pena de descaracterização do instituto da responsabilidade civil, que tem como um de seus pilares a prova do nexo causal entre a ação do agente e o dano ambiental.

Nas perícias realizadas nos autos da primeira ação civil pública, concluiu-se pela reversibilidade dos danos causados pela Regap, motivo pelo qual não foi apurado um valor indenizatório para as lesões ambientais.

Assim, restou consignado no voto da Apelação 1.0027.92.002010-7/002 (referente à ação civil pública anterior), no qual se transcreve o seguinte trecho do laudo pericial elaborado naqueles autos:

> 19. Na hipótese de os danos ambientais causados serem considerados parcial ou totalmente irreversíveis, apresentar estimativa de valoração monetária dos impactos diretos e indiretos acarretados ao meio físico, biológico, cultural e antrópico, fornecendo subsídios para futura e eventual cobrança de indenização.
> Segundo os estudos apresentados até o momento, os danos causados não serão irreversíveis, considerando que em curto

prazo será amenizada a contaminação através da remoção dos resíduos dispostos, e a longo prazo serão tomadas ações de monitoramento até a reversibilidade total dos danos causados.

O apelante requer a utilização do "Parecer Técnico" (f. 1996/2019-TJ) elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente para a mensuração dos danos causados, no qual se chegou ao valor de uma indenização de R$ 21.451.333,34 (vinte e um milhões quatrocentos e cinquenta e um mil trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos).

Inicialmente, cumpre observar que tal parecer foi elaborado de forma unilateral pelo Ministério Público, sem que fosse oportunizada à Petrobras sequer a apresentação de quesitos.

Além disso, o referido parecer utilizou, para o cálculo do valor de recuperação, tão somente as informações contidas nos autos do inquérito civil elaborado pelo Ministério Público, respectivas autuações da Regap ao longo dos anos de apuração, elaborando os cálculos com base em mera estimativa dos poluentes que teriam sido lançados pela empresa durante o período e a energia cinética que seria necessária para a diluição dos efluentes líquidos e gasosos, não havendo sequer informações sobre a coleta de dados diretamente no local do dano ambiental, nem avaliação das mudanças que poderiam ter ocorrido ao longo do período apurado.

Data venia, entendo que no referido parecer técnico não existem elementos objetivos aptos a quantificar de forma certa o dano causado, que dentro das possibilidades tem sido reparado pela apelada, que já foi condenada em ação cominatória. O que se apurou, no que logrei entender, foi uma estimativa da poluição lançada pela empresa ao longo dos anos e o potencial dano dela advindo, não mensuração do dano real.

A jurisprudência é pacífica ao afirmar que, para que se determine a correção de danos pela degradação causada pela atividade específica, necessária a prova técnica da existência efetiva desses danos, não bastando a mera suposição de sua ocorrência.

Colhe-se nesse sentido:

> Ação civil pública. Meio ambiente. Regeneração natural. Dever de indenizar. Princípio da significância. Lucro auferido e lesão ocasionada. Prova. Inexistência. - Não obstante seja possível intentar ação civil pública contra o agressor do meio ambiente somente com o fito de lhe impor o dever de devolver à sociedade o proveito alcançado com a exploração irregular dos recursos naturais, deve-se ponderar que, quando tal intuito esteja divorciado do objetivo de recuperação e conservação da área agredida, é mister que esteja cabalmente demonstrada, nos autos, a ocorrência da lesão e a apreciação econômica do lucro auferido. Não se podendo apurar o valor do lucro auferido com a exploração irresponsável do meio ambiente e, ainda, não restando cabalmente comprovado que o dano constatado no local decorreu exclusivamente da conduta do agressor, não é cabível sua responsabilização civil, mormente se considerado que a região não tem potencial para gerar grandes lucros e, ainda, já se encontra naturalmente regenerada. Deve ser observado o princípio da significância quando da adoção de medidas punitivas em relação aos infratores, enquanto diretriz básica da aplicação da lei ambiental, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto *cum grano salis*, aplicando as normas protetivas apenas aos casos em que seja realmente necessária, afastando-se das paixões e demagogia que muitas vezes estão presentes na discussão do assunto (Apelação Cível nº 1.0175.02.001930-3/001. 4ª Câmara Cível do TJMG. Rel. Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, j. em 12.06.2006).

Dessa forma, entendo que a lesão ora analisada não restou dimensionada nos autos.

Com tais considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a r. decisão primeva.

Deixo de condenar o autor ao pagamento das custas processuais e recursais, assim como dos honorários advocatícios, em atenção ao art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Acidente de trânsito - Art. 37 do Código de Trânsito Brasileiro - Violação - Culpa comprovada - Dever de indenizar

Ementa: Ação de reparação de danos. Acidente automobilístico. Violação do artigo 37 do CTB. Culpa comprovada. Dever de indenizar.

- O condutor de veículo que, em via provida de acostamento, realiza conversão à esquerda sem aguardar no acostamento, causando acidente com veículo que trafega na mão preferencial, viola o disposto no artigo 37 do CTB e, por isto, tem o dever de restituir à seguradora do outro veículo envolvido no acidente.

Preliminar rejeitada e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.07.113089-9/001 - Comarca de Frutal - Apelante: Gabriel Filisbino de Souza - Apelada: AGF Brasil Seguros S/A. - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Pereira da Silva, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 02 de março de 2010. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, aviado por Gabriel Filisbino de Souza, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Frutal, nos autos da ação de reparação de danos, pelo rito sumário, ajuizada em seu desfavor pela AGF Brasil Seguros S/A.

Adoto o relatório da sentença objurgada, f. 147/149, por fiel, acrescentando que o ilustre Juiz de Primeira Instância julgou procedentes os pedidos da inicial, condenando o réu a pagar à autora R$22.407,47 (vinte e dois mil quatrocentos e sete reais e quarenta e sete centavos), além do valor das custas processuais e dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, suspensa a cobrança face à gratuidade de justiça.

O réu, em apertada síntese, apelou, às f. 152/163. Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, ao fundamento de que o indeferimento da oitiva de suas testemunhas impediu a comprovação dos argumentos lançados na defesa.

No mérito, afirma que o acidente foi causado pelo excesso de velocidade do veículo segurado pela autora, tendo em vista que, antes de iniciar a manobra de atravessar a via em que trafegava o automóvel segurado pela autora, parou o seu caminhão no acostamento, certificando-se da ausência de qualquer veículo trafegando na via.

Assim, afirma que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do segurado da autora, que trafegava em velocidade muito superior ao limite da via, que era de 40 km/h.

Regularmente intimada, a autora aviou contrarrazões, às f. 172/175, batendo pela manutenção da sentença.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso, porque próprio e tempestivo.

Estão preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Passo à análise das razões recursais.

Preliminar.

Cerceamento de defesa.

O apelante alega cerceamento de defesa, ante o indeferimento da oitiva de suas testemunhas. Aduz que deve ser cassada a sentença para que sejam ouvidas suas testemunhas e corrigindo o *error in procedendo* perpetrado pelo ilustre Magistrado condutor do feito.

Sem razão o apelante. A regra contida no art. 278 do CPC determina que, em caso de restar infrutífera a conciliação, deve o réu apresentar na própria audiência contestação, acompanhada do rol de testemunhas.

Na espécie, apresentou o apelante a contestação de f. 47/62 desacompanhada do rol de testemunhas, operando-se os efeitos da preclusão.

A respeito da preclusão por ausência de apresentação do rol de testemunhas nos procedimentos de rito sumário no momento determinado pelo CPC, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Procedimento sumaríssimo (hoje sumário). Petição inicial. Rol de testemunhas. Não indicação. Preclusão. CPC, art. 276. Recurso Especial. Prequestionamento. Ausência. Doutrina. Recurso provido. Votos vencidos.
> I - A não-apresentação do rol de testemunhas quando do ajuizamento da causa sob procedimento então denominado sumaríssimo, hoje sumário, importa em preclusão.
> II - Ausente o pré-questionamento do tema, impossível a análise da insurgência recursal (4ª Turma, Rel. p/acórdão: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 23/11/1998).

No mesmo sentido, o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> Agravo retido. Observância do art. 523 do CPC. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Rito sumário. Rol de testemunha. Contestação. Deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de produção de prova feito em momento inoportuno, pois, nos termos do art. 278 do CPC, nas ações que tramitam sob o rito sumário, deve-se apresentar o rol de testemunhas juntamente com a contestação. Prejudicado o recurso de apelação que repete as alegação trazidas no agravo retido ao qual foi negado provimento (AC. 1.0024.07.671.935 - 0/001, Relator: Des. Afrânio Vilela, publicado em 08/05/2009).

> Processo civil. Agravo retido. Procedimento sumário. Rol de testemunhas apresentado após constestação. Preclusão. Acidente de trânsito. Avanço de sinal vermelho. Responsabilidade civil. Danos materiais. - Tratando-se de procedimento sumário, todas as provas desejadas pelo réu são requeridas na contestação, na qual deve constar o rol de testemunhas e o pedido de perícia, se for o caso, bem como o do depoimento pessoal do autor, se do interesse do contestante. - A apresentação do rol de testemunhas após a contestação importa preclusão do ato processual, além de causar prejuízo à celeridade processual exigida para esse tipo de procedimento. - Responde pelos danos causados aquele que deu causa ao acidente de trânsito (AC. 1.0024.08.010.474 - 8/001, Relator: Desembargador Fábio Maia Viani, publ. em 22/06/2009).

Assim, apresentado rol de testemunhas após a apresentação da contestação, correta foi a decisão que indeferiu o pedido de oitiva das testemunhas arroladas tardiamente pelo réu.

Com tais fundamentos rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

A controvérsia dos autos se resume à responsabili-

dade pelo acidente que levou a autora a indenizar o proprietário do veículo que colidiu com o automóvel do réu.

Da detida análise do conjunto probatório dos autos, tenho que o ilustre Magistrado *a quo* imprimiu a melhor solução à lide.

Apesar de alegar em contestação e nas razões de apelação que o acidente foi causado pelo veículo segurado pela autora, não fez o réu nenhuma prova neste sentido. Por outro lado, fartas são as provas a respeito da culpa do réu.

Importante anotar que, ao contrário do que afirma o réu em apelação, consta no boletim de ocorrência (f. 26) que ele não se deslocou para o acostamento antes de cruzar a via por onde trafegava o veículo segurado pela autora.

Importante citar um trecho do B.O.:

> o condutor do v2, Sr. Gabriel, nos narrou diante das testemunhas que: transitava pela MG255, sentido BR-153/Frutal, onde no KM 2,7 (entroncamento c/ ligação 732), ao fazer uma conversão à esquerda (porém sem aguardar do lado direito da via para cruzar a pista), para entrar na ligação 732, momento em que foi colidido pelo v1, que era conduzido pelo Sr. Wilson" (f. 26).

Dispõe o artigo 37, da Lei nº. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), *in verbis*:

> Nas vias providas de acostamento, a conversão à esquerda e a operação de retorno deverão ser feitas nos locais apropriados e, onde estes não existirem, o condutor deverá aguardar no acostamento, à direita, para cruzar a pista com segurança.

Ora, se o próprio réu afirmou, diante da autoridade policial e das demais testemunhas, ter descumprido a regra de trânsito esculpida no artigo 37, do CTB, além de confessar no depoimento pessoal colhido à f. 150 que "o caminhão do depoente estava muito pesado; que o acidente ocorreu porque o depoente não conseguiu proceder à travessia da rodovia, deixando-a para o veículo que tinha preferência", não merecem prosperar suas alegações contidas no mesmo depoimento de que a preferência era sua porque não viu nenhum veículo trafegando na rodovia.

Importante anotar que, em se tratando de veículo de carga, pesado, redobrada deveria ter sido a atenção do réu, ante as dificuldades de seu veículo em cruzar a via.

Sobre a fé pública da autoridade policial e a validade do boletim de ocorrência realizado no local do acidente, é a jurisprudência do STJ:

> Agravo regimental. Acidente de trânsito. Responsabilidade. Boletim de ocorrência. Presunção *iuris tantum*. Recurso especial pela alínea "c". Dissídio não configurado. I - O boletim de ocorrência policial, em regra, não gera presunção *iuris tantum* da veracidade dos fatos narrados, uma vez que apenas consigna as declarações unilaterais narradas pelo interessado, sem atestar que tais afirmações sejam verdadeiras. II - Na hipótese em exame, contudo, a situação é diversa, por ter sido ele elaborado pela Polícia Rodoviária Federal, no local do acidente, instantes após a ocorrência do sinistro, firmando, em princípio, presunção relativa acerca dos fatos narrados, se inexistirem provas em sentido contrário, ante a fé pública de que goza a autoridade policial (3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti, *DJe* de 29/10/2009).

Faz-se necessário registrar que as informações contidas no boletim de ocorrência utilizadas na responsabilização do réu pelo acidente objeto da lide foram prestadas por ele próprio, diante de autoridade policial e testemunhas.

Outrossim, não se pode inferir que o condutor do veículo segurado pela autora trafegava em velocidade superior à da via, somente pelas fotos acostadas aos autos. Necessário seria a sua apuração, através de perícia técnica, ausente nos presentes autos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso aviado, para manter incólume a sentença vergastada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante, suspensa a cobrança face à gratuidade de justiça - Lei Federal 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e ELECTRA BENEVIDES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Alvará judicial - Alienação de imóvel - Propriedade de filha menor - Benfeitorias - Realização em outro imóvel pertencente à menor - Vantagem - Aumento patrimonial - Comprovação

Ementa: Apelação cível. Alvará judicial. Venda de imóvel pertencente à filha menor. Benfeitorias realizadas em outro imóvel de sua titularidade. Comprovação de vantagem e necessidade. Possibilidade.

- Na inteligência do art. 1.691 do Código Civil, a alienação de imóvel pertencente aos filhos somente pode ocorrer se comprovada a situação de necessidade ou se ficar evidente o interesse do menor.
- Restando comprovado que a venda do imóvel pertencente à menor não coloca em risco seu patrimônio, ao contrário, apresenta manifesta vantagem, a autorização judicial é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.07.133234-4/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: K.F.B., representada pelos pais J.S.B. e M.J.C. - 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 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, 28 de janeiro de 2010. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação interposta por K.F.B., representada pelos pais J.S.B. e M.J.C. contra sentença proferida pela MM. Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Conselheiro Lafaiete, que julgou improcedente o pedido inicial, e, via de consequência, julgou extinto o feito com fundamento no art. 269, I, do CPC.

Em razões recursais de f. 59/67, alega a apelante que os imóveis que se encontram em seu nome são passíveis de alienação pelos seus genitores, em razão de dívidas assumidas por estes para promoverem benfeitorias em outro imóvel de propriedade da apelante. Salienta que este imóvel, transformado em um sítio, possui valor venal maior que os dois lotes a serem vendidos. Assevera que, na medida em que o *quantum*, objeto da venda dos imóveis, for revertido para a apelante, a mesma não sofrerá nenhum prejuízo.

Ausente o preparo, em virtude da justiça gratuita.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 78/80, opinando pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de pedido de expedição de alvará judicial formulado pelos apelantes, objetivando a alienação de dois lotes situados em Itaverava, cuja nua-propriedade pertence à menor K.F.B., com usufruto de seus pais.

É cediço que os filhos menores não possuem capacidade de direito para administrar seus bens. Assim, salvo disposição em contrário, os pais são administradores naturais dos bens.

Ocorre que os poderes de administração conferidos aos pais sobre os filhos não envolvem atos de disposição de imóveis.

Assim, os pais somente poderão alienar os bens através de autorização judicial nos termos do disposto no art. 1.691 do Código Civil, *in verbis*:

> 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.

Em análise do referido dispositivo, verifica-se que somente em caráter excepcional poderá o juiz autorizar a alienação de bens pertencentes a menor, ou seja, quando houver necessidade ou evidente interesse da prole.

Por oportuno, acerca do tema, vale lembrar a lição do mestre Fabrício Zamprogna Matiello, in *Código Civil comentado*, 3. ed., Ed. LTR, 2007, p. 1.107:

> Somente em caráter excepcional o juiz autorizará, em relação aos bens dos incapazes, a alienação, a constituição de ônus real ou a prática de atos excedentes da administração comum. Havendo necessidade ou evidente interesse da prole, e fundado em pleito deduzido pelo representante legal, o juiz autoriza a realização da conduta, determinando, ao mesmo tempo, que oportunamente sejam prestadas contas da atuação efetivada. Inúmeras situações caracterizam a necessidade ou o interesse: despesas com educação, saúde, subsistência, conveniência de alienar um bem e adquirir outro em seu lugar etc. A lei não se preocupa em fornecer elenco preestabelecido, deixando a critério do juiz prudente e zeloso a definição acerca do enquadramento do caso nos ditames da norma em estudo.

Observando os autos, mesmo com olhos que não sejam os de lince, constata-se que os pais da menor K.F.B. adquiriram bens em nome da mesma, objetivando garantir um futuro material melhor para a única filha.

Como forma de aumentar o patrimônio da menor, seus genitores fizeram melhorias na gleba rural de sua propriedade, transformando-a em um sítio, e, para tal, houve obviamente gastos de numerário.

Com efeito, tais gastos, comprovados pelos documentos de f. 18/30, deverão ser cobertos pela venda dos lotes.

Cumpre ressaltar, ainda, que a gleba rural após as melhorias descritas passará a valer muito mais que os bens a serem alienados.

Lado outro, tem-se que os bens materiais devem circular gerando riquezas para a sociedade e bem-estar daqueles que deles se utilizam. O homem deve usufruir dos bens materiais, nada resolvendo tê-los se deles não tirar nenhum proveito.

O ilustre Procurador de Justiça, Vítor Henriques, em seu lúcido parecer de f. 78/80, bem esclareceu a espécie.

No caso, a alienação dos lotes, de propriedade da apelante, quitará dívidas assumidas por seus pais, que, em última análise, aumentarão o valor patrimonial da menor, o que atesta a boa-fé e honestidade dos mesmos na administração dos bens da filha.

Não seria justo sacrificar os genitores com dívidas feitas em prol da menor que está sendo beneficiada com a aquisição de bens em nome próprio.

Não se pode olvidar que a norma estatuída pelo art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil determina

que o juiz deverá atender aos fins sociais aos quais a lei se dirige e ao bem comum.

Diante do exposto, uma vez comprovada, de forma plausível, a necessidade da venda dos lotes, dou provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

. . .

Mandado de segurança - Servidora municipal - Ato de transferência - Motivação desarrazoada e ilegítima - Ilegalidade - Abuso de poder - Configuração

Ementa: Mandado de segurança. Servidora municipal. Ato de transferência desvirtuado de sua real motivação. Ilegalidade. Abuso de poder configurado. Concessão da ordem postulada. Manutenção do julgado.

- Procedendo o impetrado à transferência de servidor público municipal para local distinto de sua lotação, cuja motivação para tal ato se comprovou ser desarrazoada e ilegítima, impõe-se conceder a ordem postulada para declarar a nulidade da indigitada transferência.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0105.05.141570-8/002 - Comarca de Governador Valadares - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares - Apelante: Município de Governador Valadares - Apelada: Lúcia Helena Moreira - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Educação de Governador Valadares - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2010. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário interposto, visto que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Cuida-se de ação mandamental impetrada por Lúcia Helena Moreira em face de ato cometido pela Secretária de Educação do Município de Governador Valadares, alegando, em síntese, que exerce dois cargos efetivos de professora junto à rede pública municipal de ensino, sendo lotada há mais de 17 (dezessete) anos na Escola Senador Teotônio Vilela; que, em outubro de 2004, recebeu um comunicado de que havia sido transferida para outra escola municipal, ao argumento de que não havia aulas suficientes para sua permanência naquela instituição escolar; que, no entanto, em janeiro de 2005, foi publicado edital de convocação para interessados ao cargo de professor que outrora ocupara, com o mesmo número de aulas que lhe foram retiradas, e ainda argumenta que tais fatos ocorreram no período eleitoral, hipótese vedada pela legislação pertinente, razão pela qual pugna pela concessão da ordem postulada para que possa permanecer exercendo suas funções na Escola Municipal Senador Teotônio Vilela e ainda que seja feita a devida correção na sua classificação, corrigindo a data de sua lotação naquela unidade escolar (f. 02/06).

O il. Juiz de primeiro grau concedeu a ordem e declarou a nulidade do ato de transferência da impetrante para que a mesma permaneça lecionando na Escola Municipal Teotônio Vilela, como pleiteado na inicial.

Inconformado, o Município de Governador Valadares apelou às f. 117/119, pugnando pela reforma da r. sentença pelas razões ali articuladas.

Contrarrazões às f. 124/126.

Analisando detidamente a questão posta, vejo, no reexame oficial, que a r. sentença merece inteira confirmação.

De início, saliento que é cediço que cada ente que compõe a Federação deverá organizar o serviço público da melhor forma que atenda ao interesse público.

A Administração Pública pode movimentar seus servidores, *ex officio*, para atender ao interesse público, desde que respeitados os parâmetros impostos pela lei, bem como os princípios norteadores da atividade administrativa.

No caso presente, do cotejo dos autos, fica claro que, no ato de transferência da impetrante, houve manifesta afronta aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que, do mero cotejo dos documentos acostados aos autos, denota-se que a decisão tomada pela Secretária Municipal de Educação não guarda qualquer relação com os fatos que a motivaram (o edital de convocação de f. 18 com-

prova a necessidade de professor para lecionar na unidade escolar em discussão); sendo que tal decisão ainda fere o art. 147 do Estatuto do Magistério Municipal (que determina que a mudança *ex officio* ocorrerá apenas após parecer do Conselho Comunitário Escolar) e o disposto no art. 73, V, da Lei 9.504/97, que veda a transferência de servidores públicos dentro do período eleitoral.

A Carta Magna, no seu art. 37, cobra dos Administradores Públicos um comportamento legal, ético, moral e eficiente, perfilado com o interesse público e dentro dos parâmetros legais. Vejamos o teor do *caput* do mencionado dispositivo:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]

No caso vertente, o ato administrativo atacado constitui um ato verdadeiramente ilegal e imoral.

A doutrina e a jurisprudência mais avançadas têm caminhado no sentido de que o Poder Judiciário pode e deve analisar o mérito dos atos administrativos, como no presente caso. Cito, a respeito, a lição de José de Ribamar Barreiros Soares:

> Observamos, assim, que o ato administrativo imoral possui o mesmo caráter de invalidez do ato administrativo ilegal. Desta forma, resulta que o ato administrativo inválido devido ao vício de imoralidade é também passível de análise e invalidação pelo Poder Judiciário. A questão da moralidade exsurge com maior destaque no que tange aos atos discricionários, uma vez que nestes o administrador possui maior liberdade de atuação. Pode ocorrer que, na escolha entre várias alternativas, aquela realizada pelo administrador público seja legal, atenda ao interesse público, mas, ainda assim, seja imoral, revelando-se incompatível com o princípio constitucional da moralidade administrativa (*O Controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 53).

No mesmo sentido, o entendimento do colendo STJ:

> É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio do poder. Como princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, um comportamento ético (STJ, 1ª Turma, REsp nº 21.923-5, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 13.10.92, p. 17.662).

O pronunciamento do eminente Ministro do excelso STF, Dr. Marco Aurélio de Mello, quando da sua relatoria no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, bem define a questão em comento, possibilitando a manifestação judicial sobre o mérito do ato administrativo:

> O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação dos Poderes. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional (STF - MS nº 23.452/RJ, *DJU* de 12.05.2000).

Sendo assim, não há que se falar em ofensa à independência dos Poderes, sendo perfeitamente possível decisão judicial sobre a questão ora posta.

No caso vertente, o ato inquinado abusivo é ilegal e imoral, na medida em que prejudicou interesse de terceiros, no caso, servidora pública, sem apresentar motivação legítima para tanto.

A insigne doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu livro *Direito administrativo*, define bem quando estará ocorrendo ofensa à moralidade administrativa:

> Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (10. edição, Editora Atlas, p. 71).

Outrossim, em função da discricionariedade do ato, o administrador público não pode agir de modo imoral, devendo, sempre, escolher a via que conjugue a legalidade com a moralidade e a eficiência, além de motivar adequadamente a sua opção.

No caso em tela, conforme já reiteradamente dito, o ato que culminou com a transferência da impetrante foi ilegal e imoral, impondo-se a sua nulificação, como outrora decidido pelo Magistrado singular.

Com tais considerações, no reexame necessário, confirmo integralmente a bem-lançada sentença singular, restando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Ex-prefeito - Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade - Ausência de prestação de contas - Improbidade caracterizada

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Lei nº 8.429, de 1992. Aplicabilidade. Ausência de prestação de contas. Improbidade caracterizada. Suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e multa civil. Sanção devida. Recurso não provido.

1. A Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos e eles devem responder pelos danos decorrentes da má gestão.

2. O Administrador Público deve orientar-se, dentre outros, pelo princípio constitucional da probidade.

3. Configura prática de improbidade administrativa a ausência de prestação de contas determinada em lei, convênio ou outros instrumentos firmados pelo Município.

4. Comprovada a omissão da prestação de contas pactuada no convênio firmado com o DER/MG para pavimentação urbana sem justo motivo, resta caracterizada a improbidade administrativa.

5. As sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429 de 1992 devem ser fixadas de forma proporcional ao dano causado. Assim, fixadas as penas de forma equilibrada, devem elas ser mantidas.

6. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.05.170521-1/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Sinval Soares Leite - Apelado: Município de Claro dos Poções - 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 Des. Caetano Levi Lopes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de março de 2010. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso eis que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelado aforou esta ação civil pública por ato de improbidade contra o apelante. Afirmou que o recorrente exerceu mandato de Prefeito Municipal, tendo firmado o Convênio nº 30.049-2004 com o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG com interveniência da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, visando à execução das obras de pavimentação de ruas e avenidas do Município de Claro dos Poções, inclusive o transporte de 15 toneladas de RR-2C e noventa e cinco toneladas de RL-1C, no valor de R$ 91.962,74. Acrescentou que o referido convênio contém expressamente a obrigação de prestar contas dos recursos utilizados até o prazo máximo de trinta dias após o seu término. Asseverou que, para cumprir o convencionado solicitou os documentos junto à contabilidade, sem lograr êxito porque nada foi encontrado neste sentido, e os documentos conseguidos junto ao DER/MG são insuficientes para a prestação devida. Informou que já foi determinada a prestação de contas sob pena de devolução dos recursos repassados ao Município no ano de 2004 e a inclusão do Município no SIAFI. Pugnou pelo reconhecimento das práticas de atos de improbidade a que se referem os arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429 de 1992, com as cominações previstas no inciso I do art. 12 da mencionada lei e, sucessivamente, a tipificação do art. 11 com as cominações do inciso III do art. 12 do mesmo diploma legal.

O apelante apresentou defesa prévia e, depois, a contestação de f. 72/77. Além de invocar a inaplicabilidade da Lei nº 8.429 de 1992 aos agentes políticos, negou ter praticado ato de improbidade. Pela r. sentença de f. 127/131 a pretensão foi acolhida.

Preliminar.

O apelante deduziu preliminar de impossibilidade jurídica do pedido diante da inaplicabilidade da Lei nº 8.492 aos agentes públicos.

Sabe-se que a possibilidade jurídica está vinculada à existência, em abstrato, no ordenamento jurídico processual, de providência para a pretensão deduzida.

Ocorre que, no plano do direito processual, a parte, para estar em juízo, não necessita ter o direito material de forma concreta, basta o direito à tutela jurisdicional face à existência de uma pretensão resistida. A lição é de Moacyr Amaral Santos, na obra *Primeiras linhas de direito processual civil*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 170:

> O direito de ação pressupõe que o seu exercício visa à obtenção de uma providência jurisdicional sobre uma pretensão tutelada pelo direito objetivo. Está visto, pois, que para o exercício do direito de ação a pretensão formulada pelo autor deverá ser de natureza a poder ser reconhecida

em juízo. Ou, mais precisamente, o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor.

Possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo.

É elementar que a Lei nº 8.492, de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa -, é aplicável tanto aos funcionários públicos quanto em relação aos agentes políticos.

É que, sendo os agentes políticos responsáveis pela administração dos recursos públicos, afastar a aplicabilidade da Lei de Improbidade a eles significaria esvaziar totalmente o seu conteúdo e finalidade. E entender que apenas os servidores públicos estariam sujeitos às sanções da lei violaria o princípio da isonomia.

A aplicabilidade da referida Lei sobre os atos praticados por agentes políticos constitui jurisprudência dominante no egrégio STJ:

> Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Súmula 284/STF. Ex-prefeito. Aplicação da Lei 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-lei 201/1967. Ofensa aos princípios da administração pública. Desnecessidade de dano material ao erário. Aplicação da pena de multa. Súmula 7/STJ.
> 4. Não há antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992. O primeiro trata de um julgamento político próprio para prefeitos e vereadores. O segundo submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.
> 6. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992) independe de dano ou lesão material ao erário.
> 7. Hipótese em que o Tribunal *a quo*, com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos, aplicou a pena de multa correspondente a 20 (vinte) vezes os vencimentos dos réus, auferidos à época dos fatos (art. 12, III, da Lei 8.429/1992).
> 8. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstaculado nesta instância especial - Súmula 7/STJ.
> 9. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (Ac. no REsp. nº 111.965-7 - MG, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 08.09.2009, in www.stj.jus.br).
> Administrativo e Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública dos atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei nº 8.429/92 e do Decreto nº 201/67 de forma concomitante. Ato ímprobo que também pode configurar crime funcional. Inexistência de inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação nº 2.138, RJ) *in casu*.
> 3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O Código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei n. 201/67 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei n. 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos ímprobos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.
> 4. A Lei n. 8.492/92, em seu art. 12, estabelece que, "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito" [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato ímprobo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.
> 5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).
> 6. O precedente do egrégio STF, relativo à RCL n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que "Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição", não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.
> 7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei n. 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e à competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos Edcl no REsp. 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJ* de 26 de março de 2009; REsp. 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* de 20 de maio de 2009; REsp. 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* de 04 de fevereiro de 2009; e REsp. 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator para acórdão Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* de 10 de março de 2008).
> 8. O STF, no bojo da RCL n. 2.138/RJ, asseverou que "A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)", e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/50 e do art. 12 da Lei n. 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.
> 10. Recurso especial conhecido e provido (Ac. no REsp. nº 106.677-2 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25.08.2009, in www.stj.jus.br).

Portanto, é cabível a aplicação da Lei nº 8.429, de 1992, o que torna impertinente a preliminar. Rejeito-a.

Mérito.

No mérito, o *thema decidendum* fica circunscrito em verificar se ocorreu conduta ímproba do apelante e se está correta a sanção aplicada.

O apelante carreou, com a petição inicial, os documentos de f. 16/37. Destaco: o ofício expedido pelo DER/MG solicitando ao apelado a prestação de contas relativa ao convênio nº DER - 30.049/04, em razão de ter expirado o prazo da vigência do mesmo (f. 17), a cópia do convênio nº DER - 30.049/04, firmado entre o Secretário de Estado da Setop, o Diretor Geral do DER/MG e o apelado, em 16.06.2004 (f. 19/22), bem como a cópia da relação das vias urbanas a serem pavimentadas no Município de Claro dos Poções (f. 29). Por derradeiro, destaco os documentos de f. 24/28 e 32/36, que comprovam o fornecimento do material estipulado no convênio pelo DER/MG ao apelado. Posteriormente, veio aos autos o laudo técnico de 47/48, comprovando a pavimentação das ruas que eram objeto do convênio em referência. Estes os fatos.

Quanto ao direito e no que respeita ao primeiro tema, relativamente à prática de ato ímprobo pelo recorrente, sabe-se que a Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429, de 1992, tem natureza sancionatória civil e difere da ação popular por sua amplitude de aplicação.

Assim, a violação dos princípios norteadores da Administração Pública - legalidade, razoabilidade, moralidade, interesse público, eficiência, motivação, publicidade, impessoalidade - e ainda, qualquer outro ato a ela imposto pode caracterizar improbidade administrativa do agente público ou de terceiro, desde que aliados à culpa ou dolo e má-fé, conforme ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, em *Direito administrativo*, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 688:

> O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. [...] Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige a observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Outro aspecto a ser observado refere-se ao dano e ao proveito obtidos pelo agente, porque a sanção a ser imposta há de guardar proporcionalidade entre um e outro, conforme decidiu, em situação análoga, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prejuízo ao erário. Obrigação de restituir aos cofres públicos. Admissibilidade, desde que comprovado o dano, estreme de dúvidas.
> Ementa Oficial: na hipótese de ação civil pública visando a anulação de atos praticados por autoridade da Administração Pública, sob a alegação de improbidade administrativa e de prejuízo ao erário, impõe-se admitir que a obrigação de restituir aos cofres públicos tem sustentação em dois pressupostos: a ilegalidade do ato e o seu poder de causar prejuízo. Infere-se disso que o dano não se presume. Há de ficar comprovado estreme de dúvida (Ac. na Ap. nº 114.999-5/2, 3ª Câmara, Rel. Des. Rui Stoco, j. em 30.05.2000, *RT* 781/219).

Todavia, o dano ao erário ou a obtenção de proveito próprio não são essenciais ao reconhecimento da improbidade. É o que se colhe do voto proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgado citado (Apelação nº 114.999-5/2, 3ª Câmara, Relator Des. Rui Stoco, j. em 30.05.2000, *RT* 781/224):

> A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) considera a improbidade administrativa sob três aspectos fundamentais:
> a) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º);
> b) atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário (art. 10);
> c) atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

Segundo dispõe o art. 11 da lei em tela,

> constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, e notadamente:
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Do que se infere que a caracterização de improbidade administrativa não está somente ou necessariamente ligada ao conceito de apropriação indébita e do enriquecimento ilícito do agente público ou do prejuízo causado ao erário.

Também caracteriza improbidade administrativa a ofensa aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afeitos (art. 4º da Lei 8.429/92).

É o caso dos autos, pois se ofenderam os princípios da legalidade e da moralidade, na medida em que o administrador fez tábula rasa de avença firmada com o Poder Público Estadual e mostrou má atuação na gestão de verba com destinação específica, desviando-a para fim diverso daquele para o qual foi emprestado, embora lícito e em prol da municipalidade.

Portanto, não há como afastar a tipificação da conduta do recorrente no art. 11 da Lei de Regência.

A existência de dano ao erário não restou comprovada, uma vez que não há nos autos quaisquer docu-

mentos que sinalizem para a retirada do valor de R$ 53.930,00 relativo à contrapartida estimada no convênio firmado.

Todavia, não foi apresentada a prestação de contas do recurso de contrapartida, conforme estabelecido na cláusula segunda, itens 2.2.4 e 2.2.5 do convênio (f. 20):

> 2.2.4 - participar financeiramente com R$ 53.930,00 (cinquenta e três mil, novecentos e trinta reais), inclusive com a quantia que exceder a este valor;
> 2.2.5 - prestar contas dos recursos utilizados para a execução deste convênio, de sua participação financeira, até o prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de término de sua vigência.

E, neste particular, competia ao recorrente o ônus da prova, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC. E o documento de f. 17 atesta a ausência de prestação de contas do Município.

Ressalto que, realizada a tomada de conta especial em razão de não terem sido localizados os documentos concernentes ao convênio (f. 83/90), o recorrente foi ouvido e teve oportunidade de apresentar sua defesa (f. 84). Entretanto, preferiu ficar inerte.

Ora, nos termos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente deixar de prestar contas quando se esteja obrigado a fazê-lo, constitui improbidade administrativa.

Assim, diante da ausência de prestação de contas, ou seja, da omissão do apelante em providenciar a necessária prova acerca do cumprimento de sua obrigação, houve mesmo violação aos deveres legais anteriormente mencionados, restando caracterizada a improbidade administrativa. Neste aspecto, sem razão o apelante.

Relativamente ao segundo tema, qual seja as sanções aplicadas, observo que o apelante foi condenado a cinco anos de suspensão dos direitos políticos, proibido de contratar com a administração pública ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos e pagar multa civil no valor de cinco vezes o montante da remuneração por ele recebida quando da prática dos atos em questão. Pleiteia a redução das penalidades.

O § 4º do art. 37 da Constituição da República estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Por sua vez e no que respeita às sanções civis, o art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, dispõe:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
> [...] III. na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A conduta do apelante enquadra-se no art. 11 da Lei nº 8.429 de 1992, e as sanções impostas na sentença recorrida estão previstas no art. 12, III, da mesma lei e foram aplicadas com equilíbrio.

Observo que o apelante, além de confessar a omissão consistente em não prestar contas (f. 140), sequer apresentou um único argumento que justificasse o descumprimento de sua obrigação. Isso é o quanto basta para confirmar a pena aplicada, porque não se pode conceber que um prefeito assuma a administração de um município sem observar os mais básicos e comezinhos princípios do direito administrativo.

Logo, a sentença está correta, o que torna o inconformismo inacolhível.

Com estes fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas pelo apelante, observado o disposto na Lei nº 1.060 de 1950.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e RONEY OLIVEIRA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cominatória - Obrigação de fazer - Plano de saúde - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - *Stent* farmacológico - Implantação - Negativa de cobertura - Angioplastia - Cláusula obscura - Interpretação em favor do consumidor

Ementa: Ação cominatória de obrigação de fazer. Plano de saúde. CDC. Aplicabilidade. Negativa de cobertura da implantação de *stent* farmacológico. Angioplastia. Cláusula obscura. Interpretação em favor do consumidor. Sentença mantida.

- O plano de saúde, na posição de fornecedor de serviços, tem o dever de informar ao consumidor, de

modo claro e objetivo, nos termos do art. 46, c/c art. 54, § 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor, o teor das cláusulas contratuais, principalmente daquelas que impliquem restrições à cobertura.

- Havendo obscuridade na cláusula contratual que limita o direito do consumidor, de cujo efetivo conteúdo toma ciência somente quando da necessidade da prestação dos serviços, deve a cláusula contratual ser interpretada em favor do consumidor ou, caso necessária, ser declarada a sua nulidade, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

- É de responsabilidade do plano de saúde arcar com os custos da prótese *stent* utilizada na cirurgia de angioplastia.

- Tendo o autor contratado plano de saúde que cobre realização de procedimentos cirúrgicos cardíacos e prótese cardíaca, deve ser custeada pelo plano de saúde a implantação do *stent*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.08.254898-1/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Unimed Divinópolis -Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelada: Maria da Silveira Fonseca - 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, 11 de março de 2010. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Cuida-se de ação cominatória ajuizada por Maria da Silveira Fonseca em desfavor de Unimed Divinópolis - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., alegando ser titular de um plano de saúde empresarial, oferecido pela ré, através do qual lhe foi assegurada a internação em instituições hospitalares para a realização de procedimentos especiais, inclusive cirurgias. Afirma que foi submetida a exame de cateterismo, que constatou a existência de lesões coronarianas, demandando a realização de cirurgia denominada angioplastia coronariana para implantação de "*stent* farmacológico", visando à dilatação das artérias obstruídas. Aduziu que, não obstante a gravidade de seu quadro clínico, a ré não concedeu autorização para a implantação do *stent*, negativa essa que se apresenta abusiva e viola ainda princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Formulou pedido de tutela específica (CPC, art. 461, § 3º), no sentido de que fosse determinado à requerida que realizasse a intervenção cirúrgica, arcando com todas as despesas inerentes.

Às f. 52/53, foi deferida a tutela antecipada, determinando a imediata realização da cirurgia para colocação dos *stents*, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Às f. 58/135-TJ, a ré apresentou contestação, que a cirurgia cardíaca é procedimento distinto da intervenção percutânea para a implantação de prótese (*stent*). Sustentou que a negativa de autorização encontra amparo no art. 60, XII, do instrumento contratual firmado, que exclui a cobertura para colocação de próteses e órteses "não ligadas ao ato cirúrgico". Destacou a irreversibilidade da medida pleiteada e o perigo de dano inverso, uma vez que estaria a operadora do plano de saúde obrigada a arcar com despesas elevadas e imprevistas, comprometendo seu equilíbrio econômico-financeiro. Postulou, ao final, a improcedência do pedido.

A autora apresentou impugnação, às f. 137/140.

Em julgamento antecipado, sobreveio a sentença de f. 156/165-TJ, que julgou procedente o pedido inicial, para converter em definitiva a tutela antecipada de f. 52/53-TJ, imputando à ré a obrigação de arcar com os custos da implantação do *stent* farmacológico de que necessita a autora, além de declarar nula a cláusula VI, nº 18 do contrato de prestação de serviços médicos hospitalares. Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00.

Irresignada, a Unimed interpôs apelação (f. 167/182-TJ), aduzindo que a negativa de cobertura encontra amparo no art. 60, XII, do instrumento contratual firmado, que exclui a cobertura para colocação de próteses e órteses "não ligadas ao ato cirúrgico". Ressaltou que a implantação do *stent* se dá através de procedimento de intervenção percutânea, e não por meio de cirurgia cardíaca. Defendeu a legalidade e a clareza da referida disposição contratual e asseverou que a não observância das coberturas contratadas implica o rompimento do equilíbrio contratual. Postulou, ao final, o provimento do recurso, com a improcedência do pedido exordial.

A autora apresentou contrarrazões, refutando as alegações da apelante e pugnando pelo desprovimento do recurso.

Busca o apelante a reforma da sentença primeva, que confirmou a tutela liminar e determinou que arcasse com todos os custos do procedimento de implantação de *stent* farmacológico realizado na autora.

Define-se o contrato de plano de saúde pela transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do contratante e seus dependentes, mediante a prestação de assistência médico-hospitalar por meio de entidades conveniadas, estipulando a administradora um prêmio a ser pago mensalmente pelo cliente, que receberá em troca assistência médica quando necessitar.

Considerando que a saúde constitui bem de suma importância, elevado pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do ser humano, possuem as administradoras de planos de saúde o dever de agir com boa-fé, tanto na elaboração quanto no cumprimento do contrato.

E a boa-fé, no caso, deve abranger o respeito e a lealdade, preservando-se a dignidade, a saúde, a segurança e a proteção dos interesses econômicos do segurado, em face da presunção legal de sua vulnerabilidade.

Por outro lado, em se tratando de plano de saúde, a interpretação sobre a cobertura, ou não, de determinado caso deve ser realizada à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque as operadoras de planos de saúde estão enquadradas no conceito de fornecedor previsto no art. 3º daquele diploma, sendo seus usuários considerados consumidores para todos os fins de direito.

A propósito, ensina Cláudia Lima Marques:

> Apesar de a Lei 9.656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina em grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviços ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código [...] (*Contrato no Código de Defesa do Consumidor* - O novo regime das relações contratuais. 4. ed. Revista dos Tribunais, p. 399).

Entendo que a apelante, na posição de fornecedora de serviços, tem o dever de informar ao consumidor, de modo claro e objetivo, nos termos do art. 46, c/c art. 54, § 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor, o teor das cláusulas contratuais, principalmente daquelas que impliquem restrições à cobertura.

Evidentemente, a cláusula na qual consta a não cobertura genérica de próteses, não deve ser interpretada de forma extensiva, a gerar imprecisão nos seus termos ou mesmo abstração. Observa-se que não existe razoabilidade nessa cláusula, ademais quando confrontante com autorização contratual de procedimento cirúrgico no qual o implante da prótese se verifica imprescindível. Inclusive, em razão da constante incoerência prevista na conjugação de determinadas cláusulas contratuais previstas em avenças referentes a planos de saúde, vieram à tona dispositivos legais inibidores dessa abusividade contratual. É um dos fundamentos teleológicos que se emprega na Lei nº 9.656/98.

Assim, não se pode exigir do consumidor, leigo em ciências médicas, que venha a conhecer a literatura médica e identificar que o *stent* consiste numa endoprótese vascular.

Ademais, do ponto de vista leigo, uma cirurgia feita no coração é sempre uma cirurgia cardíaca; pouco importando os seus subtítulos, que têm interesse apenas para a medicina, nunca para o paciente.

Havendo obscuridade na cláusula contratual que limita o direito do consumidor, de cujo efetivo conteúdo toma ciência somente quando da necessidade da prestação dos serviços, deve a cláusula contratual ser interpretada em favor do consumidor ou, caso necessário, declarada a sua nulidade, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido leciona Nelson Nery Júnior, na obra *Código de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Forense Universitária, p. 485:

> O fornecedor deverá ter a cautela de oferecer oportunidade ao consumidor para que, antes de concluir o contrato de consumo, tome conhecimento do conteúdo do contrato, com todas as implicações conseqüências daquela contratação no que respeita aos deveres e direitos de ambos os contratantes, bem como das sanções por eventual inadimplemento de alguma prestação a ser assumida no contrato. Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, CDC).

Dessa forma, é obrigação do fornecedor esclarecer o consumidor sobre o texto contido no contrato ao qual está aderindo, já que é de responsabilidade do plano de saúde, na posição de fornecedor, tomar todas as medidas necessárias quanto à informação do consumidor.

No caso dos autos, a apelante não comprovou ter prestado ao recorrido os necessários esclarecimentos a respeito das exclusões da cobertura do contrato, ônus que lhe incumbia na forma do art. 54, § 4º, do CDC.

No caso, a negativa da ré à cobertura do procedimento de implantação de *stent* farmacológico foi embasada na cláusula VI, que cuida "Dos serviços cobertos em custo adicional" (f. 13/14), onde consta: "18. Próteses, órteses e válvulas de qualquer natureza".

Vale no caso transcrever trecho da sentença da lavra do Dr. Fernando Fulgêncio Felicíssimo, Juiz titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, onde afirma que:

> a patologia diagnosticada da requerente - síndrome coronariana aguda - para cujo tratamento a internação e submissão a procedimento cirúrgico foram recomendados, estava acobertada pelo plano de saúde, tanto que houve a autorização para realização da angioplastia coronariana, conforme f.26, excetuando-se a colocação de *stent*.

Desse modo, restou claro ter havido negativa de método ou forma de tratamento de doença coberta pelo plano firmado, é dizer, autorizou-se a realização da intervenção cirúrgica, mas impôs-se a restrição à utilização de método eficaz, seguro e necessário ao sucesso do procedimento médico, em virtude das condições clínicas da autora (fato não impugnado).

Sem dúvida que a referida cláusula contratual (VI, nº 18) é ambígua e contraditória, pois retira do procedimento médico previsto e autorizado os meios e instrumentos adequados e necessários à eficácia de sua consecução, conforme já reiteradamente decidido em nossos pretórios, inclusive pelo col. STJ, no REsp nº 896.247/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., *DJU* de 18.12.2006. A abusividade dessa referida clausula está patente, pois fere o disposto no art. 51, IV e § 1º, inciso II, do CDC (f.162/163-TJ)

Malgrado a apelante defenda a tese contrária, não há dúvida de que o *stent* - que consiste em dispositivo que visa a manter abertas as paredes de vaso sanguíneo, dando-lhes sustentação, para permitir que o sangue circule livremente - não se enquadra nessa categoria.

Ainda que, para sua colocação, não seja necessária a abertura da caixa torácica, como ocorre nas cirurgias cardiovasculares de grande porte, como as "pontes de safena", os transplantes cardíacos e outros, não se pode negar que a angioplastia coronariana, procedimento através do qual é realizada a implantação do *stent*, constitui terapia interventiva e invasiva, de finalidade curativa, devendo ser considerado ato cirúrgico, ainda que de pequeno porte.

Nesse sentido, é inconteste que a colocação do *stent* deveria ser autorizada pela apelante, uma vez que constitui procedimento intrínseco ao ato cirúrgico, razão pela qual não se pode considerar como incidente a cláusula proibitiva.

Destaco, a respeito:

> Civil. Plano de saúde. Despesas com *stent*. - A previsão contratual para a realização do cateterismo contém em si mesma a autorização para o uso dos meios necessários para a efetividade do procedimento. Recurso especial conhecido e provido (REsp 786.283/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 09.10.2007, *DJ* de 06.11.2007, p. 169).
>
> Plano de saúde. Angioplastia coronariana. Colocação de *stent*. Possibilidade. - É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de *stent*, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde (REsp 896.247/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 21.11.2006, *DJ* de 18.12.2006, p. 399).
>
> Responsabilidade civil. Planos de saúde. Fornecimento de *stents* farmacológicos em procedimento cirúrgico. Obrigação prevista na Lei 9.656/98. A CAARJ submete-se ao mesmo regime das empresas privadas do ramo. Dano moral e ressarcimento dos valores empregados na compra do equipamento.
> - Ação proposta em face da Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro - CAARJ, em que se questiona a abusividade da cláusula contratual que desincumbe a prestadora de serviço de arcar com o fornecimento de *stents* aos segurados, com pedido de indenização por danos morais e materiais.
> [...]
> - A utilização de *stents* farmacológicos no presente caso se deu em virtude da realização de procedimento cirúrgico de angioplastia coronariana, o qual, segundo interpretação *a contrario sensu* do art. 10 da Lei 9.656/98 não pode ficar descoberto pelo plano de referência.
> - Em conseqüência disso, deve ser ressarcido de modo integral o valor de R$ 23.034,00 (vinte e três mil e trinta e quatro reais), empregado pelas autoras no custeio dos *stents* farmacológicos utilizados no tratamento.
> - A relação discutida nestes autos é tida como relação de consumo, pois de um lado há uma prestadora de serviço de planos de saúde, que trabalha em regime concorrencial com as demais empresas do ramo, enquanto do outro há o consumidor.
> [...]
> - Recurso parcialmente provido (TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 200451020027257/RJ, Sétima Turma Especializada, Juíza Federal convocada Regina Coeli M.C. Peixoto - *DJ* de 07.08.2007, p. 272).

Com essas razões de decidir, nego provimento à apelação e confirmo integralmente a r. sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução fiscal - IPTU - Taxa de coleta de resíduos - Cobrança - Guia de recolhimento - Notificação pessoal - Desnecessidade - Não recebimento da guia - Ausência de prova - Notificação por edital - Possibilidade

Ementa: Embargos à execução fiscal. Cobrança de IPTU e taxa de coleta de resíduos. Guia de recolhimento. Notificação pessoal. Desnecessidade. Ausência de prova quanto ao não recebimento da guia. Notificação por edital. Possibilidade. Reforma da sentença.

- O conhecimento inequívoco pelo contribuinte do lançamento tributário feito de ofício, através da guia de recolhimento, acarreta a validade da respectiva inscrição do débito em dívida ativa, porque preserva a garantia constitucional da ampla defesa.

- A desconstituição da CDA imprescinde da demonstração da ausência de recebimento da guia de recolhimento referente ao crédito tributário impugnado, que é fato constitutivo do direito do embargante, de modo que a inexistência de qualquer indício a corroborar a alegação do contribuinte acarreta a validade da certidão exequenda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.279171-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelada: Lotus Empreendimentos Participações S/A - Relatora: DESª. 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 Ernane Fidélis, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de março de 2010. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Trata-se de apelação cível interposta pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal, que, nos autos dos embargos à execução ajuizados por Lotus Empreendimentos Participações S.A., julgou-os procedentes, desconstituindo as CDA´s 13001.05.0634805,13001.06.0640706, 13001.-07.1736203.

Ao final, condenou a embargada no pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais).

Em suas razões recursais de f. 79/87, a apelante afirma que a inscrição regular da dívida ativa milita a seu favor, não necessitando de comprovar que enviou as guias de recolhimento para o domicílio do apelado.

Salienta que a dívida de IPTU vence anualmente e decorre de lei, de modo que, se o contribuinte não recebê-la, deve procurar a repartição pública para obter a segunda via.

Aduz sobre a validade da citação por edital e colaciona algumas jurisprudências.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

A apelação cinge-se à validade da certidão de dívida ativa ante a inocorrência de notificação pessoal do contribuinte.

A notificação que se exige quando da instauração de qualquer processo administrativo visa a assegurar ao interessado a ciência efetiva do processado, assinalando-lhe prazo para resposta, em obediência à garantia da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, LV da Constituição da República.

Nesse passo, o conhecimento inequívoco pelo contribuinte do lançamento tributário acarreta a validade da respectiva inscrição do débito em dívida ativa, porquanto restou observada a garantia constitucional.

Como é cediço, ao proceder ao lançamento de tributos de ofício, como é o caso do IPTU e da Taxa de Coleta de Resíduos, a municipalidade encaminha ao ente tributado a correspondente guia de recolhimento, que informa a existência do débito, bem como esclarece ao contribuinte o prazo para apresentação de defesa administrativa.

Via de consequência, desnecessária ulterior notificação pessoal, porquanto atingida a formalidade, eis que a inscrição na dívida ativa não ocorre sem o conhecimento do interessado, mesmo porque a validade da publicação editalícia vem sendo reconhecida pela jurisprudência.

Assim, a desconstituição da CDA, tal como pretendido pela apelada, imprescinde da demonstração da ausência de recebimento da guia de recolhimento referente ao crédito tributário impugnado, que é fato constitutivo de seu direito, de modo que a inexistência de qualquer indício a corroborar a alegação do contribuinte acarreta a validade da certidão exequenda, como ocorre no caso dos autos.

Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. Taxa municipal. Entrega da guia de recolhimento ao contribuinte. Notificação presumida. Ônus da prova. Matéria julgada sob o regime do art. 543-c do CPC (REsp 1.111.124/PR).

I - O envio da guia de cobrança da taxa municipal de coleta de resíduos sólidos urbanos ao endereço do contribuinte configura a notificação presumida do lançamento do tributo. Para afastar tal presunção, cabe ao contribuinte comprovar o não-recebimento da guia.
II - O posicionamento encimado foi recentemente chancelado pela Colenda Primeira Seção que sob o regime do artigo 543-C do CPC, julgou o REsp 1.111.124/PR, ratificando a jurisprudência no sentido de que o envio do carnê do IPTU ao endereço do contribuinte configura notificação presumida do lançamento do tributo.
III - Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp 1086300/MG - Rel. Min. Francisco Falcão - Primeira Turma - p. em 10/06/2009).

Do mesmo modo, o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça:

> [...] Quando o lançamento do tributo se dá de ofício, somente haverá instauração de procedimento administrativo na hipótese em que, notificado o contribuinte, apresenta impugnação ao crédito tributário. Sendo a TCR modalidade de tributo exigido anualmente e sujeita a lançamento de ofício, é válida a notificação do contribuinte por edital, não sendo exigida a notificação pessoal. [...] (TJMG - Processo nº. 1.0024.08.060722-2/001 - Rel. Des. Armando Freire - p. em 17/07/2009).

> Execução fiscal. Embargos do devedor. Ausência de notificação pessoal. Desnecessidade. Lançamento direto. Taxa de coleta de resíduos sólidos. Indivisibilidade e inespecificidade do serviço. Inexigibilidade. I - Ante ao lançamento direto que caracteriza a cobrança de taxas de serviços e de polícia, desnecessária instauração de processo tributário administrativo para depuração da obrigação de pagamento respectiva, não acarretando a ausência de notificação pessoal do contribuinte nulidade automática das CDA's, sobretudo quando provada, pela administração fazendária, intimação editalícia em respeito a limites da informação cadastral disponível (TJMG, Processo nº. 1.0024.07.585672-4/001, Rel. Des. Fernando Botelho, publ. em 17/12/2008).

> Tributário. Execução fiscal. CDA presunção de certeza e liquidez. Lançamento de ofício. Notificação pessoal. Desnecessidade. - Diante da presunção de certeza e liquidez de que se reveste a CDA, cabe ao devedor produzir prova inequívoca que seja suficiente para ilidi-la. - É desnecessária, no lançamento de ofício, a notificação pessoal do contribuinte, bastando a notificação através da publicação no órgão oficial ou pela remessa da guia de recolhimento (TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.07.346647-0/001, Rel. Barros Levenhagen, j. em 17/12/2009).

Por essas razões, não se verifica a necessidade de notificação pessoal específica da contribuinte sobre o lançamento dos débitos impugnados, pelo que razão assiste à apelante.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para reconhecer a validade das CDA's de nºs 13001.05.0634805, 13001.06.0640706, 13001.07.1736203, determinando o normal prosseguimento da execução na instância *a quo*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Execução fiscal - Pessoa jurídica - Responsabilidade tributária - Redirecionamento - Pessoa dos sócios - Empresa não localizada - Atividades - Suspensão - Dissolução irregular - Inclusão no polo passivo

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Pessoa jurídica. Redirecionamento da responsabilidade tributária para a pessoa dos sócios. Empresa não localizada. Suspensão das atividades. Dissolução irregular. Inclusão no polo passivo. Decisão reformada.

- Presentes os requisitos que autorizam o redirecionamento da execução fiscal, nos moldes do artigo 135, III, do CTN, quais sejam atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, deve ser deferido o pedido de redirecionamento da execução contra os sócios-gerentes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.311207-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Agravada: WD Empreendimentos Imobiliários Com. Ltda. - 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 Caetano Levi Lopes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2010. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em análise, agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte, contra a r. decisão de f. 30-TJ, proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em desfavor de WD Empreendimentos Imobiliários Com. Ltda., que indeferiu o pedido de inclusão dos sócios administradores na lide.

O agravante argumenta que o documento de f. 22 demonstra que a empresa executada encontra-se em

situação inapta, o que é suficiente para caracterizar o encerramento irregular de suas atividades empresariais por ter encerrado suas atividades sem prévia satisfação de suas obrigações fiscais. Aduzindo, ademais, que é passível de sanção nos termos dos arts. 42 e 43 do Regulamento do ISSQN, caracterizando infração à legislação municipal, razão pela qual é possível a responsabilização dos sócios no moldes do art. 135, III, do CTN. Pede o provimento do recurso para que seja incluído no polo passivo da execução fiscal o sócio-gerente Waldir Srbek.

O recurso foi recebido na forma de instrumento.

O MM. Juiz prestou informações noticiando a manutenção da decisão agravada e o cumprimento do disposto no artigo 526 do CPC.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O cerne da controvérsia consiste em aferir se deve a execução ser redirecionada contra o sócio-gerente da pessoa jurídica executada.

Acerca da responsabilidade tributária, o art. 135, inciso III do CTN, estabelece:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
> [...]
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Do dispositivo legal supra, deflui-se que a responsabilidade resulta não da simples condição de sócio, mas sim da forma como administram os bens que integram a pessoa jurídica.

Não basta, portanto, ser diretor, ou gerente, ou representante, mas sim que o débito questionado resulte ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Verifica-se que, ajuizada a execução fiscal em desfavor de WD Empreendimentos Imobiliários Com. Ltda. para recebimento de IPTU, e foi certificado pelo Oficial de Justiça, à f. 25, que ela não se encontra estabelecida no local.

Requerida a inclusão de seu sócio-administrador, Waldir Srbek, no polo passivo da lide, instruída com o documento de f. 28-TJ, no qual consta que a empresa está inapta, esse requerimento foi indeferido pela decisão ora combatida ao fundamento de que inexistem de provas da responsabilidade dos sócios pelo débito, facultando à Fazenda Pública comprovar nos autos os atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, haja vista a necessidade de comprovação desse requisito para responsabilizá-lo, conforme preceitua o art.135 do CTN.

Os documentos revelam a interrupção das atividades da agravada, estando com o CNPJ inapto pelo motivo de omissão contumaz, o que configura modo irregular de dissolução que pode ser invocada para justificar a incidência do art. 135, III, do CTN, com a consequente responsabilização do mencionado sócio.

Dessa forma, não localizada a empresa e suspensa sua atividade, demonstrou a agravante que não há meio de satisfazer seu crédito senão pelo redirecionamento da execução em desfavor do sócio-gerente, estando preenchidos os pressupostos de admissibilidade descritos no citado artigo.

Isso posto, dou provimento ao recurso, para determinar que a execução prossiga contra o indicado sócio-gerente da agravada.

Custas *ex lege*.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação rescisória - Prova falsa - Alegação - Inconsistência - Decisão rescindenda - Conclusão - Fundamento diverso - Rescindibilidade - Inocorrência

Ementa: Ação rescisória. Fato novo. Não configuração. Prova falsa. Art. 485, VI, do CPC. Inocorrência. Pedido julgado improcedente.

- "A prova falsa apta a fundamentar a rescisão do julgado deve ser aquela na qual se embasou o *decisum* atacado." (STJ - AR 1.291/SP.)

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.0000.00.335284-6/000 - Comarca de Guaranésia - Autor: M.F.N. - Réus: C. C.A. e M.C.A. - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Des. Almeida Melo, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2010. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de ação rescisória movida por M.F.N., visando à rescisão do

acórdão de f. 147/152-TJ (em apenso - Apelação nº 1.0000.00.182355-8/000), relatado pelo Des. Bady Curi, que, por unanimidade de votos, negou provimento à apelação.

Sustenta o autor, com base no art. 485, inciso VI, do CPC, que a existência de prova falsa teria influenciado o julgamento da ação declaratória de união estável por ele ajuizada. Bate-se pela ocorrência de fato novo, aduzindo que os réus teriam reconhecido a existência da pleiteada união estável em depoimento prestado em posterior ação trabalhista.

Os presentes autos foram inicialmente distribuídos ao Des. Lamberto Sant'Anna (f. 30-TJ), que, através da decisão de f. 32-TJ, determinou a citação dos réus.

Devidamente citado, o réu M.C.A. apresentou contestação às f. 53/55 TJ.

Em virtude da aposentadoria do Relator, foram os autos a mim redistribuídos (f. 104-TJ).

Após diligências promovidas para a citação da ré C.C.A., essa foi citada por edital (f. 180/184-TJ), deixando transcorrer *in albis* o prazo de resposta (f. 185-TJ). Diante disso, foi decretada a sua revelia (f. 195-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 190/193-TJ.

Impugnação à contestação às f. 199/201-TJ.

Encerramento da instrução à f. 211-TJ, com abertura de vista para razões finais, que foram apresentadas apenas pelo autor (f. 215/217-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 222/230, pela improcedência do pedido.

É o relatório.

Conforme acima mencionado, trata o presente caso de ação rescisória, proposta por M.F.N., no intuito de rescindir o Acórdão nº 1.0000.00.182355-8/000, exarado pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, de relatoria do Des. Bady Curi.

O referido acórdão negou provimento à apelação interposta pelo ora autor, cujas razões pretendiam o reconhecimento de união estável entre este e a genitora dos réus (E.T.C.A., falecida em 24.01.1998). O acórdão rescindendo julgou sob o fundamento de que o relacionamento mantido entre M.F.N. e E.T.C.A. não se configurou como união estável, ausentes os elementos caracterizadores. Após análise do acervo probatório existente nos autos, o acórdão considerou-o inconsistente, bem como temerário o reconhecimento da união.

A meu juízo, não merece prosperar a alegação de existência de prova falsa (art. 485, VI, do CPC).

Sobre a ação rescisória fundada no citado dispositivo legal, a doutrina esclarece:

> A sentença é rescindível 'sempre que, baseada em prova falsa, admitiu a existência de fato, sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão'.
> Não ocorrerá a rescindibilidade 'se houver outro fundamento bastante, para conclusão' (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Ed. Forense, v. I, p. 786).

Por sua vez, Theotônio Negrão anota:

> Para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença (*RTJ* 82/333, *RSTJ* 106/153, *RT* 502/161, *RF* 247/161). (Nota 31, *Código de Processo Civil comentado*, 36. ed., Ed. Saraiva.)

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> O documento falso que autoriza a desconstituição do julgado - art. 485, VI, do CPC - é aquele que contribuiu para as conclusões constantes desse julgado.
> Na hipótese dos autos, demonstrou-se que, entre as provas produzidas nos autos da ação cuja sentença se pretende rescindir, existe um documento adulterado; nada obstante, tal documento não interferiu na formação do convencimento do Juiz, inviabilizando, por conseguinte, o acolhimento da ação rescisória (REsp 975.014/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. em 23.09.2008, *DJe* de 15.12.2008).

No caso em tela, aduz o autor que o depoimento do ex-marido de E.T.C.A. constituiria prova falsa, uma vez que os filhos da mesma, em posterior ação trabalhista, teriam prestado depoimento em sentido contrário, na medida em que teriam reconhecido a existência da pretendida união estável.

Primeiramente, cumpre registrar que não se demonstrou a falsidade da prova, uma vez que os depoimentos foram prestados por pessoas diversas. Na ação de reconhecimento de união estável, o depoimento foi prestado pelo ex-marido, já na ação trabalhista, os depoimentos dizem respeito aos filhos.

Ademais, verifica-se que a alegada prova falsa não foi o único fundamento para a improcedência do pedido de união estável. Diante disso, o pleito rescisório sob tal fundamento não merece acolhimento, na medida em que "a prova falsa apta a fundamentar a rescisão do julgado deve ser aquela na qual se embasou o *decisum* atacado" (STJ - AR 1.291/SP). A decisão rescindenda julgou improcedente o pedido pela inconsistência do acervo probatório, de forma que o depoimento do ex-marido de E.T.C.A., alegadamente falso pelo autor, não foi a causa imediata do resultado obtido, sendo que, a despeito de tal prova, o juiz chegaria à conclusão a que chegou. Observa-se que o autor não apresentou provas robustas acerca da alegada união estável.

Também não há falar em fato novo apto a ensejar a rescisão do julgado, tendo em vista que, na rescisória, não há como demonstrar o erro por meio de provas novas, mas sim pelo exame daquelas que já constam do processo. O documento novo - que aqui não se apresenta - apto a ensejar a rescisória

> não é aquele que deixou de ser produzido na ação principal por desídia ou negligência da parte em obtê-lo, ou o constituído após a sentença rescindenda, mas o já existente quando da decisão rescindenda, ignorado pelo interessado ou de impossível obtenção à época da utilização no processo, apresentando-se bastante para alterar o resultado da causa (STJ - 4ª Turma, REsp 15.007-0-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 24.11.92; *DJU* de 17.12.92, p. 24.248).

Retratam os autos, na realidade, o inconformismo do autor com o acórdão deste Tribunal, que manteve a sentença que não o agradou. Resulta evidente a pretensão de reexame de matéria decidida no julgado rescindendo, o que foi feito segundo o entendimento do magistrado e seu convencimento. Se, à época da instrução probatória, o autor teve a oportunidade e não se empenhou em demonstrar a alegada união estável, não haverá, agora, de imputar ao Judiciário a culpa pela própria desídia e inércia.

Diante disso, forte no princípio da segurança jurídica que deve nortear a atuação jurisdicional, não há como se desconstituir a decisão guerreada por tal fundamento.

O Prof. Humberto Theodoro Júnior afirma que:

> O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes. [...] Se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Ed. Forense, v. I, p. 418/419).

Ante tais considerações, julgo improcedente a presente ação rescisória e condeno o autor nas custas e honorários advocatícios, que arbitro em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20 do CPC. Tendo em conta o pedido de f. 06, defiro os benefícios da justiça gratuita ao autor, suspendendo a exigibilidade dos ônus de sucumbência, nos termos da Lei nº 1.060/50.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo.

DES.ª ALBERGARIA COSTA -

A existência de prova falsa só pode conduzir à rescisão da decisão caso seja suficiente, por si só, para modificar a conclusão da decisão impugnada.

No caso específico dos autos, a improcedência da ação rescisória não decorreu unicamente do depoimento prestado pelo ex-marido de E.T.C.A., mas sim da ausência de provas contundentes acerca da mencionada relação.

Além disso, não se pode imputar como falso o depoimento prestado por uma pessoa, só porque, posteriormente, na Justiça do Trabalho, seus filhos testemunharam de forma diversa.

Com tais considerações, adiro integralmente aos termos do voto do eminente Relator e julgo improcedente o pedido inicial.

É como voto.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE.

...

Antecipação de tutela - Prova inequívoca e verossimilhança - Caracterização

Ementa: Tutela antecipada. Caracterização de prova inequívoca e verossimilhança.

- Não havendo erro formal manifesto do procedimento fiscal, é de se presumirem provadas as suas conclusões até pronunciamento em contrário.

- A previsão em decreto de espécie de fraude fiscal, se se cuida de ato de simulação ou dolo para evasão fiscal, é irrelevante quanto à data de sua vigência, não impedindo o reconhecimento do vício anteriormente.

- A simples dúvida sobre a irretroatividade de norma jurídica reflete ausência de verossimilhança das alegações.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.09.562393-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravado: Calçados Cirsam Ltda. - 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, 16 de março de 2010. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, a Drª. Ana Calhau Drummond.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Não existe qualquer previsão entre recurso de mandado de segurança já julgado com a declaratória proposta, não apenas por já estar o primeiro extinto, como também pela completa diversidade de objeto, pelo que não conheço da preliminar.

Na nova sistemática da antecipação da tutela, prevê-se também a providência de natureza cautelar. Neste caso, para antecipação, mantêm-se os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança, enquanto para cautela o requisito do *fumus bonis iuris*, mas, para ambas, a liminar só se concede com manifesta revelação dos pressupostos.

No caso dos autos, o que se pretende é o pronunciamento prévio de inexigibilidade da dívida, o que constitui efeito necessário da declaração de procedência do pedido, sendo a medida, neste caso, antecipatória e não cautelar.

Sendo antecipatória, torna-se evidente a inexistência da prova inequívoca, já que, não havendo defeito formal do procedimento administrativo, não há como, antecipadamente, desconsiderar a dúvida que faz a afirmação substancialmente equívoca.

Aceita-se, por outro lado, a alegação de que irrelevante é a alteração legislativa que fez previsão da respectiva atividade fraudulenta, já que a concretude da simulação e o dolo estão na órbita dos fatos, e não da lei.

Além do mais, pelo simples fato de haver dúvida doutrinária sobre efeitos de decreto, já se afasta da alegação a qualidade de verossimilhança.

Com tais considerações, pois, nego provimento ao recurso, condenando a agravada nas custas processuais, com isenção pelo prazo legal, ou até que haja pronunciamento definitivo sobre a AJ, pela qual optou a agravada.

É o meu voto.

DES. EDILSON FERNANDES - De acordo.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Contas bancárias - Bloqueio - Requisição - Bacen-Jud - Impossibilidade - Recurso criptográfico - Emprego - Necessidade - Informação eletrônica - Segurança

Ementa: Agravo de instrumento. Bacen-Jud. Requisição *on-line* de informações sobre contas bancárias. Impossibilidade.

- Com a edição das Leis 11.419/2006 e 11.280/2006 - que adiciona o parágrafo único ao art. 154/CPC -, a observância da MP 2.200-2/2001 se faz de rigor na implementação de ordem judicial com uso do meio eletrônico.

- Sem o emprego do recurso criptográfico, da assinatura digital e da proteção-cifragem para o tráfego, nos termos da Lei 11.419/2006 e da MP 2.200-2/2001, o sinal eletrônico que contenha o dado de requisição judicial se destitui de garantia mínima contra a possibilidade da intercessão, apropriação, manipulação e alteração eletrônica.

- Não havendo o emprego da criptografia no acesso ao Bacen-Jud, inseguro se mostra o uso deste meio para o atendimento da atividade-fim do Estado-jurisdição. Logo, não há falar em sua compulsoriedade, mas em facultatividade, ligada à liberdade jurisdicional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.05.589172-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Agravada: Empreiteira Modelo 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal desta Capital/MG, que, nos autos do executivo fiscal movido contra Empreiteira Modelo Ltda., indeferiu pleito de novo bloqueio de contas da executada por meio do sistema Bacen-Jud (f. 33-TJ).

Inconformado, agrava o Município exequente, alegando, nas razões de f. 02/17-TJ, que se afigura "[...] imprescindível que outra tentativa de bloqueio eletrônico seja feita, sob pena de as novas reformas legislativas terem criado uma inovação que anda para o passado [...]" (f. 04).

Pugna, liminarmente, pelo deferimento do efeito suspensivo.

O pedido de efeito suspensivo formulado foi indeferido pela decisão de f. 40/54.

Informações prestadas pelo Juízo singular às f. 60/61-TJ e 63-TJ, noticiando a mantença do *decisum* agravado e o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC.

Sem contraminuta de agravo, conforme certificado à f. 66-TJ.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de agravo contra decisão interlocutória proferida nos autos de execução fiscal, na qual pretendida satisfação de crédito tributário decorrente do não recolhimento de '[...] Taxa de Fiscalização/Funcionamento [...]" e de "[...] Dívida Ativa AITI/ISS [...]" (CDAs de f. 19/22-TJ).

O *decisum* recorrido indeferiu o pedido de nova penhora *on-line*, ao fundamento de que

> [...] o sistema Bacen-Jud realiza a pesquisa em todas as instituições bancárias e retorna a informação apenas em relação àquelas em que foi encontrado registro de contas (f. 33-TJ).

Insurge-se o agravante, nas razões recursais de f. 02/17, sustentando, em síntese, que a penhora *on-line* tem o escopo de agilizar os procedimentos executórios e alcançar o resultado pretendido, sendo que já teria esgotado todos os outros meios possíveis na tentativa de localizar bens capazes de satisfazer o crédito tributário, não logrando, contudo, êxito na satisfação de seu crédito, sendo

> [...] imprescindível que outra tentativa de bloqueio eletrônico seja feita, sob pena de as novas reformas legislativas terem criado uma inovação que anda para o passado [...] (f. 04-TJ).

Inexistindo qualquer alteração, de fato ou de direito, no recurso, após a análise que fizemos da questão por ocasião da prolação da decisão monocrática de f. 40/54-TJ, ratificamos, aqui, seus fundamentos. São eles:

> Pugna o agravante pela reforma da decisão que indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros do executado por meio do sistema eletrônico Bacen-Jud.
>
> Não tenho, aprioristicamente, objeção ao acionamento da requisição judicial de informações bancárias, pois que de rigor frente à lei processual - art. 655-A do CPC:
>
> 'Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.
>
> § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.
>
> § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta-corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.
>
> § 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.'
>
> Ademais, e se assim já não o fosse, não desconhecemos, aqui, o meio de que se deverá utilizar o juízo da execução para requisitar as informações bancárias, o que nos convoca a atenção - e, dela, nossa objeção.
>
> Diz a lei que será a requisição implementada '[...] preferencialmente por meio eletrônico'.
>
> Daí, primeiramente, a não compulsoriedade do uso do 'meio eletrônico' no implemento da requisição.
>
> Não será compulsória porque, a exemplo dos demais meios de processamento, o emprego do 'meio eletrônico' - quando ainda físico-analógica (em papel) a matriz-meio do processo - requer implemento de determinados itens de segurança da informação (eletrônica), sem os quais se arrisca, consideravelmente, a higidez da ordem judicial.
>
> Se eletrônica a via de expedição da ordem, há de satisfazer ela, em toda a sua extensão, a exigência mínimo-tecnológica, atualmente disponível, a tornar segura a detecção de sua origem e autoria.
>
> Nem por ser preferencial e eletrônico o meio, há de se exonerá-lo das garantias elementares que à atuação estatal se exige.
>
> Confiabilidade do percurso - da saída ao destino - e confiabilidade da autoria (jurisdicional-estatal) são pressupostos elementares do emprego (preferencial) do meio eletrônico nas requisições judiciais.
>
> A segurança da informação eletrônica - que, por ser eletrônica, se utiliza de fontes informáticas e telemáticas, às quais exigida 'linguagem' codificada que atuará sobre circuitos e elementos físicos de armazenamento - somente preencherá estes quesitos se estiver atendida por recursos criptográficos (do grego *kriptos* - oculto - e *graphos* - escrita), que deem aos pacotes de *bits* eletrônicos que caracterizam a codificação da linguagem eletrônica 'picos' adicionais, de cifragem e decifragem assimétrica (já que a criptografia assimétrica vem sendo empregada, no mundo eletrônico, como o instrumento de melhor eficiência para o atendimento da segurança da informação eletrônica).
>
> A assinatura eletrônica, em sua modalidade 'assinatura digital', com uso de parâmetros criptográficos assimétricos ('chaves' eletrônicas de cifragem e decifragem) que preencham mínima e aceitável garantia de segurança - nos moldes das infraestruturas de encriptação, públicas e privadas, que começaram a ser editadas após a Medida Provisória 2.200-2/01 - torna-se, em suma, condicionador de validez mínima e indispensável do 'meio eletrônico'.
>
> Por ela, são cifrados os dados eletrônicos tanto para o percurso - para o tráfego, a partir da origem da emissão do sinal (do equipamento-computador-servidor da rede de origem) ao destino (ao equipamento-computador-servidor da rede de destino) - quanto para a identificação da origem (a assinatura digital propriamente dita).
>
> Sem a criptografia, os dados eletrônicos são simplesmente codificados. Não são cifrados. Trafegam, por isso, 'abertos', isto é, 'caminham', 'andam', por amplos percursos de redes telemáticas e circuitos, com seus inúmeros nós da interconexão, indo de um ponto ao outro, conduzidos, só, pelos

códigos binários com que definidos os picos da rede eletrônica (os *bits*), sem o resguardo, adicional, da origem e sem a proteção da integridade quanto ao tráfego.
A inovação - legislativa e tecnológica (Lei 11.419/2006).
Tudo isso não está sendo dito por exclusivo exercício de fundamentação de uma dada convicção pessoal ou, diria, até, personalíssima, de certo aspecto do julgamento.
Nem se assenta em busca isolada de alvo de apreciação dotado de aspectos puramente tecnológicos.
Não.
A despeito de tecnológicos - ressalve-se, quanto a isso, que eles moldam, a rigor, o fato nuclear da motivação externada no despacho agravado -, os aspectos citados derivam, hoje, de lei, aliás, de lei expressa; aliás, ainda, de uma das mais relevantes inovações brasileiras consubstanciadas em lei (nova).
Trata-se da Lei (federal) nº 11.419/06, que, editada em 20.12.2006, cumpriu *vacatio legis* (de 90 dias), atingindo seu marco de eficácia em 20.03.2007; completa, já, o seu primeiro ano de plena aplicabilidade.
LIP - Lei de Informatização do Processo Eletrônico - com seus 4 capítulos e 22 artigos - a nova Lei nº 11.419/06 altera 12 disposições do CPC.
Essas disposições (alteradas) do CPC atingem o processo total ou parcialmente eletrônico (vale dizer, mesmo o processo em papel com atos eletrônicos), visto que a lei nova institui possibilidade da prática de atos eletrônicos - o emprego jurisdicional do 'meio eletrônico' - nos processos formados 'por papel'.
Por sua larga abrangência - contida, já, na abertura de seu art. 1º, segundo o qual passa a dispor '[...] indistintamente [...]' sobre '[...] os processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição [...]', a Lei nº 11.419/06 forja campo para a atuação de seu espectro normativo.
Não se exclui dela, de seu alcance disciplinador, um só trâmite, uma só *specie*, ou qualquer das instâncias judiciais nacionais, a que alude. Ao contrário, estão todas, isonomicamente consideradas, inseridas no âmbito de seu poder legiferante.
A par de constituir norma geral - na exata medida em que abrange toda a jurisdição brasileira, todas as instâncias, indistintamente, para a temática do processo (integral ou parcialmente) eletrônico - a Lei nº 11.419/06 contém disposições especiais, aliás, especialíssimas, que afetam, diretamente, a disciplina, a ela anterior, do processo civil.
Como lei geral-processual, de porte e nível hierárquicos equivalentes aos das demais normas processuais-ordinárias (lei ordinária que também é), a Lei nº 11.419/06 motiva o exame da possibilidade mesmo de conflito intertemporal de leis.
Não há, entretanto, esta colidência quanto ao tratamento do 'meio eletrônico' frente às regras, então vigentes sobre o mesmo assunto, já aportadas, anteriormente, ao CPC.
Ao contrário, aquelas - porque anteriores - se especializaram e se integraram, agora, em razão do nítido efeito complementar, por estas, na medida em que, sendo, a um só tempo, posteriores e especilizantes do mesmo *thema* (o 'meio eletrônico' processual), os disciplinamentos da lei nova (Lei nº 11.419/06) estendem ao casuísmo das espécies que elenca a normatização anterior, fixada por gênero.
O fenômeno - da integração da Lei nº 11.419/06 ao CPC (que recebe toda a dezena de modificações tópicas por ela promovidas) - provoca a necessidade de interpretação, agora, sistêmica, integrada, dos disciplinamentos de um e outro diploma, sobre o mesmo *thema* que passaram a disciplinar complementarmente (o 'meio eletrônico').
Normas processuais que são, aplicam-se, instantaneamente, aos processos em curso, pelo que nem sequer se poderá afastar, da espécie presente, a análise normativa desta lei nova.
Diz, a esse respeito, o art. 2º da LICC:
'Art. 2º [...]
§ 1º [...]
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.'
Não tendo a lei nova (Lei nº 11.419/06) adotado revogação expressa ('cláusula de revogação') da norma anterior, ou tacitamente inibido quaisquer disposições do CPC por ela mesma não alterada, tem-se que, pela diretriz do art. 2º da LICC, estão integrados (a partir de 20.03.2007) os dois diplomas.
João Franzen de Lima (in *Curso de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 128-129, 1984):
'Essa disposição não é senão um aspecto do princípio geral, segundo o qual, não havendo incompatibilidade entre a lei posterior e a anterior, permanecerá esta em vigor. Desde que as disposições gerais ou especiais não colidam com outras já existentes sobre o mesmo assunto, não haverá revogação nem modificação das anteriores; ao contrário, harmonizam-se e completam-se. As disposições gerais ou especiais anteriores vigorarão ao lado das novas disposições, cada qual regendo o aspecto particular de que se ocupa. A disposição de caráter especial não atinge a lei de caráter geral para revogá-la ou modificá-la, porque apenas abre uma exceção à regra geral. Ela irá regular tão somente o caso que especifica, sem contrariar as disposições gerais anteriores, que continuarão a vigorar'.
Desse modo, e na medida em que o CPC, no trato da penhora '[...] de dinheiro em depósito ou aplicação financeira [...]', estatui não mais que uma possibilidade de adoção (preferencial) do '[...] por meio eletrônico [...]' para a requisição, abstendo-se, no regramento específico, do art. 655-A, de fixar condições ou quesitos específicos (de segurança, em especial, e de configuração fática) da realidade instrumental (o '[...] meio eletrônico [...]') prevista, hão de ser aqueles remissivamente detectados. A remissão haverá de ser feita, então, à lei nova integrativa (Lei nº 11.419/06).
Diz ela sobre o emprego do '[...] meio eletrônico [...]' na atividade jurisdicional-estatal (sublinhamos a disciplina aplicável ao caso presente):
'Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.
§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.
§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:
I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;
III - assinatura eletrônica com as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:
a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.
Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no

Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.
Se, assim, o '[...] uso do meio eletrônico [...] na comunicação de atos [...] será admitido nos termos desta lei [...]', se, por 'meio eletrônico', manda a norma seja considerada toda e '[...] qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais [...]', se, por '[...] assinatura eletrônica [...]' se deve compreender, a partir de agora, as aglutinadas '[...] formas de identificação inequívoca do signatário [...]', e, por último, com ênfase, se a lei não concebe e não permite a prática de quaisquer atos processuais sem o emprego de '[...] assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei [...]', tem-se forçosamente:
a) que a requisição judicial - vale dizer, a jurisdição de ordenação estatal da remessa de dados públicos ou privados, como via de instrução processual - demanda, se usado, como sua matriz física, o 'meio eletrônico', o emprego de 'assinatura eletrônica' que assegure a identificação inequívoca do signatário;
b) que a assinatura eletrônica, em sua *specie* 'assinatura digital', deverá ser implementada, fisicamente, ou, faticamente baseada, com uso de '[...] certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica [...]'.
Não é só. Diz ainda a Lei nº 11.419/06 - agora quanto à comunicação eletrônica dos atos processuais, ou, daqueles que transitem de órgãos do Poder Judiciário a outros órgãos de outros Poderes, como, *in casu*, do juízo da execução ao estabelecimento do Banco Central do Brasil (o aspecto constitui tema do Capítulo II da lei), e, ainda, quanto ao Processo Eletrônico (parcial ou total - Capítulo III):
'Art. 7º As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico.
Art. 8º [...]
Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.
[...]
Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.
§1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.
[...]
Art. 13. O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.
§ 1º Consideram-se cadastros públicos, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes ou que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresas privadas, os que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante.
[...]
Art. 20. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 154. [...]
Parágrafo único. (Vetado).
§ 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. (NR)
Art. 164. [...]
Parágrafo único. A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. (NR)
Art. 169. [...]
§ 1º É vedado usar abreviaturas.
§ 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.
Art. 365. [...]
V - os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;
VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização'.
A exigência de assinatura eletrônica - particularmente, o emprego de assinatura digital, quando eletrônico 'o meio' de que se vale a ordem ou o implemento do ato judicial (este, que, por sua vez, não depende de forma determinada 'senão quando a lei expressamente a exigir' (art.154/CPC) - não constitui, aliás, novidade da Lei nº 11.419/06, pois introduzida, no CPC, anteriormente a ela, pela própria Lei nº. 11.280/06, que adicionou o parágrafo único ao art. 154/CPC, tornando-o expresso a respeito - *in verbis*:
'Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.
Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006).
[...]
§ 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006)'.
A disposição, no entanto e porque expressamente remissiva (agora, à 'Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira-ICP-Brasil'), não poderá ser implementada sem observância da MP-2.200-2/01, que, instituindo a ICP-Brasil, define a 'piramidal estrutura' de certificação (criptográfica) brasileira, realizável somente por pré-credenciamento público-estatal das respectivas entidades registradoras e certificadoras.
O 'certificado' digital - expressão de origem técnica, da TI - Tecnologia da Informação - deverá, portanto, expressar não só um certo padrão criptográfico de segurança mínima da informação eletrônica, mas ver-se 'expedido' (instalado computacionalmente) por empresa publicamente delegatária desta missão. É o que se poderá conferir do disciplinamento do tema, na própria MP 2.200-2/01.

Vale dizer, sem o emprego destes itens de sequencial condicionamento, ou, mais especificamente, da assinatura digital - certificada nos termos da MP 2.200-2/01 (por entidade pré-e-formalmente credenciada pela ICP-Brasil), realizada com uso de recurso criptográfico de padrão mínimo - o ato processual-eletrônico se inviabiliza, nulifica-se, *ex radice*, frente a ambos disciplinamentos: ao anterior (art. 154/CPC) e ao novo (Lei nº 11.419/06).

Não é, aliás, por outra razão que a assinatura eletrônica, em sua modalidade 'assinatura digital', passa, agora - com a edição da recente Lei nº. 11.419/06 (LIP - Lei de Informatização do Processo Eletrônico) - a validar, como *conditio sine qua non*, a formação do próprio processo eletrônico integral (sem uso do papel).

Os *hashes* - as cópias-resumo dos algoritmos criptográficos empregados na encriptação dos dados (na assinatura digital dos arquivos enviados e recebidos) - constituem, em suma, indispensável instrumento de rastreamento físico-lógico, portanto, possível tecnologicamente falando, da origem e da autoria do envio/recebimento da ordem judicial, face ao fato de que permanecem arquivados-armazenados nos equipamentos de banco de dados das redes envolvidas no ato.

Usam, já, deste mesmo recurso de criptografia assimétrica para assinatura e tráfego de documentos eletrônicos o sistema bancário, as atividades telemédicas e outras nas quais empregados meios eletrônicos para tráfego de dados sensíveis.

Pois as atividades do Poder Judiciário, sobretudo as que envolvam sua atividade-fim na ruptura do sigilo bancário, fiscal, comunicativo - garantidos que são por normas legais e constitucionais severas - não podem prescindir do recurso desta modernidade eletrônica, para emissão de seus comandos.

Por tudo isso, e sob uma dupla ótica da questão - tecnológica (ou lógico-essencial) e legal - sem ele, sem o seu emprego, deixa de ser, para nós, preferencial a via eletrônica para o cumprimento da ordem requisicional.

O receio da atuação de *hackers* se solidifica e cresce exponencialmente, na proporção do crescimento das estatísticas, hoje públicas e notórias, dos ataques cibernéticos a redes corporativas as mais sólidas e pré-definidas em termos de segurança da informação. Esses ataques têm, infelizmente, posicionado o Brasil em registros de destaque dos países, no mundo, que mais se sujeitam a crimes cibernéticos.

Sem uma legislação própria, especial, penalisadora-criminal dos fatos inovadores que pululam no mundo cibernético, a ameaça à higidez do tráfego de sinais por redes de telecomunicações deixou de ser, há muito, um fantasma, um espectro hipotético; é algo real, palpável, tangível, ocorre diariamente, o que determina que o Poder Judiciário não conviva, na segurança que deve prestar ao destinatário de seus serviços, com riscos desse matiz para o emprego de suas determinações através do meio eletrônico.

Noutro modo de dizer, sem uso do recurso criptográfico de mínima aceitação tecnológica, da assinatura digital e da proteção-cifragem para o tráfego, o sinal eletrônico que contenha dado de requisição judicial se destitui de garantia mínima contra a possibilidade (que é hoje real) da intercessão, da apropriação, manipulação e alteração eletrônicas.

O convênio público, Bacen-Jud, não prevê e não institui o emprego deste imprescindível recurso (criptográfico), a assegurar, no estrito cenário que a lei agora impõe: que as ordens judiciais partidas das máquinas dos magistrados do Judiciário/MG trafeguem, aos equipamentos de destino - da rede do Banco Central do Brasil - sob encriptação; o contrário ocorre, por exemplo, com as requisições a serem admitidas, agora, ao sistema eletrônico da Receita Federal, recém-instituído, que prevê e exige implemento do recurso criptográfico para seu atendimento (da ruptura do sigilo fiscal).

Não bastasse tudo isso, tenho, ainda, que não compete ao juiz da causa diligenciar sobre a existência ou não de bens penhoráveis do devedor/agravado, ou onde estão localizados os referidos bens, pois tal atividade cabe ao exequente, o qual deverá se desincumbir desse ônus.

Somente excepcionalmente, quando frustradas as diligências a cargo do exequente, pode o juiz de direito promover requisições a órgãos públicos e entidades paraestatais com o fito de obter informações sobre o paradeiro e possíveis bens do devedor.

Trata-se, a meu sentir, de atuação supletiva do magistrado, cabível, extraordinariamente, quando as diligências realizadas pela parte resultarem infrutíferas ou foram inviabilizadas, conforme o caso retratado nos presentes autos.

Assim, pelos fundamentos expostos, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu o bloqueio *on-line* de valores depositados em conta bancária.

Conclusão.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter incólume a interlocutória.

Custas recursais, pelo agravante, suspensa a exigibilidade, contudo, por força da Lei nº 14.939/03.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Termo de confissão de dívida - Contrato de adesão - Relação de consumo - Não configuração - Cláusula de eleição de foro - Validade

Ementa: Direito processual civil. Ação de execução. Termo de confissão de dívida. Contrato de adesão. Relação de consumo. Não configuração. Cláusula de eleição de foro. Validade.

- "O elevado porte dos negócios realizados entre as partes e o 'conteúdo econômico da demanda' não autorizam presumir a falta de conhecimento técnico e informativo da cláusula de eleição do foro, ou mesmo a dificuldade de acesso ao Judiciário" (REsp 300.340/RN), afastando a configuração, de *per si*, de contrato de adesão, e, com efeito, desautorizando o reconhecimento, de ofício, de nulidade da cláusula de eleição de foro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.778067-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Alesat Combustíveis S/A - Agravado: M. Murakami Comércio de Combustíveis Ltda., Mário Hidemi Murakami, Marcia Sumiko Kanekiyo - 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 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 AO RECURSO

Belo Horizonte, 24 de março 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 execução aparelhada em termo de confissão de dívida assinado por duas testemunhas, com cláusula elegendo foro competente a comarca de Belo Horizonte/MG. O MM. Juiz de Direito, sustentando que o título executivo extrajudicial é contrato de adesão que reflete relação de consumo, reconheceu, de ofício, a nulidade da cláusula de eleição de foro, declinando da competência para a comarca de Uraí/PR, foro de domicílio dos réus.

Contrato de adesão é "aquele em que uma das partes estipula previamente as cláusulas, e a outra parte, denominada aderente, tem como alternativa aceitá-las ou rejeitar o contrato" (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). CAMARGO S. Mário de. *Código Civil interpretado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 337, art. 423), circunstância que, nos autos, não está provada.

O título executivo extrajudicial decorre de "operações de compra e venda de derivados do petróleo" (f. 36-TJ), sendo que a credora (agravante) tem por objeto "a compra, armazenagem, venda e distribuição" de derivados de petróleo, pelo que, por óbvio, a executada (agravada) desenvolve atividade de comercialização varejista desses produtos.

O contexto fático em que celebrado o contrato não evidencia o campo próprio dos contratos de adesão ou por adesão, dada a inexistência de hipossuficiência técnica ou financeira a submeter a vontade do suposto "aderente" a cláusulas contratuais predispostas, afastando, com efeito, prejuízo para sua defesa, situação que impossibilita o reconhecimento de ofício de nulidade de cláusula de eleição de foro, nos termos do artigo 112, parágrafo único, CPC.

É, *mutatis mutandis*, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça no seguinte arresto:

> Processo civil. Exceção de incompetência. Validade de cláusula de eleição de foro estabelecida entre concessionária e montadora de veículos. Precedentes da 2ª seção. 1. Consoante orientação pacificada na 2ª Seção desta Casa, "a cláusula do foro de eleição, constante de contrato de adesão, de consignação mercantil, firmado entre empresa montadora de veículos e sua concessionária (distribuidora/vendedora), é eficaz e válida e apenas deve ser afastada quando, segundo entendimento pretoriano, seja reconhecida a sua abusividade, resultando, de outro lado, a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário (Resp n.º 827318/RS). 2. No caso, o elevado porte dos negócios realizados entre as partes e o 'conteúdo econômico da demanda' não autorizam presumir a falta de conhecimento técnico e informativo da cláusula de eleição do foro, ou mesmo a dificuldade de acesso ao Judiciário. 3. Recurso conhecido e provido (REsp 300.340/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 18/09/2008, *DJe* de 13/10/2008).

Vale ressaltar que o negócio jurídico entabulado entre as partes não revela situação que enseja a proteção do Código de Defesa do Consumidor, a uma porque não caracterizada a hipossuficiência, conforme acima delineado; a duas porque, no caso, não se identifica a utilização do produto no final da cadeia de produção, mas sua integração ao objeto da atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Ação anulatória de débito. Fornecimento de energia elétrica. Inversão do ônus da prova. Inexistência de relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Súmula 7/STJ. Recurso incapaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Agravo desprovido. 1. Quando o acórdão recorrido decidir a controvérsia com base no conjunto fático-probatório constante dos autos, torna-se inviável reexaminar as referidas provas, em sede de recurso especial, em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 916.939/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 04/11/2008, *DJe* de 03/12/2008).

> Processo civil e consumidor. Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo. Mandado de segurança. Cabimento. Agravo. Deficiente formação do instrumento. Ausência de peça essencial. Não conhecimento. Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. [...] - Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à

empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade em que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A "paridade de armas" entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido (RMS 27.512/BA, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 20/08/2009, *DJe* de 23/09/2009).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada.

Custas recursais pelo agravante, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Direito à saúde - Vaga em CTI - Internação regulada pelo Estado - SUS Fácil - Requerimento do Município - Omissão do Estado - Paciente internado em Pronto Atendimento Municipal (PAM) - Ilegitimidade ativa ad causam - Procuradoria do Município - Representação do paciente - Impossibilidade

Ementa: Vaga em CTI. Internação regulada pelo Estado. Requerimento do Município através do SUS Fácil. Omissão do Estado. Paciente internado em Pronto Atendimento Municipal (PAM). Ilegitimidade ativa *ad causam*. Impossibilidade de a Procuradoria do Município representar o paciente.

- É o Município parte ilegítima para, judicialmente, requerer para paciente que se encontra internado em Pronto Atendimento Municipal vaga em unidade hospitalar com centro de terapia intensiva (CTI) administrada pelo Estado.

- Ao Município cumpre apenas informar a necessidade da internação via sistema SUS Fácil.

- Legitimidade ativa do paciente para requerer do Estado vaga em CTI.

- Impossibilidade de a Procuradoria do Município representar paciente que se encontra internado em PAM, visto que lhe compete, tão somente, representar o Município judicial e extrajudicialmente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0456.10.000578-8/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: Município de Oliveira - Apelado: Estado de Minas Gerais - Litisconsorte: José Antônio da Silva - 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 Edivaldo George dos Santos, 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 março de 2010. - *André Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Oliveira em face da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Maria Beatriz de Aquino Gariglio, da 2ª Vara da Comarca de Oliveira, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

Sustenta o apelante a necessidade de reforma da sentença, ao argumento de que ingressou em juízo a fim de que fosse o Estado de Minas Gerais compelido a promover a internação do paciente José Antônio da Silva, que até então estava sob os cuidados médicos do recorrente; que não se trata de pleitear direitos de terceiro, haja vista que o procedimento a ser adotado pelo apelante consiste em acionar o Estado de Minas Gerais quanto à necessidade de vaga para internação em CTI; que o gestor estadual do SUS é quem determina quais os pacientes são internados ou não; que, para tanto, mantém o sistema SUS Fácil, que interliga as Unidades de Saúde ao setor de regulação da Secretaria de Estado da Saúde; que em vários casos o Estado de Minas Gerais se omite, não disponibilizando a internação; que como cogestor do SUS pleiteia o cumprimento da legislação por parte do gestor estadual; e que o atendimento universal e gratuito, assim como o princípio da igualdade de atendimento aos necessitados estão previstos na Constituição da República.

Requer, assim, a reforma da sentença, para afastar a ilegitimidade passiva, determinando o normal prosseguimento do feito.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

No entanto, entendo que não assiste razão ao apelante, haja vista que, de fato, não se vislumbra a indispensável legitimidade *ad causam* do ora apelante.

Ora, extrai-se dos autos que pretende o Município de Oliveira, ora apelante, por meio da presente ação, assegurar ao seu paciente José Antônio da Silva vaga em hospital que possua Centro de Terapia Intensiva, em razão do seu diagnóstico de acidente vascular cerebral isquêmico.

Ao sustentar sua legitimidade, diz o apelante que, ao contrário do sustentado pelo Juízo monocrático, cuida-se de legitimação ordinária, e não extraordinária, haja vista que, como cogestor do SUS e responsável apenas em prover a assistência básica da população, deve informar o gestor estadual quanto à necessidade de vaga para internação em CTI, haja vista ser este quem regula as citadas internações.

Ocorre que o fato de o Município em tela ser cogestor do SUS e responsável pela manutenção da saúde básica de seus cidadãos não lhe confere legitimidade para acionar o Estado de Minas Gerais para que este disponibilize vaga em CTI para a internação de determinado paciente.

Ora, o titular do direito à saúde - bem que se procura tutelar na presente lide - é o próprio paciente que pretende ter uma vaga no CTI.

Dessa feita, quem possui legitimidade para estar em juízo é o próprio paciente, titular, também, do direito material.

E, conforme afirmado pelo próprio Município ora apelante, não se trata, *in casu*, de hipótese de legitimação extraordinária.

De se ressaltar, na oportunidade, que "somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo".

Ao Município cumpria tão somente informar ao Estado a necessidade de internação em unidade hospitalar com Centro de Terapia Intensiva através do sistema disponibilizado para tanto, ou seja, através do SUS Fácil, sendo que a este (Estado) cumpria disponibilizar a vaga dentro de suas possibilidades, de acordo com a ordem de requerimentos e observando-se a urgência do caso.

Em caso de demora injustificada, cumpria ao próprio paciente recorrer ao Judiciário a fim de ser observado seu direito à saúde e ao atendimento imediato.

Sem embargo, frise-se que à Procuradoria Municipal cumpre representar o Município judicial e extrajudicialmente, não lhe competindo assistir parte hipossuficiente que se encontra sob os cuidados do Município, sendo tal competência da Defensoria Pública do Estado.

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

O Município de Oliveira está isento do pagamento de custas, nos termos do art. 10 da Lei nº 14.939/03.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Veículo novo - Aquisição - Vício de fabricação - Defeitos na pintura - Relação de consumo - Fabricante e revendedor - Responsabilidade solidária - Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor - Incidência - Solução do problema - Tentativa do réu - Recusa injustificada da autora - Pedido de substituição do produto - Impossibilidade - Voto vencido

Ementa: Aquisição de veículo novo. Vício de fabricação. Defeitos na pintura. Relação de consumo. Responsabilidade solidária do fabricante e do revendedor. Incidência do art. 18 do CDC. Tentativa do réu de solucionar o problema dentro do prazo de 30 dias. Recusa injustificada da autora. Pedido de substituição do produto. Impossibilidade. Sentença mantida.

- Tanto o fabricante como o comerciante, em contratos de compra e venda de bens móveis, mormente em negócios realizados à luz da legislação consumerista, respondem solidariamente pela qualidade do produto vendido (art. 18 do CDC).

- De acordo com o art. 18 do CDC, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor não pode exigir a troca do produto, pois o fornecedor tem esse prazo para reparar o produto e entregá-lo em perfeito estado para o consumidor.

- Não há que se falar em responsabilidade do fornecedor em substituir o produto que apresentou certos vícios, quando não lhe é dada a oportunidade de saná-los, ante a recusa, injustificada, da autora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0012.04.001376-0/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelante: Selma Albarez Arantes - Apelado: Renoville Ltda. - 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 Kupidlowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Wander Paulo Brasil Pinto.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI (Presidente) - Wander Paulo Brasil Pinto apresenta petição datada de hoje, juntando instrumento de substabelecimento do primitivo procurador da firma Renoville Ltda., ora apelada, e requerendo o adiamento para efeito de sustentação oral na próxima sessão, juntando o instrumento de substabelecimento, substabelecimento este dado com reserva.

Os primitivos procuradores da autora são todos residentes em Aiuruoca, e o advogado requerente residente nesta Capital.

Então, o motivo do pedido de adiamento é em razão da sustentação oral, repisando a V. Ex.as que o pedido é desta data, 25 de fevereiro, bem como o substabelecimento também que é da presente data.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Sr. Presidente, V. Ex.ª, como Relator, não se manifestaria primeiro, não?

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Eu me reservo, como Relator, o direito de dar o voto final.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Sr. Presidente, seguindo o entendimento que esta Câmara vem mantendo, quando há outros procuradores nos autos, entendo que não se justifica, ainda que eles residam fora da comarca.

A pauta foi publicada no prazo legal; então, eles teriam que ter diligenciado no sentido de fazer esse substabelecimento a tempo e modo.

Por mim, indefiro o pedido.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Sr. Presidente, V. Ex.ª muito bem disse que é com reserva. Então, os outros procuradores estão habilitados a sustentar.

Se fosse sem reservas e com exclusividade só para sustentação, eu até deferiria o adiamento.

Acompanho a Des.ª Cláudia Maia.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI (votando como Relator) - Os autos demonstram que o procuratório foi dado a seis advogados. O substabelecimento realizado ao Dr. Wander Paulo Brasil Pinto pelo Dr. José Carlos Nogueira da Silva Cardilo foi feito com reserva de poderes e sem especificar expressamente o motivo do mesmo, ou seja, a alegada sustentação oral.

Por outro lado, verifica-se que tanto a petição como o substabelecimento são apresentados nesta data, ou seja, na mesma data em que ambos os instrumentos foram elaborados.

Havia tempo e modo para que o primitivo procurador da firma apelada fornecesse o substabelecimento ao nobre causídico Dr. Wander Paulo Brasil Pinto e havia tempo e modo para que o Dr. Wander juntasse esse substabelecimento e esse pedido muito bem antes da presente data desta sessão.

Com essas singelas considerações, também indefiro o pedido de adiamento.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Contra uma sentença que, na Comarca de Aiuruoca - Vara Única -, julgou improcedentes os pedidos iniciais de substituição do produto por vício de qualidade e indenização por danos materiais e morais, surge o apelo interposto pela autora, Selma Albarez Arantes, sustentando que adquiriu um veículo marca Renault, zero quilômetro, junto ao ora apelado; todavia, o automotor apresentou rachaduras na pintura externa, sendo que a revendedora não se prontificou a cumprir nenhuma das determinações constantes no art. 18 do CDC.

Para resguardar o patrimônio do consumidor, a Lei Consumeirista dispõe que os fornecedores, incluídos os fabricantes e os comerciantes, respondem, solidariamente, perante os consumidores, pelos vícios de qualidade ou quantidade do produto, independentemente da existência de vinculação contratual, já que a relação jurídica de consumo não pressupõe o contrato, que pode ou não haver entre o fornecedor e o consumidor final destinatário.

O dever de reparação, segundo a norma constante no art. 18 do CDC, surge com a ocorrência do vício de qualidade que torne o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, ou que lhe diminua o valor, in *verbis*:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

É importante observar que dentro do prazo de 30 (trinta) dias o consumidor não pode exigir a troca do produto, pois o fornecedor tem este prazo para reparar o produto e entregá-lo em perfeito estado ao consumidor.

No caso em comento, analisando os autos, verifico que a autora notificou a concessionária ré acerca do problema apresentado em seu veículo, em 05.10.01, como se infere às f.15/16.

Ato contínuo, a ré, em 16.10.01, reconhecendo o problema na pintura do automotor, se prontificou a sanar o vício; todavia, tal medida não fora autorizada pela autora, bastando verificar à f. 21.

Ora, o argumento de abertura do inconformismo, qual seja de que a empresa não se prontificou a solucionar o problema, choca-se com o que restou constatado durante o processo, principalmente pelo certificado de controle juntado aos autos pela própria autora, o qual comprova a tentativa do apelado de sanar o vício, valendo a transcrição:

> Constatamos leves trincas nas junções do teto, na aplicação de kpo, as quais estão enquadradas em garantia pela Renault do Brasil. O cliente recusou em aceitar a correção, através de repintura original, decidindo recorrer aos direitos do Código de Defesa do Consumidor (f. 21).

Os documentos anexados aos autos confirmam o aparecimento de defeitos na pintura do veículo; entretanto, também confirmam que a autora obstou a tentativa do réu de solucioná-los a tempo e modo, conforme lhe autoriza o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, conforme bem asseverado pelo Julgador singular, não há que se falar em responsabilidade do fornecedor em substituir o veículo viciado, quando não lhe é dada a oportunidade de saná-los, ante a recusa, injustificada, da autora.

Portanto, não merecem guarida as alegações da apelante, devendo, assim, prevalecer a decisão primeva, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Com o exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pela apelante.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Acompanho integralmente o Relator.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Peço vênia ao ilustre e operoso Relator, Desembargador Francisco Kupidlowski, para divergir do seu posicionamento, ante as razões seguintes.

Trata-se de uma ação ordinária proposta pela parte apelante, em que a mesma pretende a substituição do veículo "zero quilômetro" adquirido junto à parte apelada, em razão dos defeitos averiguados no bem, especialmente em sua pintura.

A sentença proferida julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que não foi conferida ao fornecedor a oportunidade para resolver o vício constatado no prazo de 30 (trinta) dias, sendo certo que o voto do ilustre Relator agasalhou a referida tese.

Entretanto, vejo que essa questão não foi abordada pela contestação apresentada às f. 33/38, sendo certo que a parte apelada não levantou em sua defesa a referida matéria. Pelo contrário, pelo que consta da defesa apresentada, a parte apelada foi clara e precisa ao afirmar: "Cumpre advertir que os supostos danos causados na pintura do veículo da autora são oriundos de fábrica e não de serviço de reparação ou manutenção" (f. 34).

E ainda:

> [...] quem lançou no mercado um carro com defeito de qualidade foi a fabricante pelo que a concessionária apenas serviu de revendedora. Todavia a autora, ao reclamar frente à concessionária/ré referido vício, essa utilizou-se de todas as alternativas que estavam ao seu alcance para tentar solucionar o problema do consumidor, inclusive fornecendo um veículo reserva, pelo prazo de 30 dias enquanto o carro da requerente estava sendo vistoriado. Isso é perceptível quando a autora diz na inicial que foram realizados os reparos necessários pela concessionária; todavia, como o problema é de fabricação, ou seja, falha na pintura, não há como a concessionária responder por prejuízos aos quais não deu causa (f. 36).

E, por fim:

> De outra feita, segundo reza o artigo 18 § 1º do CDC, o consumidor poderá escolher alternativamente entre substituir o produto por outro da mesma espécie ou restituição imediata do produto por outro da mesma espécie, ou abatimento proporcional do preço (f. 37).

Enfim, consoante se infere da contestação apresentada, a parte apelada não levantou em sua defesa a necessidade de concessão do prazo para que a mesma pudesse solucionar o problema. Ao contrário, resta claro e expresso na defesa que a parte apelada se indispôs a reparar o vício, sob a alegação de que não fora ela quem deu causa.

Assim, vejo que o Juiz *a quo* decidiu contrariamente à matéria da inicial e da defesa apresentada, com base em fundamentos outros estranhos à lide formada, visto que, reitero, a parte apelada não reconheceu em sua defesa a possibilidade de reparar o dano.

Logo, a simples indisposição da parte apelada para reparar o dano, consoante se infere da própria contestação apresentada, por si só, é suficiente a embasar a procedência do pedido inicial.

De outro norte, ainda que a parte apelada tivesse levantado em sua defesa a necessidade do prazo para sanar o vício, ainda assim vejo que a sentença deveria ser modificada. Senão vejamos.

Trata-se da compra de um veículo "zero quilômetro", em que se supõe estar o consumidor adquirindo um automóvel em perfeito estado, sem qual-

quer necessidade de reparação, principalmente no que se refere à pintura do veículo.

Ora, sendo assim, constatado o vício justamente na pintura do veículo, a reparação que seria possível é a repintura do bem. Assim, não vejo a reparação do vício apontado como atendimento ao direito do consumidor. Uma coisa é adquirir um veículo novo, "zero", cuja pintura se pressupõe ser única, original e de fábrica, e outra é adquirir um veículo, também novo e "zero", porém sabedor de que o mesmo fora todo pintado novamente. Enfim, quem adquire um veículo "zero quilômetro", tem o direito de adquirir o bem com a pintura original, sem qualquer necessidade de reparo, valendo a citação jurisprudencial:

> Indenização. Automóvel novo. Defeito na pintura. Direito de reclamar. Preliminar de decadência. Rejeição. Restituição do preço pago. Incidência do art. 18, § 1°, II, do CDC. Procedência. Danos morais. Inocorrência. Indenização indevida. - Defeito na pintura de veículo novo, havido pela perícia oficial como constatável sob a incidência direta da luz solar, constitui defeito oculto. Assim, segundo delimitação do art. 26, II, § 3°, do CDC, não há falar em decadência do direito de reclamar a restituição do preço se o ingresso em juízo se deu a menos de noventa dias da verificação do defeito. O adquirente de automóvel novo, portador de defeito na pintura, não está obrigado a concordar com a sua repintura, se esta forma de reparo do defeito implicar, como admitiu a perícia, a desvalorização comercial do veículo. A frustração comercial sofrida por adquirente de automóvel com defeito não pode ser alçada ao plano da dor moral, ainda que cada pessoa reaja diferentemente aos impactos de negócios malfeitos, se, a rigor, não se pode afirmar ter sido ele ludibriado em sua boa-fé, ou alcançado, em virtude de uma ação danosa, por uma dor psicológica irresistível, com sede em valores morais de honorabilidade, reputação, respeitabilidade e afetividade. (Processo: 2.0000.00.453216-3/000, TJMG, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos).

Fazendo jus a parte apelante à substituição do veículo, na forma do pedido, impõe-se também reconhecer o direito à indenização por danos morais, visto que a parte apelante teve a sua alegria, própria de quem adquire um veículo zero quilômetro, substituída pela tristeza decorrente da sua boa-fé ludibriada pela parte apelada. Em que pese a jurisprudência apresentar entendimentos controvertidos, estou a me filiar ao entendimento daqueles que entendem pela ocorrência do dano moral, valendo a transcrição jurisprudencial:

> Indenização. Vício do produto. Automóvel. Manchas de pintura. Prova. Dano moral. - Configuram vício do produto manchas de pintura localizadas no capô e no teto, causadas por defeito grave de fabricação ocorrido durante o processo automatizado de pintura da carroceria. É fato gerador de dano moral a aquisição de veículo novo com defeito de fabricação (Processo: 2.0000.00.445272-6/000, TJMG, Rel. Des. José Flávio de Almeida).

Frente a tais razões, com especial atenção pela fundamentação constante da sentença não corresponder aos termos da contestação apresentada, estou a dar provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença e condenar a parte apelada à substituição do veículo por outro de mesma marca, "zero quilômetro", em obrigação a ser cumprida no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de incidência de multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), que ora fixo, bem como condenar a parte apelada ao pagamento de indenização por danos morais, cujo valor ora arbitro em R$ 7.000,00 (sete mil reais), corrigido monetariamente a partir da fixação, com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir do ilícito praticado (data da compra), conforme se apurar. Em face da reforma da sentença, condeno a parte apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

...

Indenização - Ilicitude em programa televisionado - Dano moral - Competência territorial - Foro do domicílio do autor - Possibilidade - Art. 100, inciso V, alínea *a*, do CPC

Ementa: Indenização por ato ilícito. Dano moral. Ilicitude em programa televisionado. Competência territorial. Foro do domicílio do autor. Possibilidade. Inteligência do art. 100, inciso V, alínea *a*, do CPC.

- Para a ação de reparação de dano, no caso de ato ilícito cometido através de programa televisionado ou de emissora de rádio, competente é o juízo do foro do domicílio da parte que se considera ofendida, aplicando-se o disposto no art. 100, inciso V, letra *a*, do Código de Processo Civil.

- Se a ação de indenização por dano moral tiver por fundamento a veiculação, em abrangência nacional, de programa ofensivo a direitos personalíssimos do autor, o foro competente será o local em que se deu o ato ou fato danoso, podendo ser considerado, como tal, o foro de seu domicílio, porque, nessa hipótese, ali se efetivou parte do evento danoso.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0297.08.-007848-0/001 - Comarca de Ibiraci - Agravantes: Antônio Carlos da Silva e outra - Agravada: Rádio Televisão Bandeirantes Ltda. - 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, 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, 9 de fevereiro de 2010. - *Electra Benevides* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Carlos da Silva e Maria Cecília Oliveira do Nascimento contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Ibiraci/MG, que, nos autos da ação de indenização, ajuizada em desfavor de Rádio Televisão Bandeirantes Ltda., julgou procedente a exceção de incompetência oposta pela agravada, determinando a remessa dos autos à Comarca de São Paulo/SP para distribuição e prosseguimento do feito.

Irresignados, insurgem-se os agravantes contra r. decisão, alegando que, de acordo com a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), são assegurados aos usuários de telecomunicação em massa todos os direitos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo a ação de indenização em tela ser processada e julgada na cidade de Ibiraci/MG.

Afirmam que, caso prevaleça a decisão agravada, esta poderá lhes causar um prejuízo de grande monta, uma vez que cerceia o direito dos agravantes do exercício da jurisdição em seu domicílio, ferindo o princípio do devido processo legal.

Pugnam pelo provimento do recurso.

Contraminuta apresentada, às f. 27/29-TJ.

Conforme o despacho de f. 21/22-TJ, o recurso foi recebido apenas no seu efeito devolutivo.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso por estarem presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que os agravantes ajuizaram em desfavor da agravada uma ação de indenização por danos morais, ao argumento de que participaram de um programa veiculado pela emissora de televisão, ora agravada, no qual foram feridos os direitos da personalidade do cônjuge-varão, que foi classificado como homossexual em rede nacional.

Na oportunidade, a recorrida opôs exceção de incompetência do Juízo da Comarca de Ibirací/MG, requerendo o processamento do feito na Comarca de São Paulo/SP, tendo o i. Magistrado *a quo* julgado procedente o pedido, determinando a remessa dos autos à comarca suscitada pela ré.

Dessa decisão é que se recorre.

Cumpre destacar que se mostra indiferente à solução da controvérsia em tela o fato de o Código de Defesa do Consumidor ser ou não aplicável à espécie. Isso porque as próprias normas do Código de Processo Civil autorizam que a demanda tenha curso regular no local de domicílio dos autores, ora agravantes.

O réu é demandado em seu domicílio, segundo a regra geral, mas, em certos casos, em se tratando de competência relativa, comporta deslocar-se para o domicílio do autor a competência territorial, notadamente em se tratando de ação de indenização por dano moral, abrindo a lei oportunidade de o autor demandar no seu próprio domicílio.

Com efeito, dispõe a alínea *a* do inciso V do art. 100 do CPC que:

> Art. 100. É competente o foro:
> [...]
> V - do lugar do ato ou fato:
> a) para a ação de reparação do dano;

Por sua vez, o parágrafo único do referido art. 100 do CPC reza que: "Nas ações de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato".

Diante das normas inseridas nos referidos dispositivos, pode-se concluir, primeiramente, que elas indubitavelmente apresentam caráter especial, tanto em relação à norma inserida no art. 94 do CPC quanto em relação à norma inserida na alínea *a* do inciso IV do art. 100 do mesmo diploma, visto que se referem especificamente ao caso de ação de reparação do dano.

Logo, se a demanda é de reparação de dano, há que serem aplicadas, ao caso, as normas inseridas na referida alínea *a* do incido V do art. 100 ou o seu parágrafo único.

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

> A ação de reparação de danos tem por foro o lugar onde ocorreu o ato ou o fato, ainda que a demandada seja pessoa jurídica com sede em outro lugar. Prevalência da regra do art. 100, inciso V, letra *a*, do CPC, sobre as dos arts. 94 e 100, inciso IV, *a*, do mesmo diploma (STJ, 4ª Turma, REsp 89.642-SP, Relator Min. Theotônio Negrão. *DJ* de 25.6.96. Pub. no *DJU* de 26.8.96, p. 29.694).

Assim também já se manifestou o extinto TAMG:

> Indenização por ato ilícito. Dano moral. Ilicitude em programa televisionado. Competência territorial. - Para a ação de reparação de dano, no caso de ato ilícito cometido através de programa televisionado ou de emissora de rádio, competente é o juízo do foro do domicílio da parte que se considera ofendida, aplicando-se o disposto no art. 100, inciso V, letra *a*, do Código de Processo Civil. - No domicílio da parte ofendida, a repercussão da ofensa se faz sentir mais intensamente, justificando-se a competência por seu domicílio

(TAMG. AI nº 325.103-8. Relator Des. Valdez Leite Machado. *DJ* de 29.03.2001).

Exceção de incompetência. Ação de indenização decorrente de ato ilícito. Pessoa jurídica. Foro. Domicílio do autor. Art. 100, V, a, parágrafo único, do CPC. Art. 42 da Lei de Imprensa. - Nos termos do parágrafo único do art. 100 do Diploma Processual Civil, as ações de reparação de dano decorrente da prática de delito podem ser propostas no foro do domicílio do autor ou no local do fato, à sua escolha. - A regra do parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil constituiu disposição criada em favor do autor que, se assim o desejar, pode optar pela interposição da demanda no foro do seu domicílio. - Se a ação de indenização por dano moral tiver por fundamento a veiculação, em abrangência nacional, de programa ofensivo a direitos personalíssimos do autor, o foro competente será o local em que se deu o ato ou fato danoso, podendo ser considerado, como tal, o foro de seu domicílio, porque, nessa hipótese, ali se efetivou parte do evento danoso. - O art. 42 da Lei de Imprensa tem aplicação restrita ao processo penal. Recurso não provido (TAMG. AI nº 386.127-0. Relator Des. Pereira da Silva. *DJ* de 04.02.2003).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão proferida em instância primeva, devendo a presente ação de indenização por danos morais ser processada e julgada na Comarca de Ibiraci/MG.

Custas, pela agravada.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES GUTEMBERG DA MOTA E SILVA e ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Procedimento sumário - Simplicidade e informalidade - Regra específica - Apresentação de defesa - Peça autônoma para cada espécie - Dispensa

Ementa: Agravo de instrumento. Rito sumário. Simplicidade e informalidade. Regra específica. Apresentação de defesa. Dispensa de peça autônoma para cada espécie.

- O rito sumário prevê norma específica para a apresentação de resposta pelo réu, orientado por sua finalidade de simplificação e informalidade, dispensando a apresentação de peças autônomas para cada defesa oferecida, podendo o réu inclusive apresentá-las oralmente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.08.264005-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Vânia D'Alva de Campos Simão - Agravado: Condomínio do Edifício Codó - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

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 DEFERIR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA APENAS QUANTO AO PRESENTE RECURSO. DE OFÍCIO, NÃO CONHECER DA CONTRAMINUTA. DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de março de 2010. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vânia D'Alva de Campos Simão contra a decisão interlocutória (f. 125-TJ) proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de cobrança de taxa condominial, movida pelo agravado Condomínio do Edifício Codó, que não conheceu da exceção de incompetência.

A agravante, inconformada com a decisão interlocutória já apontada, em síntese sustentou nas suas razões recursais (f. 02/08-TJ) que o Juízo *a quo* não conheceu de exceção de incompetência, ao argumento de que tal matéria foi suscitada na mesma peça em que apresentada a contestação; que se trata de rito sumário, assim todos os meios de defesa são apresentados na mesma peça em audiência; que há concentração de atos processuais em audiência.

Teceu outras considerações, citou jurisprudência e, ao final, pediu o provimento do recurso, para que seja conhecida a exceção de incompetência suscitada.

O preparo não foi realizado, presente requerimento de gratuidade de justiça nas razões recursais (f. 07-TJ).

No despacho inicial (f. 136/138-TJ), foi deferido o processamento do recurso, sendo atribuído efeito suspensivo ao agravo, devido à presença de seus requisitos legais.

O agravado foi devidamente intimado para responder ao presente recurso no prazo legal (f. 142-TJ). Consta à f. 140-TJ manifestação por cota nos autos do agravado em que requer seja o recurso desprovido.

Pedido de assistência judiciária.

Em análise dos autos, constata-se a ausência de preparo do recurso. Entretanto, a agravante requereu a concessão de assistência judiciária nas razões recursais (f. 07-TJ).

Verifica-se que tal pleito fora formulado em primeira instância (f. 100-TJ), inclusive com a apresentação de declaração de pobreza (f. 107-TJ), não tendo o

Juízo *a quo* se pronunciado quanto à referida questão até o presente momento.

Preenchidos os requisitos legais, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50, defiro a assistência judiciária, apenas para efeito do presente recurso.

Nesses termos, a concessão do aludido benefício no processo é questão a ser apreciada pelo Juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância. Assim, enfatiza-se que a concessão aqui realizada se restringe à isenção de custas relativa ao recurso ora analisado, motivo pelo qual defiro a concessão de assistência judiciária à agravante, tão somente para isentar o preparo do presente recurso, devendo tal benefício no processo ser analisado pelo Juízo *a quo*.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Preliminar de ofício: não conhecimento da contraminuta.

Depreende-se dos autos que o agravado respondeu ao presente recurso através de cota (f. 142v.-TJ).

Entretanto, a resposta ao recurso deve ser realizada por meio de petição, segundo preceitua o art. 527, V, c/c § 2º do art. 525 do CPC:

> V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial.
>
> § 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

Pertinente a lição de Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 903):

> A norma condiciona a retratação à ouvida do agravado. Essa ouvida se caracteriza como verdadeira contraminuta, isto é, contra-razões de recurso, cabendo ao agravado expor os motivos pelos quais entende que deva ser mantida a decisão impugnada.

Dessarte, inobservada a forma prevista em lei para a realização do identificado ato processual, inclusive em ofensa ao art. 161 do CPC, de ofício não conheço da contraminuta.

Inexistindo outras preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Mérito.

A decisão impugnada refere-se ao não conhecimento de exceção de incompetência suscitada na mesma peça que a contestação, sendo pertinente a transcrição de excertos do ato decisório:

"A incompetência relativa deve ser suscitada em separado e não na mesma peça de defesa, razão por que deixo de conhecer da mesma" (f. 125-TJ).

A agravante se insurgiu contra referida decisão interlocutória, salientando que no rito sumário as defesas do réu devem ser apresentadas na mesma peça processual em audiência.

Compulsando os autos, constata-se que assiste razão à agravante.

O procedimento sumário, previsto nos arts. 275 e seguintes do CPC, é dotado de certas especificidades que lhe conferem maior agilidade, informalidade e simplificação, se comparado com o rito ordinário.

Colaciona-se a lição de Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 302):

> O objetivo visado pelo legislador ao instituir o procedimento sumário foi o de propiciar solução mais célere a determinadas causas.
>
> Esse rito apresenta-se, por isso, muito mais simplificado e concentrado do que o ordinário. Quase nem se nota a distinção entre as fases processuais, pois, à exceção da petição inicial, tudo praticamente - defesa, provas e julgamento - deve realizar-se no máximo em duas audiências, uma de conciliação e resposta e outra de instrução e julgamento. Valorizou-se, assim, o princípio da oralidade.

Orientado a tal finalidade, preceitua o art. 278 do CPC:

> Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico.

Depreende-se do supratranscrito dispositivo legal que o oferecimento de resposta pelo réu, em qualquer de suas espécies (art. 297 do CPC), dar-se-á em audiência, na forma escrita ou oral.

Trata-se de regra específica que se sobrepõe à formalidade exigida pelo rito ordinário, teleologicamente direcionada para as finalidades do procedimento sumário.

Em sendo empregada informalidade ao ponto de se permitir até mesmo a apresentação de defesa oral, verifica-se que não subsiste qualquer impedimento a seu oferecimento por petição escrita, sendo inconcebível que se cogite em rigorismo formal ao ponto de se exigir petições autônomas para cada espécie de resposta do réu.

O mencionado dispositivo legal exige apenas que todos os meios de resposta sejam apresentados na mesma oportunidade, em audiência, inexistindo qualquer comando para que cada espécie de resposta seja apresentada em peças autônomas.

A jurisprudência segue a mesma orientação:

> No procedimento sumário, a exceção de incompetência deve ser oposta no corpo da própria contestação, em peça única (STJ, REsp 432524, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 29.11.2004).
>
> Em se tratando de rito sumário, é na audiência de conciliação que deve ser apresentada a contestação (CPC, art. 278), nesta sendo oferecidas as exceções, inclusive a de incompetência, as quais são formas de defesa ao processo (TJMG, AI nº 2.0000.00.473416-9/000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, *DJ* de 06.04.2005).
>
> No procedimento sumário, a exceção de incompetência deve ser oposta no corpo da própria contestação, em peça única (STJ, Terceira Turma, REsp n. 432524/MA, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* em 26.11.2004) (TJMG, AI nº 1.0024.07.753610-0/001, Rel. Des. José Antônio Braga, *DJ* de 02.02.2008).

Logo, deve-se reputar regular a exceção de incompetência suscitada na mesma peça que a contestação em se tratando de rito sumário.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para considerar regular a exceção de incompetência oposta pela agravante.

Custas recursais, pelo agravado.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- Deferiram assistência judiciária, para isentar apenas as custas do presente recurso.

- De ofício, não conheceram da contraminuta.

- Deram provimento ao recurso para considerar regular a exceção de incompetência oposta pela agravante.

- Condenaram o agravado ao pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - DEFERIRAM ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA APENAS QUANTO AO PRESENTE RECURSO. DE OFÍCIO, NÃO CONHECERAM DA CONTRAMINUTA. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Averbação de tempo de serviço - Contabilização para adicionais e aposentadoria - Aluno aprendiz - Escola pública profissionalizante - Retribuição à conta do orçamento da União - Ausência de comprovação - Autor - Ônus da prova

Ementa: Apelação cível. Pleito. Contabilização, para fins de adicionais e aposentadoria, de tempo de serviço prestado por aluno-aprendiz em escola pública profissional. Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais - Cefet. Direito reconhecido pela Administração Pública, que, posteriormente, reviu seu ato, tornando sem efeito a concessão do primeiro quinquênio da autora. Ausência de comprovação de retribuição pecuniária à conta do orçamento da União, ainda que se admitindo como tal o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar etc. Ônus que se imputa ao autor. Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.269389-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sandra de Fátima Deslandes - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Caetano Levi Lopes, 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, 23 de março de 2010. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível, interposta por Sandra de Fátima Deslandes em face da r. sentença de f. 124/128, que, nos autos da ação ordinária por ela ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), suspensa, no entanto, a exigibilidade pela concessão da gratuidade judiciária.

Irresignada, apela a recorrente, pleiteando a reforma da r. decisão monocrática, sob a alegação de que faz jus à averbação do tempo de aluno-aprendiz como tempo de efetivo exercício no serviço público para fins de percepção de adicional por tempo de serviço, porquanto teve o direito reconhecido administrativamente em 13.12.1996, com a percepção do primeiro quinquênio a partir de 03.02.95.

Sustenta, ainda, que, posteriormente, a Administração Pública "desaverbou" o tempo de serviço como aluno-aprendiz, retificando, via de consequência, a data de concessão do seu primeiro quinquênio para 13.10.1997, sem, no entanto, assegurar-lhe os constitucionais direitos ao contraditório e à ampla defesa, motivo por que é nulo o ato administrativo.

Contrarrazões às f. 141/152, infirmando o recurso e pugnando pelo seu desprovimento.

Desnecessária a intervenção do *Parquet* no presente feito, em razão da matéria.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Sustenta a autora, ora apelante, que o Estado de Minas Gerais reconheceu, em 13.12.1996, o seu direito à contagem do tempo como aluno-aprendiz no Cefet - Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais como tempo de efetivo exercício no serviço público e, ato contínuo, ao recebimento do primeiro quinquênio a partir de 03.02.1995.

Após, foi-lhe enviada uma correspondência informando a "desaverbação" daquele período como aluno-aprendiz para fins de percepção do adicional por tempo de serviço, que passou a ter, como data de concessão, 13.10.1997.

Questiona a recorrente, *in casu*, que a referida desaverbação ocorreu sem a instauração do prévio processo administrativo, malferindo os direitos ao contraditório e à ampla defesa, assegurados constitucionalmente.

Discute, ainda, acerca do próprio direito à percepção dos adicionais por tempo de serviço advindos da possibilidade de se contar o tempo como aluno-aprendiz como tempo de efetivo exercício no serviço público.

Pois bem.

No tocante ao agir da Administração Pública, que reviu o ato de averbação do tempo de aluno-aprendiz da autora como tempo de serviço, verifica-se que a sua atuação não levou em consideração os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, porquanto se limitou a comunicar a decisão à interessada, facultando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, o que, à primeira vista, redundaria na nulidade do ato que tornou sem efeito a concessão do primeiro quinquênio da requerente, a partir de 03.02.1995.

No entanto, e conforme acertadamente ponderou o douto Magistrado sentenciante (f. 127):

> Em linha de princípio, caberia, portanto, por desrespeito ao devido processo legal, anular a decisão do Poder Público. Todavia, o caso em análise contém uma particularidade, que consiste na opção da autora, por meio de seu advogado constituído, de discutir, nos autos da mesma ação, a existência do próprio direito à percepção dos quinquênios como se a desaverbação nunca houvesse acontecido. Em outras palavras, a requerente optou por não se limitar à busca da anulação do ato combatido para, ao depois, em âmbito administrativo, em processo próprio, discutir a validade da averbação de seu tempo de aluno-aprendiz como tempo de efetivo exercício.

Assim, passa-se ao objetivo primordial da autora/recorrente de ver declarado seu direito à averbação do tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz no Cefet, antes de ingressar nos quadros do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Decerto, é sedimentado neste Tribunal de Justiça e nos tribunais superiores o entendimento de ser possível a contabilização, para todos os efeitos, do tempo de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz, em escola profissionalizante, como tempo de serviço público, desde que comprovada a retribuição à conta do orçamento público, admitindo-se como tal o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.

Essa é a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Escola profissionalizante. Decreto-lei nº 4.073/42, art. 1º. Art. 58, inciso XXI, do Decreto 611/92. - O período trabalhado como aluno-aprendiz em escola técnica federal pode ser computado para fins de complementação de tempo de serviço, objetivando fins previdenciários, em face da remuneração recebida. - Inteligência do art. 58, inciso XXI, do Decreto 611/92. - Recurso conhecido e provido (STJ, REsp nº 511566/RJ., 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., *DJ* de 10.08.2004, p. 330).

> Previdenciário. Tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Escola pública profissional. - O tempo de estudos do aluno-aprendiz realizado em escola pública profissional, sob as expensas do Poder Público, é contado como tempo de serviço para efeito de aposentadoria previdenciária, *ex vi* do art. 58, XXI, do Decreto nº 611/92, que regulamentou a Lei nº 8.213/91. Recurso especial não conhecido (Ac. no REsp 192.244/SE, Relator Ministro Vicente Leal - *Apud*: Voto do Exmo. Sr. Ministro Hamilton Carvalhido no REsp. 207.382/RS).

E deste Sodalício:

> Administrativo. Servidor público militar. Aluno-aprendiz em escola técnica profissional (Senai). Tempo de serviço para fins de aposentadoria e adicionais. Precedentes. 'Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz, em escola técnica profissionalizante, a exemplo do Senai, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros' (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.03.133565-6/001, Rel. Desembargador Edilson Fernandes, deram provimento, v.u., *DJ* de 16.09.2005) (Processo nº 1.0024.07.441669-4/001, Relator: Des. Mauro Soares de Freitas, *DJ* de 20.03.2009).

Verifica-se dos autos que a autora/apelante exerce as funções do cargo de Assistente Judicial IV junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG desde 03.02.1995, tendo sido, antes de seu ingresso nessa instituição, aluna do Curso Técnico de Edificações do Cefet (f. 18/19).

Preconiza o art. 58 do Decreto nº 611/92, *verbis*:

> Art. 58. São contados como tempo de serviço, entre outros: [...];
> XXI - durante o tempo de aprendizado profissional prestado nas escolas técnicas com base no Decreto-lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942:
> a) os períodos de freqüência a escolas técnicas ou industriais mantidas por empresas de iniciativa privada, desde que reconhecidas e dirigidas a seus empregados aprendizes, bem como o realizado com base no Decreto nº 31.546, de 6 de fevereiro de 1952, em curso do Serviço Nacional de Indústria (Senai) ou Serviço Nacional do Comércio (Senac), por estes reconhecido, para formação profissional metódica de ofício ou ocupação do trabalhador menor;
> b) os períodos de freqüência aos cursos de aprendizagem ministrados pelos empregadores a seus empregados, em escolas próprias para esta finalidade, ou em qualquer estabelecimento do ensino industrial.

Nos termos da Súmula 96 do Tribunal de Contas da União:

> Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.

Nos termos da referida súmula, é necessário, para a averbação do tempo de trabalho na qualidade de aluno-aprendiz como tempo de serviço público, que o serviço seja prestado em entidade de direito público e que a retribuição ocorra à conta do orçamento da União, que não precisa ser, necessariamente, em espécie, porquanto pode ser paga por meio de alimentação, material escolar e outros benefícios.

Da certidão de f. 18, carreada aos autos pela postulante, não se verifica a comprovação da necessária retribuição pecuniária à conta do orçamento da União. No referido documento consta, tão somente, a declaração de que as despesas ordinárias com os alunos do Cefet são custeadas pela União. Essa expressão, no entanto, não pode ser entendida como o recebimento pelos alunos de alimentação, fardamento (uniforme) e material escolar, como exigido pela Súmula 96 do TCU.

Assim, a postulante não comprovou, como lhe competia (art. 333, I, do CPC), o direito à computação do tempo de serviço escolar a que se reporta como tempo de serviço. Via de regra, o simples fato de frequentar um curso não é, necessariamente, suporte legal para o pleito. Ademais, segundo o art. 58, alíneas *a* e *b* do inciso XXI do Anexo ao Decreto 611/92, somente são computados para esse efeito os períodos de frequência em escolas técnicas ou industriais mantidas por empresas de iniciativa privada ou ministrados pelo Senai e pelo Senac, bem como nos cursos de aprendizagem mantidos por empregadores a seus empregados, não se coadunando a autora/recorrente em qualquer das hipóteses, a julgar pelos elementos dos autos.

Assim, a concessão do direito ao primeiro quinquênio da postulante, em data de 03.02.95, transparece, na espécie, como ato de descuido administrativo, sendo a respectiva revisão não apenas legal, mas verdadeiro ato regrado.

Dessa forma, o tempo de aluno-aprendiz da autora no Cefet (de 01.03.81 a 31.12.84 - f. 18) não pode ser considerado como tempo de efetivo exercício no serviço público, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciário. Via de consequência, não faz jus a postulante à percepção do primeiro quinquênio a partir de 03/02/95, bem como às vantagens e diferenças daí decorrentes.

Correta, pois, a r. decisão monocrática, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nego, pelo exposto, provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, observada, no entanto, a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária (Lei nº 1.060/50).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Direito autoral - Obra literária - Apoderamento ideal - Plágio - Elementos caracterizadores - Ausência

Ementa: Direito autoral. Apoderamento ideal de obra literária. Plágio. Elementos caracterizadores. Ausência.

- A existência de conexão entre obras literárias, notadamente em face da identidade entre os temas e motivos abordados não induz, apenas por isso, ao apoderamento ideal a ensejar proteção à guisa de plágio, merecendo anotar que "[...] as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais" não constituem objeto de proteção como direitos autorais disciplinados pela Lei nº 9.610/98. Admitir o contrário seria prestigiar o monopólio de ideias em detrimento da liberdade de expressão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.475910-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Inês Isabel Stanisiere dos Santos Guedes e outra - Apeladas: Soler Editora Ltda. e outra - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2010. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, a Dra. Luciana do Espírito Santo.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Sr. Presidente, ouvi, com atenção, a ilustre advogada da tribuna.

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de f. 359/362 que, em autos de indenização ajuizada por Inês Isabel Stanisiere dos Santos Guedes e outra em face de Soler Editora Ltda. e outra, após rejeitar preliminar de ilegitimidade passiva da Soler Editora Ltda. e afastada a necessidade de repetição da prova técnica, julgou o pedido improcedente ao entendimento de que, apesar da conexão existente entre as obras, não se pode concluir que a segunda ré tenha, conscientemente, se valido de textos produzidos por outrem, como se fossem de sua autoria, com intuito de auferir lucro.

Insatisfeitas, as demandantes denunciam, em preliminar, nulidade do julgado por cerceamento de defesa, pois que a repetição da prova técnica, a par de requerida, não restou observada pelo il. condutor do feito, providência que reputam essencial ante o desconhecimento técnico da il. *expert*. No mérito, se a tanto se chegar, ratificam a denúncia de plágio, a seu ver demonstrada nos autos, para, em conclusão, vindicar o acolhimento integral do pedido (f. 363/391).

Conheço do recurso, porque preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente: nulidade do julgado.

Dizem as autoras, ora apelantes, estar em pauta sentença nula, porquanto pautada em cerceamento de defesa. É que a repetição da prova pericial, a par de requerida, não foi examinada pelo il. Sentenciante no curso da marcha processual.

De fato, a realização de nova prova técnica foi postulada pela demandante na petição de f. 320/321, ato contínuo reiterada na f. 336. Ocorre, no entanto, que a instrução foi livremente encerrada quando da audiência documentada na ata de f. 347, ocasião em que a autora, acompanhada de sua advogada, quedou-se silente. Isto é, a meu ver, ocorrência bastante para caracterizar preclusão lógica, na forma do art. 183 do CPC, a sepultar qualquer discussão a esse respeito. Portanto, encerrada a instrução processual sob aquiescência dos litigantes, não há falar em deficiência probatória e, com isso, cerceamento de defesa a ensejar nulidade da sentença.

Mesmo que de outro modo fosse, ainda assim não haveria nulidade a ser declarada. É que, ao contrário do alegado, não verifico no laudo falta de rigor técnico ou imperfeição a comprometer sua eficácia, em particular ante a inexistência de indícios ou elementos no caderno probatório capazes de contradizê-lo.

Os quesitos ofertados foram suficientemente respondidos, e mesmo que a *expert*, em alguns momentos, tenha consignado sua impressão pessoal acerca das obras examinadas, em nenhum momento furtou-se à sua análise técnica, de modo a esclarecer a questão controvertida e subsidiar a atuação do julgador.

Ademais, e ao contrário do que querem crer as apelantes, a il. perita demonstra, sim, conhecimento acerca da matéria litigiosa submetida ao seu exame, conclusão a que se chega por análise do laudo ofertado. Realço, a esse respeito, o teor das f. 289/296.

Nesse contexto, estando a matéria suficientemente esclarecida pela perícia realizada neste feito, a repetição a que alude o art. 437 do CPC nisso encontra óbice. Teses e preceitos em contrário enumerados, porque não ancoram entendimento diverso, ficam afastados.

Preliminar rejeitada.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo.

DES. NILO LACERDA - Também rejeito.

DES. SALDANHA DA FONSECA - No mérito.

Segundo as demandantes, a ré Roberta Castro, através do livro *Papo de menina*, mistura capítulos, textos, linguagem, conceitos e ilustrações de obras de sua autoria (*A agenda de Carol* e *De menina para menina*), todas anteriormente publicadas, portanto, em flagrante violação ao disposto na Lei nº 9.610/98, revelando-se manifesta a caracterização de plágio, ocorrência passível de reparação em sede material e moral.

Importa, de início e em face de seu caráter altamente elucidativo, transcrever anotações doutrinárias firmadas acerca do tema por Eliane Y. Abrão, in *Direitos de autor e direitos conexos*, São Paulo: Editora do Brasil, 2002, onde se lê:

> Não existe na legislação internacional, ou em nossa história legislativa, qualquer menção à imitação ou à semelhança como forma de violação de direito autoral. A imitação, nas leis destinadas à proteção da propriedade intelectual, é apenas admitida pela legislação da propriedade industrial tendo em vista o desvio de clientela.
>
> Há uma única referência, indireta, na lei brasileira quanto à imitação: é a feita pelo parágrafo único do art. 10, relativamente aos títulos, sendo a tônica a confundibilidade deles, dado o possível desvio de clientela do suporte material. Mas título é mero acessório de obra, e em relação a esta nenhuma disposição há.
>
> A não recepção por parte do legislador autoral do conceito

de imitação ou semelhança, que não se confunde, técnica ou juridicamente, com o conceito de cópia, reside, em parte, na dificuldade de separar o que é original do que é comum, principalmente no caso de obras que partam das mesmas idéias, dados, notícias, fatos, conceitos, sistemas e métodos, e que dão origem a diferentes obras. Exemplificando: a qualquer um é dado escrever literatura baseada no triângulo amoroso ou nas diversas situações, trágicas ou cômicas, decorrentes das lutas de classes sociais; ou de fazer um filme épico, ou escrever sobre temas ou personagens da História, ou produzir audiovisuais ou narrativas sobre o cotidiano dos animais ou das pessoas. Por isso ninguém deve deter um privilégio sobre esses temas ou referências, mostrando a realidade que a convivência de semelhantes no universo cultural, didático ou de entretenimento é saudável e um grande suporte à liberdade de expressão. Fosse outro o alcance da proteção, o direito autoral perderia sua principal função que é a de estimular diversos (e não apenas um) artistas, escritores, pintores a expressarem suas idéias através de formas concretas, e delas retirar os frutos e os rendimentos com exclusividade em relação às reproduções.

A realidade demonstra, também, que obras partindo de semelhanças conceituais têm um resultado diferente umas das outras, como conseqüência da contribuição, da óptica ou da estética individual de cada escritor, artista, diretor ou estudioso, que dá ensejo a obras distintas, mesmo partindo de dados idênticos. O autor não inventa: cria a partir de elementos já postos à sua disposição pela sociedade.

[...]

Outro fundamento da ausência da imitação, como hipótese de violação de direito autoral, reside no próprio mecanismo do conhecimento. A imitação, em última análise, é a base do processo de cognição: a criança aprende a falar imitando os sons, os alunos aprendem imitando o pensamento ou a pesquisa de seus professores, os quais, por sua vez aprenderam imitando os outros. Proibir legalmente no plano autoral o que se entende por imitação, conceito relativo e subjetivo, será colocar nas mãos de poucos tudo aquilo que potencialmente existe desde os primórdios da humanidade no intelecto de cada ser humano, reduzindo-o à escravidão intelectual e artística, ou a uma odiosa censura, afora o cerceamento à liberdade de expressão e criação artísticas e ao próprio aprendizado. Direito autoral é privilégio e não monopólio (p. 160-161).

E prossegue a doutrinadora:

A semelhança e a imitação, a despeito de estranhas à legislação autoral, foram em parte recebidas pela jurisprudência sob a alegação de plágio. Plágio, na melhor definição doutrinária, trata-se do 'apoderamento ideal de todos ou de alguns elementos originais contidos na obra de outro autor, apresentando-os como próprios' (Lipszyc). Ora, todas as obras baseadas em temática comum, em fatos históricos, em situações cotidianas, implicam uma forma de apoderamento, não de uma só, mas de diversas obras alheias, até porque integram o denominado inconsciente coletivo. Apoderamento ideal, por outro lado, significa apropriação de idéia, o que demonstra que o conceito de plágio está vinculado ao de imitação de idéia. Entretanto idéia não goza de proteção, porque inapropriável. Quando se trata apenas do aproveitamento de uma idéia, não há nem ilícito cível nem crime: se a idéia não pode ser objeto de proteção autoral (art. 8º, I), consequentemente, não existe crime em sua apropriação (p. 161-162).

Nestes autos, a il. perita, após analisar os livros envolvidos na imputação de plágio, concluiu que todos abarcam "[...] estruturas narrativas simples, de construção de personagens próximos da realidade, sem maior expressividade; de relação espaço tempo muito limitada, restrita; de linguagem figurada escassa, pouco criativa e nada poética" (f. 288).

Não há dúvida, segundo anotado pela il. *expert*, que a temática envolvida nas obras enfrentadas é muito próxima. Todas falam da mudança do corpo, do despertar para o outro sexo, das relações com a família e amigos, enfim, de confissões e vivências de adolescentes. O estilo é solto e fluido e os motivos são os mesmos.

A semelhança havida nas obras, inclusive no que respeita ao projeto gráfico, evidencia nítida conexão entre elas, notadamente por abordarem temas comuns (situações e experiências vividas por pré-adolescentes) a partir de um mesmo gênero textual (diário) e segundo idêntico estilo.

Apesar disso, não se pode concluir que o livro *Papo de menina*, então escrito pela demandada Roberta Castro, representa uma apropriação, por esta, de textos construídos pela autora no âmbito das obras paradigmas. Vale dizer, a adoção de textos desta última como se daquela fossem a ensejar a proteção a que alude o art. 7º da Lei nº 9.610/98.

Não se olvide, a propósito da questão, que a Lei de regência, por seu art. 8º, I, exclui do âmbito de sua proteção "as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais". E se reprodução há, ela não extrapola o campo das ideias apenas, não se podendo olvidar registro lançado pela il. perita na f. 307, de onde se lê:

> [...] basta passar um olhar pela Literatura para ver que há um constante diálogo entre os textos: poemas, personagens, enredos e temas já trabalhados são reaproveitados num trabalho de reescrita. Essa 'relação existente entre textos diversos, da mesma natureza, ou de naturezas diferentes e entre o texto e o contexto é que se chama intertextualidade'.

Dessa feita, muito embora não se possa negar que a escritora demandada na obra *Papo de menina* tenha partido da mesma ideia de que se valeu Inês Isabel Stanisiere dos Santos Guedes, inclusive com semelhante projeto gráfico, na construção da obra tida por plagiada, isso não implica vulneração de direitos autorais a atrair consequências perquiridas pelas autoras, ora recorrentes, na forma dos fundamentos supra, compreensão que não se abala por teses e preceitos em contrário enumerados.

Custas recursais, pela apelante.

DES. DOMINGOS COELHO - Sr. Presidente, também estive atento à sustentação oral. Tive acesso aos autos e pude constatar que, realmente, tem razão o eminente Relator, porque também não vislumbrei a violação

do direito autoral. Existem muitas semelhanças entre as obras, inclusive a respeito do projeto gráfico, como demonstrou a perícia. Mas a doutrina citada pelo eminente Desembargador Relator, no seu voto, convenceu-me quanto à inexistência desse pretenso direito autoral.

DES. NILO LACERDA - Sr. Presidente, gostaria de registrar o brilhantismo da sustentação oral da Dra. Luciana do Espírito Santo, pelo fato de ela ter dito que é a primeira vez que vem a essa tribuna. Gostaria de cumprimentá-la e que Vossa Excelência continue brilhando pelos tribunais do nosso país.

Estou acompanhando inteiramente o voto do eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Plano de saúde - Contrato de adesão - Relação de consumo - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Manutenção do contrato e atendimento - Direito à vida

Ementa: Plano de saúde. Manutenção de contrato e atendimento. Direito à vida. Relação de consumo. Medida cabível.

- O contrato de prestação de serviços de saúde é contrato de adesão, sendo aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor.

- As cláusulas contratuais serão analisadas ao final da lide, concluindo-se pela legitimidade, ou não, da rescisão contratual, sendo imperiosa a manutenção da vigência do pacto até o final da contenda tendo em vista o estado de saúde do agravado.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09-.637537-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Matermed Ltda. S/C - Agravados: Gerino Correia dos Anjos e outros - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2009. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária ajuizada pelos agravados, deferiu a antecipação parcial dos efeitos da tutela, determinando a renovação do contrato de plano de saúde firmado com a agravante, bem como autorizou a realização de uma cirurgia cardíaca a ser por ela custeada.

A agravante alega que o primeiro agravado, em 5 de março de 2007, ajuizou ação ordinária em desfavor da agravante, no intuito de obter custeio integral do tratamento ao qual estava submetido.

Afirma que, em 10 de abril de 2007, os agravados ajuizaram ação ordinária de reparação de danos morais, que foi julgada improcedente.

Ressalta que, dois meses depois, os agravados ajuizaram nova ação ordinária, discutindo a eficácia da rescisão do contrato e pugnando pela tutela antecipada para manter o plano em vigor.

Salienta que o deferimento da medida antecipatória foi condicionado ao pagamento regular das mensalidades destinadas ao plano de saúde.

Aduz que os agravados não efetuaram, tempestivamente, o pagamento das parcelas devidas, descumprindo, portanto, o contrato.

Enfatiza que a inadimplência dos agravados, seja por previsão contratual, seja por previsão legal, enseja a prerrogativa de rescisão do contrato.

Assevera que a cobertura assistencial pretendida pelos agravados é expressamente excluída do contrato restabelecido.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo e o seu provimento.

Ao contrato de prestação de serviços de atendimento médico, denominado de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, evidenciando um contrato de adesão e uma relação de consumo entre os contratantes.

É como decidia o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Plano de saúde. Prestação de serviço. Contrato de adesão. Cláusula. Interpretação. Restrição de direito. Prazo de carência. Internação de urgência. Código de Defesa do Consumidor. - Os planos de assistência à saúde são destinados à prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, a preço estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde do consumidor e de sua família ou dependentes, pelo que se submetem às normas do Código de Defesa do Consumidor. No caso de emergência inesperada, a restrição referente a prazo de carência, existente no plano de saúde, deve ser afastada por abusiva. Havendo dúvida na interpretação de cláusulas do plano de saúde, aquela se resolve a favor do consumidor (TAMG, Apelação Cível nº 417078-7, Sétima Câmara Cível, Relator: Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, data do julgamento: 17.03.2004).

Assim, para que sejam arguidas contra o consumidor, ou aderente ao plano, exceções para amplo atendimento médico e hospitalar, é indispensável que as cláusulas contratuais que indiquem restrições à utilização dos serviços estejam redigidas em destaque.

Observa-se que o contrato de adesão firmado pelas partes, bem como o termo de adesão, f. 248/264, não contém qualquer cláusula em destaque, não sendo legítimo rescindir unilateralmente o contrato firmado, com fundamento na inadimplência do segurado, justamente no momento em que este mais precisa de atendimento médico.

O agravante alega que os agravados não efetuaram os pagamentos das mensalidades nas datas estipuladas, sem, contudo, comprovar a inadimplência.

Ora, não é crível pensar que a parte devedora irá realizar, no decorrer do contrato, o pagamento de todas as parcelas nos dias estipulados em virtude da possibilidade de surgimento de fatos do quotidiano que o impeça de realizar tal medida.

Por esse motivo, é que há nos contrato cláusulas estipulando juros que serão inseridos sobre o valor da parcela mensal se o aderente se encontrar inadimplente.

Dessa forma, não é pertinente a rescisão do contrato por iniciativa exclusiva da agravante, apenas por falta de pagamento até o dia do vencimento de cada parcela, uma vez que os depósitos realizados pelo recorrido não lhe causaram qualquer prejuízo.

Ademais, nesses casos deverá ser sempre observado que o direito à vida supera qualquer restrição contratual.

Dessarte, pode-se concluir que há verossimilhança nas alegações dos agravados, diante dos documentos apresentados, bem como a prova inequívoca, consubstanciada no risco à vida caso não se submetam aos tratamentos necessários, atendendo aos requisitos do art. 273 do CPC, para deferimento das medidas concedidas.

Por fim, as cláusulas contratuais serão analisadas ao final da lide, concluindo-se pela legitimidade, ou não, da rescisão contratual, sendo imperiosa a manutenção da vigência do pacto até o final da contenda tendo em vista o estado de saúde dos agravados.

A manutenção da decisão pelo Magistrado de primeira instância é, portanto, medida em que se impõe.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Matermed Ltda. S/C, mantendo na íntegra a decisão recorrida.

Custas recursais, ao final.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução por quantia certa - Documento autenticado - Documento original - Desnecessidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução por quantia certa. Documento autenticado. Documento original. Desnecessidade. Recurso provido.

- Estando os autos instruídos com o documento autenticado do contrato firmado entre as partes, torna-se desnecessária a apresentação do documento original.

- V.v. : - A execução deve ser instruída com o original do título exequendo, nos termos do art. 614, I, CPC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.-639574-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco Santander do Brasil S.A. - Agravado: Geraldo da Silva Nunes - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 DAR PROVIMENTO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão proferida pela digna Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG reproduzida à f. 59-TJ, nos autos da ação de execução, promovida por Banco Santander Brasil S.A., em face de Geraldo da Silva Nunes.

Consiste o inconformismo recursal no fato de a douta Julgadora *a qua* ter intimado o agravante para, no prazo de 10 dias, juntar aos autos o original do contrato de empréstimo, entabulado entre as partes.

Alega que, anteriormente à r. decisão, o agravante requereu a juntada do contrato devidamente autenticado, o que não foi aceito pelo Magistrado *a quo*.

Aduz que o título executado configura contrato de empréstimo, documento não circulável, o que demonstra a falta de necessidade de apresentar o documento original.

Afirma que a juntada do contrato autenticado basta para instruir a demanda, uma vez que o tabelião

detém fé pública.

Presentes os pressupostos legais, foi deferida a formação do agravo às f. 66/67-TJ, tendo sido deferido o efeito suspensivo.

Requisitadas as informações necessárias, estas foram prestadas à f. 72-TJ, noticiando a manutenção da decisão ora atacada.

A parte agravada não foi intimada, por não ter se completado a relação processual.

Conheço do recurso interposto, por ser próprio, tempestivo e oportunamente preparado.

No mérito.

Após uma análise dos autos, observo que a matéria discutida se refere à necessidade de o agravante apresentar o documento original do contrato de empréstimo firmado entre as partes.

Ora, entendo não ser necessária a apresentação do contrato original aos autos, uma vez que a inicial foi instruída com cópia autenticada do contrato.

Assim, o agravante não é obrigado a apresentar os documentos originais, haja vista a ausência de disposição legal nesse sentido.

Ressalto que, havendo dúvida fundada sobre eventual falsidade do documento, pode ser determinada a perícia no documento original, que, neste caso, deverá ser disponibilizado pela parte que o detém.

Em face do exposto, dou provimento a este recurso, para desobrigar o agravante de apresentar o documento original do contrato de empréstimo firmado entre as partes.

Custas recursais, pelo agravado.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Peço vênia à ilustre Relatora para divergir do seu douto voto.

Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão que, em execução por título extrajudicial, determinou que o agravante junte o original do contrato de empréstimo/financiamento pessoa física/pessoa jurídica em que se funda o pedido.

O agravante afirma que o título não é circulável, e, por isso, é dispensável a juntada do seu original aos autos da execução.

Porém, de conformidade com o disposto no art. 614, I, CPC, cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença.

Não há, no dispositivo legal, qualquer ressalva à circularidade do título, para dispensar sua juntada, que se destina, além de evitar que haja circulação, a permitir que o executado tenha ciência de todos os termos em que se funda a cobrança.

A jurisprudência não destoa:

> Instruída a petição inicial da execução com mera cópia do título de crédito, deve-se dar ao credor a oportunidade de substituí-la pelo original. Assim: 'ao juiz é dado determinar que o exeqüente substitua a cópia do título executório pelo seu original *ex vi* do disposto nos arts. 284 e 616 do CPC' (STJ, 3ª Turma, REsp 2.259-RS, Rel. Min. Gueiros Leite, j. em 26.06.90, deram provimento, v. u., *DJU* de 10.09.90, p. 9.123) (NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 37. ed. Editora Saraiva, p. 727).

Não há qualquer empecilho para que o agravante apresente o original do título, que é indispensável para instrução do processo de execução.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Banco Santander do Brasil S.A.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

...

Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - IPTU e TCR - Imóvel inexistente - Certidão de dívida ativa - Nulidade - Acolhimento - Honorários advocatícios - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. IPTU e TCR. Imóvel inexistente. Nulidade da CDA. Acolhimento. Honorários advocatícios. Possibilidade.

- A exceção de pré-executividade, incidente processual de caráter excepcional, é adequada à arguição de questões prejudiciais e nulidades suscetíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado, desde que haja prova pré-constituída do direito alegado.

- A cobrança de IPTU e Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos, com base em imóvel inexistente, macula o próprio lançamento do tributo, afastando a presunção de certeza e liquidez do título executivo, com a consequente nulidade da CDA.

- A exceção de pré-executividade implica a condenação da Fazenda Pública na verba honorária, ante o caráter contencioso do instituto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.856374-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelado: Clarice Andrade Pedra - 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 Des. 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, 9 de março de 2010. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - O recurso tem por objeto afastar a nulidade da CDA que embasou a execução fiscal, ao sustentar que não se pode admitir o acolhimento de exceção de pré-executividade em matéria que demande dilação probatória, bem como a impossibilidade de anular a CDA com base em erro cadastral do imóvel que ensejou o tributo.

No caso em comento, tenho que a prova pericial pré-constituída, utilizada como prova emprestada, basta para a solução da demanda, possibilitando o conhecimento da matéria por meio de exceção de pré-executividade.

Isso porque não se trata aqui de mero erro cadastral, mas da cobrança de IPTU e Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos com base em imóvel inexistente.

Trata-se de vício formal, encontrando-se o próprio lançamento do tributo maculado, afastando a presunção de certeza e liquidez do título executivo, com a consequente nulidade da CDA.

Nos termos do art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei de Execução Fiscal:

> § 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
> [...]
> III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
> [...]
> § 6º A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

A ausência de individualização do imóvel, que originou a dívida, impossibilita que o contribuinte se informe acerca da legalidade da cobrança do tributo, implicando impossibilidade de defesa no momento oportuno.

Desse modo, não se trata de simples erro material, que pode ser sanado com a substituição da CDA, mas de erro quanto ao próprio lançamento do tributo, por referir-se a imóvel inexistente.

Nesse sentido, confira coadunável aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Tributário. IPTU. Execução fiscal. Substituição da CDA. Hipótese que implica alteração no lançamento. Inviabilidade.
> 1. Nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, 'até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos'.
> 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que tal preceito ampara apenas as hipóteses de mera correção de erro material ou formal, sendo inviável a substituição da CDA nos casos em que haja necessidade de se alterar o próprio lançamento. Neste sentido: REsp 829.455/BA, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 07.08.2006; AgRg no REsp 823.011/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 03.08.2006; REsp 667.186/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 06.06.2006; REsp 750.248/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 29.06.2007.
> 3. Agravo regimental não-provido (AgRg no Ag 1022215/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* de 23.10.2008).

Quanto ao pagamento dos honorários de sucumbência, não merece guarida a tese esposada pela Fazenda Pública.

Embora se revele descabida a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, em sede de execução fiscal não embargada, tendo em vista que o disposto na norma do art. 1º - D, da Lei 9.494/97, incluído pela MP nº 2.180-35/2001, esta regra não se aplica aos casos em que for acolhida a exceção de pré-executividade oposta contra a Fazenda Pública.

A verba honorária é devida pela Fazenda exequente, tendo em vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade e da circunstância em que ensejando o incidente processual, o princípio da sucumbência implica suportar o ônus correspondente.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. Execução fiscal. FGTS. Honorários advocatícios. Exceção de pré-executividade. Acolhimento. Condenação em honorários advocatícios. Cabimento. Art. 29-C da Lei 8.036/90. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF.
> 1. É manifestamente inadmissível o recurso especial quando ausente emissão de juízo de valor, pelo Tribunal de origem, acerca da tese envolvendo os dispositivos legais tidos por violados, dada a ausência de prequestionamento.
> 2. É cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade apresentada no executivo fiscal, nos casos de acolhimento do incidente. Precedentes desta Corte.
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1091166/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, *DJe* de 21.11.2008).

Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Acolhimento parcial. Condenação em honorários advocatícios. Cabimento. Art. 21 do CPC. Executado sucumbente em parte mínima do pedido.
1. A jurisprudência desta Corte segue a orientação no sentido de que o Fisco deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese em que a exceção de pré-executividade é acolhida, mesmo que não ocorra a extinção completa da execução. Precedentes.
2. A sucumbência mínima, uma vez configurada, impõe a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC, *in verbis*: 'Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários'.
Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1074400/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* de 21.11.2008).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Cirurgia de vasectomia - Gravidez posterior - Erro médico - Prova - Ausência

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Cirurgia de vasectomia. Gravidez posterior. Erro médico. Prova. Ausência.

- Firmou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, salvo em alguns casos excepcionais, como nos de cirurgia plástica, é de meio a obrigação do médico, e não de resultado.

- Assim, para a imputação do dever de indenizar do médico, é necessária a prova do ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre eles.

- A literatura médica informa percentual de insucessos na cirurgia de vasectomia, atribuídos aos mais variados fatores, não sendo a mesma considerada infalível.

- Não tendo o paciente demonstrado qualquer culpa ou conduta ilícita do médico, muito menos a ausência de informações corretas a respeito do procedimento de vasectomia realizado, a improcedência do pedido de indenização decorrente de gravidez indesejada é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0395.07.016168-6/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: E.C.S. - Apelado: G.E. - 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 Sebastião Pereira de Souza, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2010. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por E.C.S. em desfavor de G.E.

Em sua inicial, narra o autor que no dia 21.4.2006 realizou uma cirurgia de vasectomia no consultório do réu, sendo submetido a um exame de espermograma 30 (trinta) dias depois do procedimento médico.

Afirma que o réu, ao analisar o exame, informou que, com o resultado obtido, não havia risco de gravidez; porém, em 11.10.2006, o autor descobriu que sua esposa estava grávida de 3 (três) meses.

Alegou que a sua esposa possuía uma pequena lesão no coração, que foi expandida com a gestação, sendo necessária a realização de intervenção cirúrgica para correção do problema.

Pleiteou, ao final, a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos ocorridos com a cirurgia, pelas despesas da gravidez, além das despesas da cirurgia cardíaca de sua esposa, bem como pensão mensal equivalente a 4 (quatro) salários mínimos.

Citado, o réu apresentou contestação às f. 33/37, aduzindo que a cirurgia ocorreu com a observância das técnicas recomendadas e foi realizada dentro dos padrões prescritos; que solicitou exame de espermograma para aferir o resultado alcançado; que o autor apresentava oligoespermia severa, conferindo-lhe insignificante possibilidade de fertilização; que a atividade médica é de meio, e não de fim; que nem a asoespermia (ausência de esperma) assegura a infertilidade; que por nenhuma razão diria ao autor que ele não corria o risco de engravidar a sua esposa; que a esterilidade nunca é absoluta; que a inicial não veio acompanhada de qualquer comprovante de despesas médicas/hospitalares.

Deferida a realização de prova pericial (f. 61), o

laudo foi produzido às f. 93/98.

Alegações finais do réu às f. 109/114 e do autor às f. 115/120.

O MM. Juiz singular proferiu sentença às f. 122/139, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob o fundamento de que não foi constatado erro médico, sendo que a cirurgia de vasectomia, como método contraceptivo, não pode ser considerada infalível.

Inconformado, recorre o autor, sustentando nas razões de f. 142/149 que, três meses após ter sido submetido a cirurgia de vasectomia realizada pelo réu, sua esposa engravidou; que houve desvio da conduta técnica do apelado, viabilizando a sua responsabilização civil; que o réu lhe informou que não havia nenhuma possibilidade de sua esposa engravidar; que incumbe ao médico informar e orientar o paciente a utilizar outros métodos contraceptivos até se diagnosticar a ausência total de espermatozóides.

Contrarrazões às f. 156/160, nas quais o apelado pugna pela manutenção da sentença, ao argumento de que não houve qualquer omissão de sua parte; que seguiu todos os procedimentos necessários ao pós-operatório; que a atividade médica é de meio, e não de fim; que não houve imperícia ou erro médico na cirurgia.

Firmou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, salvo em alguns casos excepcionais, como nos de cirurgia plástica, é de meio a obrigação do médico, e não de resultado.

Como exemplo, cita-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso Especial. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgica. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexo de causalidade. Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inocorrente no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso Especial provido. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada 'teoria da perda da chance', de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da 'teoria da perda da chance'; V - Recurso especial provido (REsp 1104665/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 9.6.2009, *DJe* de 4.8.2009).

Assim, para a imputação do dever de indenizar do apelado, é necessária a prova do ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre eles.

Todavia, a prova pericial produzida às f. 93/98 não atesta a alegada existência de um erro médico. Ao revés, vejamos.

Já no início, afirmou o ilustre perito que a literatura médica informa o percentual de insucessos na cirurgia de vasectomia, atribuídos aos mais variados fatores.

Em seguida, informou o *expert* que o exame de espermograma realizado pelo apelante demonstrava alta taxa de infertilidade, mas que havia uma possibilidade remota de fertilização.

Indagado sobre a possibilidade de fertilização após a realização de vasectomia, o perito teceu a seguinte resposta:

> O coito desprotegido, precocemente depois da vasectomia, ou seja, antes que seja verificada a ausência de espermatozóide no espermograma, é considerado uma causa frequente da gravidez pós-vasectomia. Todos os que se submetem à vasectomia devem ser claramente advertidos sobre esta possibilidade (f. 95).

O laudo em questão não comprovou ter havido imperícia ou negligência por parte do apelado, que nega ter informado ao apelante que este não corria o risco de engravidar sua esposa.

Ora, compete ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, mormente quando o réu nega a veracidade dos fatos em que se baseia a sua pretensão.

E, no caso dos autos, o apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, não tendo sido demonstrada qualquer culpa ou conduta ilícita do apelado, muito menos a ausência de informações corretas a respeito do procedimento médico realizado, razão pela qual a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

Nesse sentido:

> Recurso Especial. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Cirurgia de vasectomia. Suposto erro médico. Responsabilidade civil subjetiva. Obrigação de meio. Precedentes. Ausência de comprovação de imprudência na conduta do profissional. Cumprimento do dever de informação. Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório. Reexame de provas. Impossibilidade. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Recurso Especial não conhecido. I - A relação entre médico e paciente é contratual, e

encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva; III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 1051674/RS, Terceira Turma, Ministro Massami Uyeda, *DJe* de 24.4.2009).

Ação de indenização. Cirurgia de vasectomia. Ausência de comprovação de erro médico. Responsabilidade subjetiva. Obrigação de meio. Dever de comprovação da desídia profissional.- Incumbe à parte efetivamente comprovar a existência de erro médico por se tratar de responsabilidade subjetiva que demanda demonstração de culpa.- A obrigação do profissional da medicina, à exceção das cirurgias estéticas, é caracterizada como de meio, ou seja, responsabiliza-se o médico pela utilização correta das técnicas e métodos indicados para o tratamento ou cirurgia, e não pelo seu resultado final. (TJMG, Apelação Cível n° 1.0142.04.006572-4/002, 13ª Câmara Cível, Des.ª Rel.ª Cláudia Maia, *DJe* de 15.01.2009).
Responsabilidade civil do médico. Vasectomia. Indenização por danos morais e materiais. Ausência de comprovação da culpa. Improcedência. 1. Ao prestar assistência profissional a seu cliente, o médico assume obrigação de meio e não de resultado, uma vez que não lhe garante a cura ou recuperação. 2. A responsabilidade civil do médico pressupõe sua imprudência, negligência ou imperícia, como assentado no art. 951 do Código Civil. 3. Inexistindo comprovação da culpa do médico na realização da cirurgia de vasectomia, descabe indenização ao paciente pela gravidez indesejada (TJMG, Apelação Cível n° 1.0687.03.024548-8/001, 15ª Câmara Cível, Des. Rel. Maurílio Gabriel, *DJ* de 23.10.2008).

Direito Civil. Ação de indenização. Vasectomia. Ausência de comprovação de erro médico. Dever de comprovação. Sentença mantida. - Incumbe à parte efetivamente comprovar a existência de erro médico, por tratar-se de responsabilidade subjetiva que demanda demonstração de culpa. A obrigação do profissional da medicina, à exceção das cirurgias estéticas, é caracterizada como de meio, ou seja, tem a responsabilidade de utilizar-se corretamente das técnicas e métodos indicados para o tratamento ou cirurgia, e, jamais pelo seu resultado final (TJMG, Apelação Cível n° 1.0024.06.120238-8/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, *DJ* de 14.8.2008). Indenização. Responsabilidade civil do médico. Vasectomia. Obrigação de meio. *Onus probandi* do autor. Culpa não demonstrada. - Não se pode atribuir responsabilidade indenizatória ao médico por lesão decorrente de intervenção cirúrgica denominada vasectomia, sem a prova da conduta culposa do profissional. A obrigação do profissional da medicina, à exceção das cirurgias estéticas, é caracterizada como de meio, ou seja, tem a responsabilidade de utilizar-se corretamente das técnicas e métodos indicados para o tratamento ou cirurgia, e, jamais pelo seu resultado final (TJMG, Apelação Cível n° 1.0471.05.041683-6/001, 9ª Câmara Cível, Des. Rel. Osmando Almeida, *DJ* de 14.11.2006).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença monocrática. Custas, pelo apelante, suspensa a sua exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS VIEIRA e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Conta-corrente - Descontos - Débito do correntista - Amortização - Autorização - Validade - Subsistência do devedor - Inviabilidade - Limitação do valor do débito

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cautelar inominada. Descontos em conta-corrente em que o autor recebe seus vencimentos. Possibilidade. Limitação do valor dos descontos a 30%. Decisão mantida.

- Apesar de não ser ilegal o desconto das parcelas na conta-corrente do autor que contraiu os empréstimos, é pacífico na jurisprudência pátria que o desconto feito em conta-corrente em que recebido o salário, diante do caráter alimentar, não deve ultrapassar o limite de 30%, sob pena de se ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Agravo improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0525.09.176201-9/001 - Comarca de Pouso Alegre - Agravante: Sergio Nogueira Neto - Agravado: Banco Santander S.A. - 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 Sebastião Pereira de Souza, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2010. - *José Marcos Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, no qual

se insurge Sergio Nogueira Neto, nos autos da ação cautelar ajuizada contra o Banco Santander S.A., em face da decisão interlocutória transladada à f. 29-TJ, que limitou o valor máximo dos descontos em folha de pagamento a 30% dos rendimentos brutos do agravante.

O agravante afirma que a determinação da suspensão dos descontos deverá ser total e não limitada como determinado pela decisão agravada.

O efeito suspensivo foi indeferido à f. 40-TJ.

O agravado não foi intimado, já que a relação processual não havia sido formada.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Compulsando os autos, verifica-se que o ora agravante trouxe os extratos de f. 23/25-TJ, que confirmam a realização de débito em conta-corrente de sua titularidade sob a rubrica "saque ATM Interagência", sendo também possível aferir que a aludida conta bancária constitui meio pelo qual recebe os seus proventos.

Infere-se da petição inicial de f. 10/15-TJ que, embora se insurja contra a taxa de juros praticada pela casa bancária, o próprio agravante reconhece a existência do contrato e, consequentemente, do débito, o que me leva a presumir que também reconheça a autorização de desconto das respectivas parcelas em sua conta-corrente. Daí, ao menos em sede de cognição sumária, afasta-se qualquer alegação de ilicitude no tocante a tais descontos.

Logo, aparentemente, não há que se falar em retenção do salário do autor, ora agravante, por parte do banco agravado, já que na verdade se trata de amortização de débito autorizada pelo correntista no momento da celebração de contrato de empréstimo, como de praxe.

Todavia, conforme restou incontroverso nos autos, a soma dos valores que vêm sendo descontados na conta bancária do agravante ultrapassa o percentual de 30% do seu salário. Não há que se falar em ausência de prova da destinação salarial da conta-corrente, pois os extratos constantes dos autos evidenciam que a remuneração do recorrente é realizada por meio de depósito na referida conta, o que faz presumir que o banco possui conhecimento da situação financeira do autor. Tal fato obriga a instituição financeira a respeitar o percentual de 30% para débito automático de quantias relacionadas a empréstimos pessoais e dívidas de cartão de crédito, já que tais descontos incidem sobre a remuneração salarial, que tem caráter alimentar.

Sabe-se que o salário é impenhorável, a teor do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, salvo para pagamento de prestação alimentícia (§ 2º). Também a Constituição da República determina a proteção do salário, em seu art. 7º, X, classificando como crime a sua retenção dolosa.

É pacífico na jurisprudência pátria que os descontos feitos em conta-corrente em que recebidos os vencimentos, por terem estes caráter alimentar, não devem ultrapassar o limite de 30%, sob pena de se ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Confira-se o entendimento deste egrégio Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça:

> Contrato de empréstimo. Débito automático em conta-corrente. Previsão contratual. Validade. Inviabilidade de subsistência do devedor. Limitação do valor do débito. - É válida a cláusula contratual que autoriza a instituição bancária a descontar automaticamente na conta-corrente do devedor as parcelas correspondentes às prestações estipuladas para pagamento mensal das parcelas previstas em contrato de empréstimo, desde que tais descontos não inviabilizem a subsistência do devedor. Nesse caso, os descontos devem se restringir ao percentual máximo de 30% (trinta por cento) dos proventos do devedor. - V.v.: - Nega-se provimento a recurso que visa reformar sentença que impede o banco de debitar na conta-corrente do apelado valor de prestação oriunda de empréstimo. Razão de tal posição é o fato de serem os valores depositados na conta-corrente do apelado oriundos de proventos de aposentadoria (Apelação Cível nº 1.0701.03.047881-5/001, Relator: Des. Mota e Silva, Relator para o acórdão Des. Maurílio Gabriel, *DJ* de 23.11.2006).
>
> Agravo de instrumento. Desconto em conta-corrente. Licitude. Limitação a percentagem dos rendimentos. Dignidade da pessoa humana. *Astreinte*. Ordem judicial. Finalidade coercitiva. - 1 - O desconto em conta-corrente de débito é lícito, desde que autorizado pelo correntista. - 2 - Deve-se, contudo, limitar o desconto em conta-corrente no patamar de trinta por cento dos rendimentos do correntista, sob pena de inviabilizar sua subsistência e de sua família. - 3 - É possível a fixação de multa por descumprimento de ordem judicial, devido a expresso permissivo legal. - 4 - As *astreintes* devem ser fixadas em valor apto a cumprir sua finalidade, qual seja, meio de coerção para que o devedor cumpra a obrigação que lhe foi imposta (Agravo nº 1.0024.07.807372-3/001, Relator Des. Pedro Bernardes, *DJ* de 13.05.2008).

> Civil e processual. Ação de indenização. Danos morais. Apropriação, pelo banco depositário, de salário de correntista, a título de compensação de dívida. Impossibilidade. CPC, art. 649, IV. Recurso Especial. Matéria de fato e interpretação de contrato de empréstimo. Súmulas n. 05 e 07 - STJ. I. A controvérsia acerca do teor do contrato de empréstimo e da situação fática que envolveu o dano moral encontra, em sede especial, o óbice das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. II. Não pode o banco se valer da apropriação de salário do cliente depositado em sua conta corrente, como forma de compensar-se da dívida deste em face de contrato de empréstimo inadimplido, eis que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie, a teor do disposto no art. 649, IV, da Lei Adjetiva Civil, por analogia corretamente aplicado à espécie pelo Tribunal *a quo*. III. Agravo improvido (AgRg no Ag 353291/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *DJ* de 28.06.2001).

Banco. Cobrança. Apropriação de depósitos do devedor. O banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão. Recurso conhecido e provido (REsp 492777/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, *DJ* de 05.06.2003).

Direito bancário e processual civil. Conta-corrente. Proventos. Aposentadoria. Retenção. Impossibilidade. Dano moral configurado. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a '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'. - Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido (REsp 1012915/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJ* de 16.12.2008).

Portanto, constatado que os descontos ultrapassam o limite de 30% dos vencimentos do agravante e que a conta-corrente em que são feitos possui natureza salarial, o débito automático deverá ser limitado ao percentual de 30% do salário. Isso não significa dizer que o agravante ficará liberado do pagamento das dívidas. Ele deverá honrar integralmente os compromissos assumidos. No entanto, a dívida deverá ser recalculada, de forma que o valor integral dos descontos mensais na conta bancária do agravante não ultrapasse o percentual de 30% dos seus rendimentos.

Assim sendo, com esses fundamentos, nego provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e WAGNER WILSON.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Instituição financeira - Cumprimento de sentença - Exibição de documentos - Multa cominatória - Descabimento

Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Instituição financeira. Cumprimento de sentença. Exibição de documentos. Fixação de multa diária pelo descumprimento. Impossibilidade.

- Conforme Súmula 372 do STJ não cabe aplicação de multa cominatória em ação de exibição de documentos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.08.288149-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco do Brasil S/A - Agravado: Fumio Akaki - 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 José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2010. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por Banco do Brasil S.A., contra a r. decisão de f. 40-TJ, proferida nos autos da Ação de Cobrança ajuizada pelo agravado em desfavor do banco agravante, via da qual o MM. Juiz de primeira instância determinou a exibição dos extratos reclamados na inicial, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R$300,00 (trezentos reais).

Irresignado, busca o agravante a reforma da decisão, argumentando, em sede de preliminar, que a r. decisão deve ser cassada, por não ter sido devidamente fundamentada.

Sustenta que é incabível a imposição de multa por ocasional descumprimento à determinação de juntada dos extratos, conforme entendimento jurisprudencial pacificado.

Por essas razões, pediu o processamento do presente agravo, o deferimento do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

O MM. Juiz prestou suas informações à f. 54-TJ.

Contraminuta às f. 57/68-TJ.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I - Preliminar de nulidade da decisão - ausência de fundamentação.

Alega o agravante que a r. decisão recorrida não foi devidamente fundamentada, razão pela qual deve ser declarada nula.

Sem razão.

Não ofende o art. 93, IX, da Constituição da República a decisão que, embora de forma sucinta, apresenta seus fundamentos de maneira clara e direta.

Verifica-se que a decisão de f. 40-TJ preenche os requisitos previstos pela Constituição Federal, tendo sido emanada do Magistrado ordem clara e precisa.

Conclui-se, pois, que, mesmo que sucintamente, o Julgador de primeiro grau apresentou os fundamentos que balizaram sua decisão, com a correta fundamentação, razão pela qual não há falar em nulidade.

Rejeito a preliminar.

II - Mérito.

Ao proferir decisão interlocutória à f. 40-TJ, o MM. Juiz determinou a exibição dos documentos pelo banco agravante, bem como fixou pena de multa diária pelo eventual descumprimento da medida, fixando para tanto o prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R$300,00 (trezentos reais).

No que concerne à aplicação de multa coercitiva, o STJ, através da Súmula nº 372, consolidou o entendimento de que não cabe a aplicação da multa cominatória em ação de exibição de documentos, conforme abaixo transcrita:

Súmula 372 – "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".

Incabível, portanto, a incidência de multa como meio coercitivo para o cumprimento da determinação judicial, no presente caso.

Com tais fundamentos, rejeito a preliminar e dou provimento ao agravo, para afastar a incidência da multa cominada.

Custas, *ex lege*.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o em. Relator. Contudo, importante ressaltar que o pedido de incidental de exibição, feito no bojo da ação de conhecimento, deve observar as normas dos arts. 355 a 363 do CPC.

Segundo a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> Se a exibição não se fizer, sem qualquer justificativa, o juiz proferirá decisão interlocutória, em que admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (art.359, nº I) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. I n *Curso de direito processual civil*, 10. ed., v. I, p. 435).

Dessa forma, em se tratando de exibição incidental, o preceito cominatório da medida reside na admissão dos fatos como verdadeiros, o que por meio dos documentos a parte pretendia provar, conforme estabelece o art. 359 do CPC.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal:

> Ação de cobrança. Expurgos inflacionários. Não exibição dos documentos. Imposição de multa. Impossibilidade. - Diante da existência de penalidade específica para o não cumprimento da determinação de apresentação de documentos (art. 359 do CPC), não se justifica a imposição da pena de multa diária (Agravo nº 1.0707.07.142737-1/001, Relator: Desembargador Elpídio Donizetti Nunes, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, p. em 9/5/2008).

> Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Exibição de documentos. Concessão incidental. Multa cominatória de previsão legal. Aplicação do preceito constante do art. 359 do CPC. Recurso provido. - A exibição de documentos poderá ser requerida de forma preparatória ou incidental. De sorte que, havendo a demonstração dos pressupostos elencados no art. 356 do CPC e, via de consequência, o deferimento da exibição incidental, nos termos do art. 355 do referido códex, caberá à parte contrária o ônus de comprovar a inexistência dos documentos a serem apresentados ou, ainda, que eles não se encontram em seu poder. Nos artigos que disciplinam a exibição de documentos, não há previsão de fixação de multa pela sua não apresentação. Ao contrário, o que se infere do disposto no art. 359 do estatuto processual civil é que, se o requerente não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357, a consequência será que, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio dos documentos, pretendia a parte provar (Agravo nº 1.0024.07.530264-6/001, Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, p. em 30/4/2008).

Assim, diante da existência de penalidade específica para o não cumprimento da decisão que determina a apresentação de documentos, não se justifica a aplicação da pena de multa diária.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o emiente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

Execução - Penhora de renda de pessoa jurídica - Possibilidade - Medida excepcional - Esgotamento dos meios - Necessidade de comprovação

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Penhora de renda de pessoa jurídica. Possibilidade. Excepciona-

lidade da medida. Necessidade de comprovação do esgotamento dos meios. Ausência.

- A penhora de renda bruta de pessoas jurídicas ou equiparadas só se faz possível em casos excepcionais, se o credor já tiver diligenciado na busca de outros bens capazes de garantir o juízo da execução e não tiver obtido sucesso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.038249-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Editora O Dia S.A. - Agravada: DPVAT Prestadora de Serviços de Recebimentos de Seguros Ltda. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2010. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível desta Capital, que, nos autos da ação monitória proposta pela Editora O Dia S.A. em desfavor de DPVAT Prestadora de Serviços de Recebimento de Seguros Ltda., indeferiu o pedido de penhora sobre a renda bruta da empresa agravada (f. 71-TJ).

Nas razões de f. 02/10-TJ, a agravante defende a possibilidade de penhora do rendimento bruto diário da empresa, ao fundamento de que o percentual pugnado não inviabilizará a atividade empresarial.

Sustenta que a execução deve correr em benefício exclusivo do credor, não se distanciando, contudo, dos ditames do art. 620 do CPC.

Destaca que a agravada não possui "outros bens passíveis de penhora ou, se existe, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado" (f. 05-TJ).

Ao final, pugna pela reforma da decisão agravada.

À f. 78-TJ, o recurso foi recebido.

O MM. Juiz prestou as informações de f. 83, noticiando o cumprimento do art. 526 do CPC e mantendo a decisão recorrida.

A agravada deixou de apresentar contraminuta, conforme certidão de f. 85-TJ.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

O mérito recursal cinge-se à análise da possibilidade de penhora sobre a renda bruta da pessoa jurídica.

Pelo que se infere dos autos, a agravante ajuizou ação monitória contra a agravada. Tendo em vista a ausência de pagamento ou defesa, após a intimação, o mandado inicial foi convertido em título executivo (f. 40-TJ).

Iniciado o procedimento sob o rito no art. 475-J do CPC, a executada foi intimada para pagar o débito em 15 (quinze) dias ou nomear bens à penhora (f. 52-TJ). Transcorrido o prazo sem qualquer medida, a agravante pediu o bloqueio *on-line* das importâncias porventura mantidas pela recorrida junto às instituições financeiras (f. 56-TJ), o que restou indeferido pelo Juízo *a quo*, muito embora tenha sido determinada: (I) a expedição de ofício ao Bacen, solicitando informações acerca da existência de ativos em nome da devedora, e (II) a indisponibilidade de montante equivalente ao valor do débito (f. 57-TJ). Todavia, a tentativa restou inócua, razão pela qual a agravante postulou a expedição de ofício para a Secretaria da Receita Federal, para que o órgão enviasse ao Juízo as Declarações do Imposto de Renda dos últimos 2 (dois) anos (f. 65-TJ), o que foi indeferido pelo Julgador (f. 66/67-TJ). Por fim, a agravante pugnou pela penhora da renda bruta diária da empresa (f. 40-TJ), pedido que também restou indeferido (f. 71), e é objeto do presente recurso.

Examinando tudo o que dos autos consta, os princípios de direito e a legislação específica, tenho que a decisão recorrida deve ser mantida.

Como cediço, o ato da penhora é descrito pela doutrina como a ação de especificar, de destacar do patrimônio do devedor o bem que irá responder pela execução.

> De todos os bens que respondem pelas obrigações do executado, um é escolhido e separado dos demais, ficando, a partir de então, afetado à execução forçada, ou seja, comprometido com uma futura expropriação a ser feita com o objetivo de satisfazer o direito do exequente; penhorar é, portanto, predispor determinado bem à futura expropriação no processo executivo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 521).

A penhora de renda, faturamento ou receitas das pessoas jurídicas ou equiparadas é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio; todavia, é medida excepcionalíssima, que só deve ser deferida em caso de não serem encontrados bens ou direitos outros livres para constrição.

O tema é pacífico na jurisprudência dos tribunais e nem sequer exigia maior fundamentação pelo MM. Juiz. Com efeito, na espécie, pertinente a lição do Ministro Luiz Fux, manifestado no julgamento do AgREsp 498.483/CE, de 29.09.2003, *verbis*:

> [...]
> 1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão por que esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra favor *debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.
> 2. Admite-se como sendo possível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que não sejam apresentados outros bens passíveis de garantir a execução, ou, caso os indicados sejam de difícil alienação.

Nesse caso, a pretensão da agravante não deve ser acolhida, porque ela não demonstrou haver esgotado os meios para a localização de bens passíveis de penhora. Assim, a renda da agravada não se mostra o único modo para a realização do crédito da agravante.

Nesse sentido, já decidiu o STJ em casos análogos:

> [...] A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, desde que em caráter excepcional, ou seja, após não ter tido resultado a tentativa de constrição sobre outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal e, ainda, que haja nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, consoante o disposto nos arts. 677 e 678 do CPC (REsp 701.109/RJ - 2ª Turma/STJ - Rel. Min. Castro Meira - *DJ* de 16.06.2005).

> Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Execução. Penhora sobre o faturamento. Possibilidade.
> 1. Em hipóteses excepcionais, admite-se a penhora sobre a renda da empresa, situação verificada nos autos. Examinar a viabilidade da constrição do bem já hipotecado ou apreciar a existência de outros bens exige o reexame de prova, o que não é possível nesta sede, incidindo a Súmula nº 7/STJ.
> 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 662.851/MG - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - j. em 29.11.2006 - *DJ* de 02.04.2007, p. 264).

> Processual civil. Embargos de divergência. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor. Penhora da renda diária da empresa. Excepcionalidade. Requisitos e cautelas necessárias. Caso concreto. Possibilidade. Art. 257, RISTJ. Julgamento da outra questão suscitada no recurso especial. Possibilidade. Embargos providos.
> I - A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais.
> II - Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora.
> III - Mostra-se, necessário, no entanto, que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora. Além disso, impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento, nos termos do art. 678, parágrafo único, CPC (EREsp 311.394/PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Corte Especial - j. em 29.06.2005 - *DJ* de 09.10.2006, p. 246).

Bem como este Sodalício:

Processual civil. Agravo de instrumento. Execução por título extrajudicial. Duplicata de prestação de serviço. Penhora de renda bruta do condomínio executado. Ausência de diligência do credor na busca de outros bens. Indeferimento. Manutenção da decisão. Recurso conhecido e não provido. A penhora de renda bruta de pessoas jurídicas ou equiparadas só se faz possível em casos excepcionais, se o credor já tiver diligenciado na busca de outros bens capazes de garantir o juízo da execução e não tiver obtido sucesso. O ato da penhora deve ser feito de modo menos gravoso ao devedor, conforme art. 620 do CPC, sendo certo que a penhora de renda bruta do condomínio pode comprometer seu funcionamento (AI nº 1.0024.04.458293-0/001 - Rel. Des.ª Márcia De Paoli Balbino - *DJ* de 10.11.2005).

Ação de cumprimento de sentença. Penhora sobre o faturamento da empresa. Medida drástica. Necessidade de comprovação induvidosa quanto à inexistência de outros bens passíveis de constrição. - A penhora sobre o faturamento da empresa é medida excepcional, somente cabível quando comprovado o esgotamento dos meios hábeis para localização de bens livres, direitos ou valores, passíveis de penhora, de propriedade da pessoa jurídica devedora. Diante de tal constatação, deverá o juiz nomear administrador legal para efetuar o bloqueio mensal limitado a 30% da renda bruta da empresa, valor a ser repassado para o credor-agravado e decotado do montante exeqüendo. Destarte, tendo os agravados comprovado que não lhes resta outra opção para satisfazer o seu crédito, senão com a penhora de um percentual do faturamento da pessoa jurídica agravante, a nosso aviso, está caracterizada a situação excepcional, que permite a penhora de renda da empresa (AI nº 1.0145.00.024113-6/001 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - *DJ* de 15.05.2008).

Penhora. Incidência sobre faturamento de empresa. - Admite-se a penhora sobre faturamento de empresa, desde que, cumuladamente: o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, arts. 678 e 719) e o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial (AI nº 2.0000.00.397162-6/000 - Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires - *DJ* de 11.03.2003).

Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora. Art. 620 do CPC. - Se por mais de um meio for possível alcançar o fim da execução, optar-se-á por aquele que menor gravame

> traga ao devedor, pois o que se busca neste procedimento é o cumprimento forçado da obrigação, e não a punição do executado (AI nº 2.0000.00.367707-6/000 - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - *DJ* de 03.08.2002).

Além disso, a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que a penhora sobre renda, faturamento ou receita é medida excepcional, devendo-se levar em conta também que a execução deve se fazer pelo modo menos gravoso para o devedor, conforme disposto no art. 620 do CPC, nos termos do seguinte aresto:

> Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Penhora sobre o faturamento da empresa. Hipóteses excepcionais. Art. 620, do CPC.
> - A penhora sobre o faturamento da empresa somente deverá ocorrer em hipóteses excepcionais, quando não existir substituição idônea, em atenção ao princípio insculpido no art. 620 do CPC, pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso para o executado.
> - Indemonstrada a insuficiência de bens para garantir o débito, observa-se a prevalência do entendimento desta Corte pela inexigência da penhora sobre o faturamento da empresa.
> Agravo regimental improvido (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 448429/SP - Rel. Min. Francisco Falcão - *DJ* de 1º.12.2002).

> Processual civil. Execução fiscal. Penhora. Art. 11, § 1º, da Lei nº 6.830/80.
> 1 - Ordem judicial determinando que sejam penhorados os valores encontrados em depósitos bancários e aplicações financeiras, em nome da executada, sem indicação de valor certo e determinado, em face de não se ter acolhido nomeação de bens móveis em situação irregular, não viola os arts. 620 e 677 do CPC, nem o art. 11, § 1º, da Lei nº 6.830/80.
> 2 - Só há negação de vigência ao art. 535, I e II, do CPC, quando o acórdão omite-se na apreciação de questão previamente suscitada pela recorrente.
> 3 - Impossibilidade da penhora recair em rendimentos da empresa, sem esgotar a gradação prevista no Código de Processo Civil para tal ato, por tal representar constrição da própria empresa, que, só em último caso, deve ser efetuada.
> 4 - Recurso conhecido parcialmente e provido na parte conhecida (REsp 196585/PE - Rel. Min. José Delgado - 1ª Turma/STJ - *DJ* de 27.04.1999).

Outro não tem sido o entendimento deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Execução. Nomeação de bens à penhora. Gradação. Penhora sobre faturamento. Excepcionalidade. Inteligência dos art. 620 e 655 do CPC. - Sobre ser possível a penhora do faturamento de uma empresa, certo é que a jurisprudência tem se orientado no sentido de que o seu deferimento só é aconselhável em situações excepcionais, após frustradas tentativas de penhora sobre outros bens. [...] (AI 398.512-0/Uberlândia - Rel. Juiz Armando Freire - *DJ* de 30.04.2003).

A constrição sobre a renda, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento diário bruto da agravada, pode ensejar danosas consequências no âmbito financeiro da empresa.

Na verdade, a penhora de renda ou faturamento só pode ser efetivada quando observados os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva: a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional; a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução; o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação; a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento); fixação de percentual que não inviabilize a economia do executado.

Nesse sentido:

> [...] A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, desde que em caráter excepcional, ou seja, após não ter tido resultado a tentativa de constrição sobre outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal e, ainda, que haja nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, consoante o disposto nos arts. 677 e 678 do CPC (REsp 701.109/RJ - 2ª Turma/STJ - Rel. Min. Castro Meira - *DJ* de 16.06.2005).

Nada impede diligência no processo, na busca de bem outro para a garantia da execução, e, no caso dos autos, não está comprovado que houve diligência para a localização desses bens junto ao Detran ou Cartório de Registro de Imóveis, por exemplo.

É o que ensina Araken de Assis, em sua obra *Manual do processo de execução* (8. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 671):

> Seja como for, a penhora de rendas de qualquer estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, assentou a 1ª Turma do STJ, jamais consistirá em simples depósito em conta judicial ou bancária, exigindo providência e forma de administração ditadas pela lei processual por afetar, na verdade, e comprometer o capital de giro, significando a constrição do próprio estabelecimento.
> Em outras palavras, a penhora de dinheiro supõe a disponibilidade deste, não se confundindo com a penhora do faturamento, que exige nomeação de administrador na forma do art. 719.

Com efeito, a penhora de renda ou faturamento não pode ser deferida, entendo, de maneira descuidada

ou por mera opção do credor, só sendo cabível em casos excepcionais, em que esteja comprovada a inexistência de bens outros passíveis de penhora, substituição ou reforço.

Nesse sentido:

> 1) [...] A penhora sobre percentual do faturamento é medida excepcional e não equivale a penhora sobre dinheiro. Além disso, a verificação se os bens oferecidos em garantia são suficientes, se existem outros bens passíveis de constrição, ou se a penhora sobre os rendimentos da empresa constitui meio mais gravoso (EDcl no REsp nº 469.847/RS - 1ª Turma/STJ - Rel.ª Min.ª Denise Arruda - *DJ* de 02.08.2005).
>
> 2) Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora sobre rendimento de jogo da sociedade executada. Não demonstração da inexistência de outros bens passíveis de constrição. Impossibilidade. - É possível a penhora sobre renda de sociedade executada somente quando cabalmente demonstrado inexistirem outros bens passíveis de penhora (AI 511.316-0/Belo Horizonte - 14ª Câm. Cível/TJMG - Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - *DJ* de 29.06.2005).
>
> 3) Ementa: Execução. Penhora sobre o faturamento. Existência de outros bens. Ausência de provas. - 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 (AI 470.009-2/Juiz de Fora - 6ª Câm. Cível/TAMG - Rel. Juiz José Affonso da Costa Côrtes - *DJ* de 03.03.2005).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso e, em consequência, confirmo a decisão de f. 71-TJ, por outros fundamentos.

Custas recursais, pela agravante.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Telefone celular - Furto do aparelho - Período de carência - Inexecução involuntária - Rescisão do contrato - Multa indevida - Dano moral - Indenização - Não cabimento

Ementa: Apelação. Telefone celular. Furto do aparelho. Período de carência. Inexecução involuntária. Rescisão contratual. Multa indevida. Danos morais. Meros dissabores e contrariedade. Indenização indevida.

- A ocorrência de furto de aparelho celular em período de carência do plano caracteriza a inexecução involuntária do usuário, impondo-se a resolução do contrato sem quaisquer ônus às partes contratantes.

- Aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação e sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.390689-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Michelly Gisele de Oliveira - Apelada: Telemig Celular 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 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, 28 de janeiro de 2010. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Michelly Gisele de Oliveira, por não se conformar com a sentença que julgou improcedente os pedidos formulados na "ação ordinária de extinção contratual c/c repetição de indébito e indenizatória por danos morais" por ela ajuizada contra a Telemig Celular S.A.

Esclarece a recorrente que "contratou os serviços da ré através de uma 'Promoção Natal' em 2006, quando a apelada lhe ofertou a possibilidade de aderir a um plano com a prerrogativa de pagar mês sim mês não a fatura de serviços".

Relata ter sido o seu aparelho furtado e que, por isto, procedeu ao bloqueio da linha telefônica, mediante pagamento desse serviço.

Acrescenta que, para sua surpresa, a recorrida suspendeu a promoção a que aderira, "sob o argumento de que o bloqueio da linha seria motivo para tanto".

Aduz que, "desesperada com a inusitada situação, em que estaria sendo compelida a pagar por serviços não prestados, pleiteou a rescisão do contrato", tendo sido informado que, para isto, teria de "pagar a multa contratual".

Assevera que, valendo-se de cláusulas contratuais potestativas, a empresa de telefonia aduziu que poderia, a qualquer tempo, suspender a promoção.

Aduz que "somente veio a ter conhecimento do conteúdo do contrato após os acontecimentos narrados, após o pedido de bloqueio".

Alega que "no caso em voga, houve publicidade enganosa, informação imprecisa, cláusula contratual mais vantajosa à ré e desigualdade de tratamento".

Pondera que o furto do aparelho constitui "um caso fortuito", impondo-se a rescisão do contrato "sem imposição de ônus para a parte contratante".

Sustenta ser também cabível a indenização por danos morais pretendida na inicial, porquanto "foi ludibriada, perdeu seu tempo nas infrutíferas tentativas de argumentar com a apelada e foi ludibriada ao arcar com os custos sem fazer gozo da promoção".

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com a procedência dos pedidos exordiais.

Em contrarrazões, a Telemig Celular S.A. bate-se pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Aos 22 de dezembro de 2006, a autora firmou com a ré contrato de prestação de serviço de telefonia móvel, no plano denominado "Ideal 75 - GSM" (cf. f. 53 e 54).

Na ocasião, aderiu, ainda, à promoção "Menu de Ofertas", obtendo "R$ 50,00 (cinquenta reais) de desconto no valor do aparelho" e sujeitando-se "ao pagamento de multa, no valor equivalente ao desconto concedido" se, "durante o período de 6 (seis) meses, contados da data de habilitação do acesso", efetuasse "a migração para um plano de serviço cujo valor mensal" fosse "inferior ao valor mensal do plano habilitado no ato da adesão à presente promoção" ou efetuasse "o cancelamento do contrato firmado", multa esta que seria "cumulativa com a multa prevista na Promoção de Aquisição" (cf. regulamento à f. 55 e, em especial, a sua cláusula 3.1).

Aderiu, ainda, a autora à promoção "Natal 2006" (cf. f. 56 e seguintes), onde, mediante concessão de "crédito referente a 100% (cem por cento) de desconto no valor da assinatura e franquia do plano contratado, por 6 (seis) contas alternadas, durante 12 (doze) meses", assumiu, "obrigatoriamente, vinculação com a operadora pelo período mínimo de 15 (quinze) meses, contados da data de adesão a esta promoção, sob pena de aplicação de multa em caso de rescisão antecipada".

Na mencionada promoção, restou também ajustado que "o benefício oferecido nesta promoção não será concedido caso haja fatura/conta telefônica com pagamento realizado em atraso e/ou conta telefônica em aberto para o acesso contemplado, bem como em casos de parcelamento de conta telefônica e suspensão do acesso contemplado" (cf. cláusula 5.2 do regulamento às f. 58).

A apelante assinou ao final dos instrumentos do contrato de prestação de serviços e das promoções a que aderiu, bem como rubricou todas as páginas de tais instrumentos.

É de se pressupor, portanto, ter ela tomado ciência de todas as cláusulas e condições ali estipuladas, concordando com as mesmas.

Anoto, ainda, que, em princípio, as cláusulas que estipulam a extinção do contrato e a consequente cobrança da multa pactuada não afrontam a legislação em vigor.

É certo que, aos 2 de fevereiro de 2007, o aparelho telefônico móvel adquirido pela apelante foi furtado, fato este que, além de comprovado pelo Boletim de Ocorrência Policial anexado às f. 25/26, não foi impugnado pela apelada.

Alegando "que o caso fortuito (furto do aparelho) a impediu de" utilizar dos serviços contratados, pretende a apelante, inicialmente, "ver declarada a extinção da relação contratual sem que lhe seja cominada a multa pecuniária pela rescisão contratual antes do termo de carência".

Preceitua o Código Civil que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado" (art. 393), sendo que "o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir" (parágrafo único do mesmo artigo).

Na hipótese em exame, restou configurada a ocorrência do caso fortuito, pois a continuidade da prestação dos serviços contratados restou obstada por fato alheio à vontade da contratante, ou seja, pelo furto do aparelho celular.

A ocorrência do furto de aparelho celular em período de carência do plano caracteriza a inexecução involuntária do contrato e leva à sua rescisão sem quaisquer ônus para a contratante, como por ela requerido.

Neste sentido sinaliza a jurisprudência:

> O cumprimento do contrato só é exigível enquanto se conservarem imutáveis as condições externas, pelo que, havendo alterações das circunstâncias, modifica-se a execução, com vistas a se restabelecer o *statu quo ante*. Dessa forma, a ocorrência de fato imprevisível causador de onerosidade excessiva a uma das partes impõe a resolução do contrato sem qualquer ônus, com base na teoria da imprevisão (ac. un. da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº. 1.0145.06.320869-1/001 da Comarca de Juiz de Fora, Rel. o Des. Fábio Maia Viani, publ. no *DJMG* em 25.7.2007).

> O fato do roubo do telefone celular vinculado à linha contratada com cláusula de fidelização por certo período, enquanto motivo de força maior, afasta a voluntariedade da rescisão contratual, tornando inexigível do consumidor tanto a multa, quanto os débitos constituídos posteriormente ao evento (ac. un. da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso Inominado nº. 71000943282 da Comarca de Porto

Alegre, Rel. o Juiz João Pedro Cavalli Júnior, publ. no *DJRS* em 3.10.2006).

Pretende, ainda, a recorrente a devolução, em dobro, dos valores que lhe foram cobrados após ter comunicado o furto do aparelho telefônico à Telemig Celular S.A.

Verifico, todavia, que inexiste, na fatura vencida aos 16 de janeiro de 2007, acostada às f. 62/63, a cobrança de qualquer parcela indevida.

Constato, também, que a fatura telefônica vencida aos 22 de fevereiro de 2007, apresentada de forma detalhada com a defesa ofertada (cf. f. 64/66), refere-se, em sua quase totalidade, a serviços utilizados antes do furto do aparelho telefônico.

Há nela apenas duas ligações telefônicas realizadas no dia 2 de fevereiro do mesmo ano para o terminal (32) 9954-9291 (cf. f. 64), que, segundo a recorrente, teriam sido efetivadas pelo "autor do furto", antes de ser o fato comunicado à empresa de telefonia móvel (cf. Boletim de Ocorrência Policial, à f. 26).

Por isso, não há como compelir esta empresa a devolver os valores destas ligações.

Anoto, por fim, que, na fatura vencida aos 16 de março e que se encontra às f. 67, há apenas a cobrança dos valores decorrentes do bloqueio do aparelho telefônico, quantias essas efetivamente devidas pela recorrente, por dizer respeito a serviço por ela postulado.

Por consequência, não há valores a serem devolvidos à apelante.

O fato de a operadora de telefonia ter-se recusado a rescindir o contrato sem ônus para a usuária por si só, não enseja a indenização por dano imaterial, como postulado na petição inicial, pois acarretou à apelante apenas aborrecimento, mágoa e dissabor, que fogem da órbita do dano moral e não fazem surgir o direito à percepção de seu ressarcimento.

Os danos morais, sob pena de serem banalizados, exigem mais do que isto e, no preciso ensinamento de Carlos Alberto Bittar,

> [...] plasmam-se, no plano fático, como lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais, ou conforme os Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (*Reparação civil e danos morais*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 46).

A jurisprudência encampa este entendimento:

> Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais pelos mais triviais aborrecimentos (ac. do extinto Tribunal de Alçada deste Estado na Apelação 301.729-0, Rel. o então Juiz Lauro Bracarense, j. aos 2.3.2000).

> Não é toda situação desagradável e incômoda, aborrecimento ou desgaste emocional que faz surgir, no mundo jurídico, o direito à percepção de ressarcimento por danos morais, não se justificando seja perseguido em situação não abrangida no art. 5º, V e X da CF (Ac. do extinto Tribunal de Alçada deste Estado na Apelação 347.452-0, Rel. a então Juíza Beatriz Pinheiro Caíres, j. aos 4.4.2002).

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso apenas para, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinar a extinção do contrato de prestação de serviço de telefonia móvel firmado entre as partes, sem a cobrança da multa rescisória.

Em face da sucumbência recíproca, condeno cada parte a pagar metade das custas processuais, inclusive as recursais, e os honorários dos advogados da parte adversa, que arbitro em R$ 800,00 (oitocentos reais), a serem compensados.

Fica, entretanto, suspensa a exigibilidade de tais ônus em relação à autora-apelante, por estar ela amparada pela assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIBÚRCIO MARQUES e JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Plano de saúde - Recém-nascido - Procedimento médico - Urgência/emergência - Cobertura assistencial - Obrigatoriedade - Arts. 12, III, *a*, e 35-C da Lei nº 9.656/98 - Relação de consumo - Prestação de serviços médicos e hospitalares - Contrato de adesão - Cláusulas - Interpretação favorável à parte hipossuficente

Ementa: Plano de saúde. Relação de consumo. Lei nº 9.656/98. Recém-nascido. Cobertura assistencial. Art. 12 da Lei 9.656/98. Procedimento médico. Urgência/emergência. Negativa de cobertura. Código de Defesa do Consumidor.

- O art. 12 da de Lei 9.656/98, em seu inciso III, alínea a, assegura a cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto. Nos termos

do art. 35-C da Lei 9.656/98, é obrigatória a cobertura nos casos de urgência e emergência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.402355-7/002 EM CONEXÃO COM APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.07.465517-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: G.B.L.L., representado pela mãe L.A.B. - Apelada: Unimed BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo apelado a Drª Lílian Vidal Silva.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Agradeço os subsídios trazidos da tribuna pela Drª Lílian, registro ter recebido memorial.

Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 178/180, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação com pretensão cominatória proposta por G.B.L.L em face de Unimed BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor a arcar com o pagamento dos ônus de sucumbência.

Através do presente feito, pretendeu o autor fosse a ré compelida a custear as despesas hospitalares descritas na inicial.

Tendo o Magistrado *a quo* julgado improcedentes os pedidos iniciais, contra esta decisão se insurge o autor, através do recurso ora analisado, pretendendo o reexame da questão por este Tribunal.

Inconformado com a sentença, interpôs recurso o autor, vindo as razões às f. 181/194. Sustenta o apelante que sua pretensão relativa ao pagamento das despesas hospitalares diz respeito ao atendimento de emergência previsto no art. 35-C da Lei nº 9.656/99, que impede qualquer carência contratual. Argumenta que o mesmo, recém-nascido, teve sua inclusão no plano de saúde realizada dentro do prazo de carência de 30 (trinta) dias previsto em lei. Cita o art. 12 da Lei nº 9.656/99, alegando que tal dispositivo assegura cobertura assistencial ao recém-nascido nos primeiros trinta dias após o parto. Defende que o relatório médico carreado aos autos faz prova inequívoca da sua necessidade urgente de internação no CTI, bem como acerca da inexistência de doença preexistente. Prossegue colacionando jurisprudências. Ao final, pede a reforma integral da sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial.

Sem preparo, sendo recebido o recurso à f. 196.

Contrarrazões às f. 197/204.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça às f. 212/216, opinando pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade.

Oportuno ressaltar que se mostra prescindível o preparo *in casu*, tendo em vista que a matéria objeto dos autos em apenso versa exatamente acerca dos benefícios da justiça gratuita pleiteada pelo ora apelante.

Sem preliminares arguidas, passo de pronto ao exame do mérito.

Mérito.

Conforme relatado, pretendeu o autor fosse a ré compelida a custear as despesas hospitalares descritas na inicial.

Narra a inicial que o autor nasceu em 6 de dezembro de 2006. Que, transcorridas vinte e uma horas do parto, o autor apresentou problemas respiratórios e teve que ser transferido para a internação no CTI do hospital.

Extrai-se também da exordial que, em data de 11.12.2006, a genitora do autor procurou a requerida a fim de proceder à inclusão de seu filho no seu plano de saúde, mas que, por um equívoco da ré, foi feito um contrato individual em nome do autor, sendo a situação regularizada somente em data de 12.12.2006, quando então o autor foi incluído como dependente no plano de saúde de sua mãe.

Exsurge ainda da inicial que a requerida informou à genitora do autor que só se responsabilizaria pelas despesas médico-hospitalares após a data de inclusão do autor no plano de saúde, ficando sob a responsabilidade de sua mãe as despesas anteriores a tal período.

Pois bem.

No recurso interposto, o autor alega, em suma, que sua pretensão relativa ao pagamento das despesas hospitalares diz respeito ao atendimento de emergência previsto no art. 35-C da Lei 9.656/99, que impede qualquer carência contratual.

Cita o art. 12 da Lei 9.656/99, alegando que tal dispositivo assegura cobertura assistencial ao recém-nascido nos primeiros trinta dias após o parto.

Defende que o relatório médico carreado aos autos faz prova inequívoca da sua necessidade urgente de internação no CTI, bem como acerca da inexistência de doença preexistente.

Por sua vez, a ré - Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - opõe-se ao custeio integral das despesas hospitalares, ao argumento de que o autor foi incluído no plano de saúde de sua genitora 5 (cinco) dias após o parto, razão pela qual não pode ser compelida a arcar com as despesas hospitalares anteriores a tal data.

Data venia, tenho que assiste razão ao apelante.

A priori, não se pode olvidar que ao contrato de f. 46/53, firmado entre as partes, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

De igual modo, impera reconhecer que os contratos firmados pelo autor e sua genitora junto à ré são posteriores à vigência da Lei 9.656/98, ficando sujeitos, portanto, à referida norma.

Conforme se infere dos autos (f. 46), a genitora do autor celebrou em data de 9.5.2006, junto à Unimed de Belo Horizonte, contrato para prestação de serviços médicos e hospitalares.

De outro norte, restou demonstrado nos autos que o autor teve que ser submetido à internação no CTI em menos de 24 (vinte e quatro) horas após o parto, restando patente a situação de urgência em relação ao procedimento médico de que necessitava o autor. É o que se observa dos documentos de f. 38/43.

Nesse contexto, mister concluir que, a despeito da inclusão do autor no plano de saúde de sua genitora só ter se efetivado em data de 12.12.2006, não poderia a requerida se escusar ao pagamento das despesas hospitalares do tratamento de que necessitava o autor, recém-nascido, por expressa disposição legal.

Ora, dispõe o art. 12 da Lei 9.656/98, em seu inciso III, alínea *a*, *in verbis*:

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o artigo 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
> [...]
> III - quando incluir atendimento obstétrico:
> a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; [...].

Assim, o artigo de lei supracitado deixa indene de dúvidas que não poderia ser negada pela ré assistência à saúde do autor, nos 30 (trinta) primeiros dias após o parto, independentemente de sua inscrição como dependente no plano de saúde de sua mãe, uma vez que o seu direito à cobertura assistencial decorre também do plano de saúde de sua genitora.

Ressalte-se ainda que o procedimento pretendido pelo autor configura hipótese de urgência/emergência, não estando sujeito a prazo de carência.

Preceitua o art. 35-C da Lei 9.656/98, *in verbis*:

> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

Ademais, tratando-se de contrato de adesão, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira favorável à parte hipossuficiente, não havendo amparo para a negativa de cobertura pela ré do procedimento necessário ao tratamento do autor.

Por evidente, a negativa pela ré de cobertura do procedimento médico pretendido pelo autor restringe-lhe direitos inerentes à natureza do próprio contrato, a tal ponto de inviabilizar a realização do seu próprio objeto, que é a cobertura e garantia de saúde.

Dito isso, mister falar que o ordenamento pátrio, através do Código de Defesa do Consumidor, visou resguardar os direitos deste, diante de sua hipossuficiência em face dos prestadores de serviços, mormente quando se trata de direito à saúde, constitucionalmente protegido.

Ante tais considerações, tenho que a ré deve arcar com os custos dos procedimentos realizados pelo autor, devendo, portanto, sofrer reforma a decisão recorrida.

Em consequência, deve ser restituído ao apelante o cheque dado em caução por sua genitora junto ao estabelecimento hospitalar.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão de primeiro grau e julgar procedentes os pedidos iniciais, para condenar a ré a custear todo o tratamento do autor, conforme requerido na inicial.

Em face da procedência dos pedidos iniciais, condeno a requerida a arcar com o pagamento das custas processuais, inclusive recursais e honorários de advogado, que arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

DES. MARCELO RODRIGUES - Também agradeço à Dr.ª Lílian por sua participação neste julgamento e também pelo memorial que dela recebi, que, de minha parte, mereceu devida atenção.

No tocante ao mérito da matéria submetida a este julgamento, estou aderindo inteiramente ao voto do eminente Relator, até porque já tive oportunidade de votar na mesma linha de orientação em casos absolutamente similares ao presente.

Também dou provimento ao recurso.

DES. MARCOS LINCOLN - Senhora Presidente, da mesma maneira registro que recebi e dei a devida atenção ao memorial que me foi encaminhado pela apelada Unimed.

Também, da análise que fiz, estou acompanhando o voto do Relator para dar provimento ao recurso, pelos mesmos fundamentos.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Busca e apreensão - Conversão em ação de execução - Possibilidade - Pedido imediato - Alteração - Modificação do procedimento - Admissibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Conversão da ação de busca e apreensão em execução. Possibilidade. Deferimento.

- A alteração do pedido imediato deve ser admitido, mudando-se, consequentemente, a modificação do procedimento, já que este, usualmente, está atrelado àquele.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.08.51-3218-2/002 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Banco CNH Capital S.A. - Agravado: Paulo César Marcolino Borba - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2010. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de tutela, interposto por Banco CNH Capital S.A, nos autos da ação ordinária, em que contende com Paulo César Marcolino Borba, perante a 10ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, inconformado com os termos da decisão de f. 137, que indeferiu a conversão da ação de busca e apreensão em execução, porque não foi localizado bem para ser apreendido.

Em suas razões recursais afirma que tal decisão está em dissonância com a norma processual vigente, de acordo com o art. 294 do CPC, com entendimento doutrinário e jurisprudencial atual, sendo passível de reforma por este egrégio Tribunal.

Afirma que tal decisão há que ser retratada de acordo com o art. 529 do CPC.

Ausência de contraminuta devido à inércia da parte (f. 162).

Conheço do recurso, pois, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A estabilização da lide se dá em dois momentos: em primeiro lugar com o aperfeiçoamento da citação, a partir da qual somente é permitida a modificação dos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido) com a anuência do réu; em segundo lugar após o saneamento do processo, que impede a alteração do pedido e da causa de pedir, nos termos do art. 264, parágrafo único, do CPC.

A *contrario sensu*, antes da citação é livremente permitida a alteração dos elementos da ação.

Barbosa Moreira entende ser possível, antes da citação, a alteração tanto do pedido mediato quanto do imediato (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13):

> [...]
> 2. Quanto à alteração do pedido - isto é, à substituição do pedido originário por outro -, a lei a faculta:
> a) antes de citado o réu, pela simples manifestação do autor (art. 264, caput, a contrario sensu);
> b) após a citação (mas nunca depois de saneado o processo: art. 264, parágrafo único), mediante o consentimento do réu, exigível ainda na hipótese de revelia (art. 321) e insuprível pelo juiz. Ao réu, naturalmente, há de se assegurar-se novo prazo para resposta, pois, alterado o pedido, a ação passa a ser diversa (art. 301, § 2º, a contrario sensu).
> Observados os requisitos acima, é lícita a alteração:
> a) do objeto imediato do pedido (exemplo: o autor pedia a declaração de um crédito, passa a pedir a condenação do réu ao pagamento);
> b) do objeto mediato do pedido (exemplo: o autor pedia a condenação à entrega de determinada coisa, passa a pedir a condenação à entrega de coisa diversa).

Ora, se é permitida a alteração do pedido imediato, deve-se admitir, consequentemente, a modificação do procedimento, já que este, usualmente, está atrelado àquele.

É justamente o que ocorreu, *in casu*. O agravante procedeu à alteração do pedido imediato - de busca e apreensão da coisa dada em garantia (1.071, CPC) para a execução forçada da dívida (1.070, CPC) -, o que, inevitavelmente, acarretará a modificação do procedimento.

Além disso, permitir-se a alteração voluntária do procedimento é a solução que mais se amolda aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, buscando uma razoável duração do processo, direito garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII.

Em termos semelhantes, o seguinte julgado deste eg. Tribunal:

> Ementa: Execução. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Emenda à inicial. Alteração do pedido para cobrança. Possibilidade. - Se o exequente, antevendo não se tratar o contrato de abertura de crédito em conta-corrente de título executivo extrajudicial, requereu antes da citação alteração do pedido para cobrança, é de se possibilitar a adaptação do procedimento, com aproveitamento dos atos processuais que não causem prejuízo para a defesa (TJMG - AI 1.0024.96-0.010816-/001 - Des. Duarte de Paula, j. em 14.09.2005, p. em 24.09.2005).

Ademais, o art. 294 do CPC é taxativo: "Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa".

Com tais considerações, dou provimento ao agravo e torno definitiva liminar para a conversão da ação de

busca e apreensão em execução por quantia certa, nos termos do pedido, devendo o douto Magistrado de primeiro grau enfrentar o mérito, como entender de direito.

Custas recursais, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Execução de título extrajudicial - Penhora - Bem indicado em outra execução - Propriedade do bem constrito - Ausência de prova - Desconstituição da penhora - Dedução via embargos de terceiro

Ementa: Ação de execução de título extrajudicial. Penhora. Bem indicado em outra execução. Ausência de prova da propriedade do bem constrito. Desconstituição da penhora. Matéria que deve ser deduzida em embargos de terceiro. Reforma da decisão.

- Ausente a comprovação de que o bem não é de propriedade do executado, não tem ele legitimidade para refutar a validade da penhora ao fundamento de que o bem não lhes pertence, pretensão que deve ser deduzida pelo proprietário via embargos de terceiro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0451.06.005484-3/001 - Comarca de Nova Resende - Agravante: L.S. Guina Insumos - Agravados: Domingos Herculano Pires e outro - 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 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, 9 de fevereiro de 2010. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - L.S. Guina Insumos, qualificada nos autos, interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo [*rectius*: antecipação de tutela recursal], contra decisão proferida pela juíza da Vara Única da Comarca de Nova Resende (reproduzida à f. 42-TJ), a qual, nos autos da ação de execução de título extrajudicial movida em face de Domingos Herculano Pires e outra, desconstituiu a penhora anteriormente efetivada.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) os próprios agravados, nos autos da execução 0451.06.005483-5, ofereceram o bem ora constrito em garantia à execução;

b) a nota fiscal apresentada não é documento hábil à comprovação de que o bem não pertence aos agravados;

c) necessária a notificação da empresa Casa Nasser Comércio e Representações para que esta apresente em juízo cópias autenticadas das 10 (dez) notas fiscais anteriores e posteriores à colacionada aos autos, para que se possa aferir a autenticidade das informações constantes no documento em questão.

Arremata requerendo a concessão de efeito suspensivo [*rectius*: antecipação de tutela recursal] e, ao final, o provimento do recurso, para que seja reformada a decisão agravada, mantendo-se a penhora do bem. Caso assim não se entenda, pugna pela determinação de que se oficie a empresa Casa Nasser Comércio e Representações, a fim de que esta apresente notas fiscais, para que seja possibilitada a aferição da autenticidade do documento acostado aos autos.

Pugna, ao final, pela condenação dos agravados por litigância de má-fé.

Às f. 51-54-TJ, foi deferida a formação do agravo e deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intimados, os agravados apresentaram contrarrazões às f. 104-113-TJ, nas quaiis requerem a manutenção da decisão agravada e a condenação da agravante por litigância de má-fé.

À guisa de fundamentação, permito-me transcrever trecho da decisão por mim proferida quando da análise do pedido de efeito ativo:

> No caso dos autos, observa-se que a agravante, ao verificar que os agravados não possuíam outros bens, requereu a penhora de bem móvel indicado à constrição pelos próprios recorridos, nos autos de outra execução. Para comprovar suas alegações, juntou aos autos folha correspondente à petição em que os agravados indicaram referido bem à penhora.
>
> Após a efetivação da constrição, determinou o juiz a intimação dos executados para comprovarem nos autos a propriedade do bem penhorado.
>
> Ato contínuo, os recorridos informaram que a máquina penhorada não lhes pertencia e que esta era de propriedade de sua filha maior. Juntaram, na oportunidade, nota fiscal emitida no momento da aquisição do bem, em que consta como destinatária Paula Cristiane Silva Pires.
>
> A juíza de primeiro grau, então, desconstituiu a penhora, bem como determinou a intimação da agravante para indicação de outros bens de propriedade dos agravados, que sejam passíveis de constrição (f. 42-TJ).

Esta é a decisão que se pretende seja reformada por meio do presente recurso.

Pois bem. Certo é que a constrição deve efetivar-se sobre bens de propriedade do devedor.

Ocorre que, no caso em questão, os agravados apresentaram apenas a nota fiscal emitida no momento em que o bem foi adquirido. Embora nesta conste como destinatária Paula Cristiane Silva Pires, filha dos agravados, não se pode afirmar que o bem não é de propriedade dos recorridos.

Mesmo porque a atividade exercida pela filha do casal, que é advogada, não se compatibiliza com a aquisição do bem em questão, ou seja, uma colheitadeira mecânica, equipamento destinado à atividade agrícola. Nada impede, ainda, que a nota fiscal tenha sido emitida em nome da filha, mas que o equipamento seja de propriedade dos pais.

Cabe registrar que os agravados são produtores rurais e que o equipamento se encontra operando na propriedade do casal.

Por outro lado, restou comprovado nos autos que os próprios agravados ofereceram o bem como garantia em outra execução.

Além de considerar ausente a comprovação de que o bem não é de propriedade dos agravados, por outro lado entendo que, uma vez constrito, não têm os executados legitimidade para refutar a validade da penhora ao fundamento de que o bem não lhes pertence.

Assim, haja vista que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo nos casos autorizados por lei (art. 6º do CPC), deve ser considerada válida a penhora efetivada sobre o bem.

Nesse sentido:

> Se a penhora recaiu em bem que pertença a terceiro, este é que deve propor a ação de embargos de terceiro para desconstituí-la, não o executado, cuja defesa só pode versar sobre as hipóteses previstas no art. 741 do CPC (AC 420.243-9 - Rel. Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes - 7ª Câmara Cível - TAMG - *DJ* de 1º.4.2004).

Assim, deve ser mantida a constrição efetivada sobre o bem móvel em questão.

Quanto ao requerimento de condenação dos agravados por litigância de ma-fé, não cabe razão à agravante, visto que aqueles - por meio, obviamente, de seu procurador – se valeram do direito constitucional de recorrer (art. 5º, incisos XXXV e LV, da CF), no intuito de defender seus interesses, sem que, a meu ver, configurasse qualquer das hipóteses de incorrência em litigância de má-fé, motivo pelo qual deixo de condená-los ao pagamento de multa a esse título.

Por fim, no que tange ao pedido de condenação da agravante por litigância de má-fé, cabe salientar que ela também se valeu do direito constitucional de recorrer (art. 5º, incisos XXXV e LV, da CF), no intuito de defender seus interesses, sem que, a meu ver, configurasse qualquer das hipóteses de incorrência em litigância de má-fé.

Com essas razões de decidir, dou provimento ao agravo para manter a constrição efetivada sobre o bem.

Custas ao final, pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano material - Dano moral e estético - Agressão física - Lesão corporal - Responsabilidade civil de indenizar - Verificação - *Quantum* indenizatório - Arbitramento

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de indenização por danos materiais, danos morais e estéticos. Agressão física. Lesão corporal. Responsabilidade civil de indenizar. Verificação. Indenização. Razoabilidade, proporção e moderação. Recurso conhecido e não provido.

- Aquele que causa dano a outrem tem responsabilidade civil de indenizar.

- A reparação material é necessária para o ressarcimento dos gastos efetuados e decorrentes de agressão física, além dos gastos com o tratamento futuro.

- Se na sentença foi arbitrada indenização por dano moral com moderação e proporção às circunstâncias do caso, não há se falar em redução do valor da indenização.

Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0084.08.007565-2/001 - Comarca de Botelhos - Apelante: Felipe Cezar Pereira - Apelado: Marcos Belo de Oliveira - 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 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, 11 de março de 2010. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Marcos Belo de Oliveira ajuizou ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais contra Felipe Cezar Pereira, ao argumento de que foi agredido pelo réu e, em decorrência da agressão, sofreu graves lesões das quais resultaram sequelas que dependem de correção, e que lhe causaram, além de grande constrangimento, grande abalo e dor moral.

Alegou que, no dia 27.10.2007 se encontrava participando de uma cerimônia de casamento numa fazenda situada na zona rural do Município de Campestre/MG, quando, por volta das 18 horas, foi agredido violentamente pelo réu.

Aduziu que o réu, sem qualquer motivo aparente, desferiu uma garrafada na parte superior de sua cabeça, causando-lhe ferimentos que deixaram cicatrizes permanentes em sua face.

Sustentou que, em consequência da agressão, sofreu feridas lacero-contusas na derme, escoriação na asa do nariz, hematoma na região frontoparietal e ferida contusa e hematoma na face interna do lábio inferior.

Alegou que, após praticar a agressão, o réu deixou o local em seu veículo.

Aduziu que a atitude do réu surpreendeu a todos os convidados ante a inexistência de motivos para tal agressão, não tendo havido quaisquer indícios de discussão, briga ou insultos entre eles.

Alegou que, além dos danos materiais e estéticos, sofreu grande constrangimento e humilhação por se ver envolvido em grande confusão em plena celebração de um casamento, o que lhe causou dano à honra e a sua imagem de homem de conduta ilibada.

Ao final, requereu a condenação do réu ao pagamento de danos morais e danos estéticos a serem arbitrados pelo julgador e ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 8.817,00 (oito mil e oitocentos e dezessete reais). Requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Juntou os documentos de f. 21/36.

À f. 37, o MM. Juiz deferiu ao autor os benefícios da justiça gratuita.

Devidamente citado, o réu apresentou contestação às f. 50/56, pugnando pela improcedência dos pedidos formulados na inicial, sustentando o não cabimento do pedido indenizatório em face da ausência de provas da lesão corporal de natureza grave e a inexistência nos autos de qualquer menção do grau das lesões; em face da existência de alegações controvertidas e a inexistência de comprovação dos fatos alegados. Alegou que não há comprovação dos danos morais.

O autor apresentou impugnação às f. 122/126, refutando as alegações expendidas na defesa e pugnando pela procedência do pedido inicial.

Na audiência realizada conforme termo de f. 134, frustrada a conciliação, foi determinada a realização de perícia.

O perito nomeado apresentou seu laudo às f. 164/165 e complementação às f. 168/169.

O autor apresentou manifestação sobre os laudos às f. 172/173 e o réu às f. 175/176.

Instadas as partes a especificarem provas, o autor pugnou pela produção de prova testemunhal e pelo depoimento pessoal do réu, sob pena de confissão (f. 179/180). O réu pugnou pela produção de prova testemunhal e pelo depoimento pessoal do autor (f. 184).

Na audiência de instrução e julgamento, realizada conforme termo de f. 202, foram colhidos os depoimentos pessoais (f. 203/204) e ouvidas as testemunhas arroladas (f. 205/208), sendo dispensadas duas testemunhas, com a concordância de ambas as partes.

O réu apresentou alegações finais às f. 115/118 e o autor às f. 219/224.

Na r. sentença de f. 228/237, o MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Constou do dispositivo da sentença (f. 236/237):

> Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos veiculados nesta ação, para condenar Felipe Cezar Pereira ao pagamento de indenização ao autor Marcos Belo de Oliveira, da seguinte forma:
> 1) pelos danos materiais, no valor de R$ 40,60 (quarenta reais e sessenta centavos), referente aos gastos com medicamento, a ser pago de uma só vez, acrescido de juros (1%) e correção monetária desde o desembolso;
> 2) pelas despesas com cirurgias reparadoras, que serão procedidas por profissional da escolha do autor, assim como todos os medicamentos, despesas hospitalares e materiais específicos para o devido tratamento e recuperação.
> 3) pelos danos morais, na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser paga de uma só vez, acrescida de juros (1%) contados a partir da citação e correção monetária desde a propositura da ação.
> Condeno, ainda, o requerido ao pagamento de 75% (setenta e cinco por cento) das custas e despesas processuais, honorários do perito, que arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor a ser apurado nos itens "1" e "3", nos termos do art. 20, § 3º, do CPC. O restante será suportado pelo autor, porém inexigíveis temporariamente, uma vez que litiga sob o pálio da justiça gratuita.

O réu apelou às f. 243/252, pugnando pela reforma da sentença, repisando os argumentos expendidos na defesa, alegando, em síntese, o não cabimento do pedido indenizatório ante a ausência de provas da lesão corporal de natureza grave e a inexistência de comprovação dos danos morais.

O autor/apelado apresentou contrarrazões às f. 257/263, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e devidamente preparado (f. 254).

Preliminares.

Não há preliminares a serem decididas no presente recurso.

Mérito.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais ajuizada por Marcos Belo de Oliveira contra Felipe Cezar Pereira, ao argumento de que foi agredido pelo réu e que, em decorrência da agressão, sofreu graves lesões das quais resultaram sequelas que dependem de correção e que lhe causaram, além de grande constrangimento, grande abalo e dor moral.

Na r. sentença de f. 228/237, o MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu ao pagamento de danos materiais no valor de R$40,60 (quarenta reais e sessenta centavos), referente aos gastos com medicamento; de despesas com cirurgias reparadoras, todos os medicamentos e despesas hospitalares e materiais específicos para o devido tratamento e recuperação e danos morais, estes no valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

O réu apelou às f. 243/252, pugnando pela reforma da sentença, repisando os argumentos expendidos na defesa, alegando, em síntese, o não cabimento do pedido indenizatório ante a ausência de provas da lesão corporal de natureza grave e a inexistência de comprovação dos danos morais.

Tenho que não assiste razão ao apelante.

Dispõem os arts. 186 e 927 do Código Civil/2002:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e 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.

Sobre o tema ensina Caio Mário da Silva Pereira em *Responsabilidade civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 75:

> Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um 'erro de conduta'; não basta que a vítima sofra um 'dano', que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que, sem esta contravenção, o dano não ocorreria'. (*Traité des obligations en général*, v. 4, nº 366.)

No caso, há prova cabal da agressão violenta do apelante, sem que o apelado tenha dado causa ou concorrido para a agressão, restando provados a conduta ilícita por parte do réu e o nexo causal entre aquela conduta e os danos por ele sofridos, estes inquestionáveis.

O dano moral restou comprovado nos autos, em face da ocorrência da agressão, em que o autor sofreu lesão física grave, submetendo-se a internações e cirurgias, sendo inegável a dor, o sentimento de pavor e de desgosto experimentado pelo apelante.

Carlos Roberto Gonçalves assim conceitua o dano moral:

> O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano. [...] O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida. (In *Responsabilidade civil*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 548/549).

Da agressão restou lesão corporal que enseja dano moral, conforme jurisprudência pacífica do egrégio STJ:

> 1)Agravo regimental. Lesão corporal. Indenização. Danos morais e materiais. Omissões no acórdão. Inexistência. Sucumbência recíproca não configurada. Incidência da Súmula 326/STJ. decisão agravada mantida. Improvimento.
> [...]
> Agravo improvido. (AgRg no Ag 1118467/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009, *DJe* de 08.06.2009.)
>
> 2)Responsabilidade civil do Estado. Preso. Lesões corporais. Indenização. Dano moral. Valor. Redução. Agravo retido. Prazo prescricional. Contagem. Novo Código Civil.
> I - Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado de Roraima, por meio do qual se busca a reparação por danos sofridos pelo recorrido enquanto se encontrava recolhido à cadeia pública, onde o Tribunal *a quo* fixou a indenização a título de danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
> [...]
> VI - Quanto ao valor indenizatório tenho que este Superior Tribunal de Justiça em ocasiões como a presente vem mitigando os rigores da Súmula nº 7/STJ, para reduzir a indenização em patamares razoáveis [...]

> VIII - Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido para reduzir a indenização ao valor de R$20.000,00. (REsp 982.811/RR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.10.2008, *DJe* de16.10.2008.)

O dano estético, que é a modificação permanente na aparência externa da vítima, decorrente da desarmonia física e consequente desgosto e/ou humilhação e que se inclui no dano moral, também é inegável no caso, estando comprovado pelos documentos e fotografia de f. 23/295.

É o que ensina Regina Beatriz Tavares da Silva:

> Para a caracterização do dano estético, são necessários os seguintes elementos: transformação física, com desequilíbrio entre o estado físico anterior e o presente, e permanência ou durabilidade do dano.
> Exemplos de dano estético: deformidade permanente e aparente são as cicatrizes aparentes, a perda de um olho ou de parte da orelha ou de parte do lábio, a paraplegia, sendo que o dano estético pode apresentar-se em qualquer parte do corpo da vítima e não só em seu rosto.
> No entanto, o dano estético não se constitui em categoria de dano diferenciada do dano moral [...]. Dano moral é aquele que atinge um direito da personalidade do lesado. A origem do dano estético reside na ofensa à integridade física. Assim, por esse critério não há como distingui-lo do dano moral, que é aquele que atinge um direito de personalidade.
> Quanto à caracterização do dano moral por seus efeitos, refere-se aos aspectos sentimental ou afetivo, intelectual ou social da personalidade do lesado. [...] Quanto à constatação dos efeitos do dano estético, atinge ao mesmo tempo duas esferas da personalidade do lesado: esfera sentimental ou afetiva e esfera social da personalidade do lesado. Desse modo, também por esse critério, trata-se de dano moral. No entanto, é aí que reside o agravamento das conseqüências do dano estético: atinge, concomitantemente, dois aspectos da personalidade do lesado, já que causa dor moral, sentimento negativo, de caráter interno, e também atinge o indivíduo socialmente, já que sua aparência física é alterada, é o aspecto exterior da personalidade do lesado que é atingido. O dano estético, pela transformação física, gera, ao mesmo tempo, sofrimento interior e dano à consideração social do indivíduo.'
> Se o dano estético é um gênero do dano moral e tendo ambos a mesma origem, ele não é autônomo. Existindo no caso tanto o dano moral puro advindo do sofrimento da apelante com o atropelamento e o dano estético consubstanciado na marcha claudicante e na cicatriz da coxa, deve ser fixada apenas uma indenização, considerando, para o arbitramento do valor, ambos os eventos suportados pela vítima. (In *Novo Código Civil comentado*, coordenado por Ricardo Fiúza, 1. ed., 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 850.)

Logo, a lesão estética também enseja dano moral, cuja reparação de um abrange a do outro.

O dano material, consubstanciado nos gastos feitos pelo autor com medicamentos, também restou devidamente comprovado às f. 30/36 dos autos.

A reparação material é necessária para o ressarcimento das despesas suportadas pelo apelado, e com a futura cirurgia plástica e tratamento subsequente, estes últimos a apurar em liquidação.

Há prova inequívoca dos danos, não tendo razão o apelante quando os nega. Vejamos.

Constou das respostas aos quesitos da perícia às f. 164/165:

> 1º) Sim. Houve ofensa à integridade corporal do paciente.
> 2º) Instrumento contundente cortante.
> 3º) A ofensa foi produzida por instrumento contundente-cortante.
> 4º) Não houve perigo de vida.
> 5º) Não resultou incapacidade por mais de trinta dias.
> 6º) Cicatrizes na região da face esquerda de mais ou menos 05 (cinco) centímetros de extensão comprometendo sua estética (duas cicatrizes).

Constou do laudo pericial às f. 168/169:

> 1º) Sim. Agredido com instrumento contundente.
> 2º) Duas feridas contusas na face esquerda de mais ou menos 05 (cinco) centímetros com perda de substância.
> 3º) Sim. Duas cicatrizes na face esquerda de mais ou menos 05 (cinco) centímetros de extensão.

O auto de corpo de delito, realizado em 27.10.2007, pela Polícia Civil de Minas Gerais à f. 25-v., constatou:

> 1) Feridas lacero-contusas (em x) na derme face e com perda de substância de mais ou menos 05 (cinco) centímetros cada uma.
> 2) Escoriação na asa do nariz à E.
> 3) Hematoma de mais ou menos 06 (seis) centímetros na região frontoparietal E.
> 4) Ferida contusa e hematoma na face interna do lábio superior.
>
> Respostas aos quesitos:
>
> 1º - Houve ofensa à integridade corporal ou à saúde do paciente?
> R - Sim.
> [...]
> 6º - Da ofensa resultou debilidade permanente de membro, sentido ou função; incapacidade [...]
> R - Deformidade permanente, devido perda de parte da derme.

Constou do depoimento da testemunha Marcelo Bastos da Costa (f. 205):

> [...] que, durante a festa, talvez por volta das quinze e trinta horas, o requerido apareceu e deu uma garrafada no rosto de Marcos Belo, que estava distraído; que o requerido apareceu por detrás; que em momento algum a vítima deu motivos para ser agredida como foi; que até hoje não sabe dizer qual foi o motivo; que em momento algum viu Marcos Belo discutindo ou provocando algum presente, inclusive o pai do agressor;
> [...]
> Que em razão da agressão Marcos Belo sofreu dois cortes grandes na bochecha, do lado esquerdo; que, nos dias que sucederam a agressão, o rosto do Marcos bastante inchado e hoje ele ainda apresenta marcas visíveis no rosto; que volta

> a dizer que Marcos Belo ficou o tempo todo a seu lado e não deu motivo para ser agredido como foi.

Constou do depoimento da testemunha Paulo Antônio Gonçalves Santiago (f. 206):

> Que assistiu o momento em que o requerido atingiu o requerente com um golpe de garrafa no rosto; que presenciou o ato de agressão; que até então não conhecia o requerido; que o requerido surgiu por detrás do requerente, que estava distraído; que não houve qualquer briga antes dessa agressão; que nem mesmo aconteceu uma discussão; que depois viu os cortes no rosto do Marcos Belo; que até hoje são visíveis as marcas no rosto de Marcos Belo.

Logo, não há se falar em ausência de prova dos danos.

A indenização por dano moral, por sua vez, tem natureza eminentemente compensatória pela ofensa sofrida.

Inexistem parâmetros legais para o arbitramento da indenização por dano moral, como leciona Yussef Said Cahali:

> Inexistem parâmetros legais para arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento nos termos do art. 1.553 do Código Civil/1916. À falta de indicação do legislador, os elementos informativos a serem observados nesse arbitramento serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos. (In *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 705.)

Apesar de o dano moral ser de difícil apuração, dada a sua subjetividade no arbitramento da indenização, o julgador deve atentar para a sua extensão, para o comportamento da vítima, para o grau de culpabilidade do ofensor e para a condição econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor se veja pedagogicamente repreendido a não repetir o ato, e a vítima se veja compensada pelo dano experimentado, sem, contudo, ultrapassar a medida dessa compensação, sob pena de provocar o enriquecimento sem causa e dar causa a desproporcional empobrecimento do ofensor.

No caso, o valor fixado para a indenização moral foi arbitrado com moderação e com proporção, sendo, aliás, bastante módica se se comparar com os valores-parâmetros adotados neste Tribunal para os casos de lesão corporal.

Analisando as circunstâncias do fato, elevado grau de culpabilidade do apelante, graves efeitos para o apelado, as condições das partes e os parâmetros desta Câmara, tenho como razoável a indenização arbitrada na sentença, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), para o dano moral, cuja soma equivale a aproximadamente 20 (vinte) salários-mínimos.

Conforme o entendimento do STJ, a indenização moral deve ser arbitrada com moderação e proporção às circunstâncias do caso, não se admitindo excesso.

Nesse sentido, os julgados a seguir colacionados:

> 1) Processual civil. Danos morais. *Quantum* indenizatório excessivo. Revisão na via especial. Possibilidade. Embargos declaratórios com efeitos infringentes. Cabimento. Decisão monocrática do Relator sujeita à impugnação. Desnecessidade de prévia intimação da parte embargada. Prejuízo não configurado. Correção monetária. Termo *a quo*.
> [...]
> 3. O arbitramento do valor da reparação por danos morais deve ser feito com moderação, de modo a evitar o enriquecimento sem causa da parte vencedora. A revisão do *quantum*, em sede de recurso especial, somente é cabível quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a maltratar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
> 4. A atualização monetária dos valores fixados a título de indenização por danos morais flui a partir da data em que prolatado o *decisum* que fixou o respectivo *quantum* indenizatório.
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 967.410/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 19.05.2009, *DJe* de 1º.06.2009.)
>
> 2) Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Dano moral. Publicação em revista semanal de circulação nacional de informação que atinge a imagem de empresa comercial. Dano aferido na origem a partir dos elementos fático-probatórios carreados aos autos. Impossibilidade de revisão. Súmula 07/STJ. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC não configurada. *Quantum* da indenização. Valor exorbitante. Redução. Possibilidade.
> [...]
> 3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.
> [...]
> 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 334.827/SP, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Quarta Turma, julgado em 03.11.2009, *DJe* de 16.11.2009.)

Tais critérios, todavia, como já exposto, foram observados na sentença, quanto à indenização moral.

Já a indenização material foi determinada no valor do dano havido e em parte a apurar, relativamente ao tratamento a que se submeterá o apelado, não havendo excesso na condenação.

Pelas razões expostas, patente é a responsabilidade do réu, ora apelante, pela reparação dos danos causados ao apelado.

Assim, é de se manter a sentença recorrida.

Dispositivo:

Isso posto, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Legitimidade passiva - Plano material - Titularidade de direitos e deveres - Imóvel - Promessa de compra e venda - Imobiliária - Simples procuradora - Ilegitimidade passiva

Ementa: Legitimidade passiva. Plano material. Titularidade de direitos e deveres. Possibilidade de o julgamento da demanda influir substancialmente na esfera jurídica da parte. Promessa de compra e venda de imóvel. Imobiliária simples procuradora que não se confunde com a parte representada.

- A legitimidade processual é aferida pela possibilidade da sentença interferir na esfera jurídica das partes. Por isso, partindo-se da descrição fática apresentada, somente aquele que no plano do direito material deduzido puder ser titular de direitos e deveres, deve integrar a demanda.

- Na promessa de compra e venda de imóvel, a imobiliária que figura como procuradora do promitente vendedor não tem legitimidade para sozinha responder pelas consequências do descumprimento do contrato, ou tampouco para restituir as arras confirmatórias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0251.09.028490-1/001 - Comarca de Extrema - Apelante: Elmerinda do Carmo Oliveira - Apelado: Antares Imovéis Ltda. - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Selma Marques, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ, SUSCITADA DE OFÍCIO PELA DESEMBARGADORA RELATORA E EXTINGUIR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2010. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 67/69, que, nos autos da demanda declaratória de título executivo ajuizada por Elmerinda do Carmo Oliveira contra Antares Imóveis Ltda., julgou improcedentes os pedidos.

Inconformada, apela a parte autora, f. 70/77, dizendo ter dado o cheque de R$ 7.000,00 (sete mil reais) como sinal para a operação de compra venda de imóvel. Afirma que a negociação não se concretizou por culpa da demandada, que não apresentou as certidões do imóvel, gerando grande insegurança na recorrente. Afirma que sua insegurança foi reforçada pelo fato de existirem outras imobiliárias buscando intermediar a negociação do imóvel. Aduz a necessidade de que lhe seja restituído o valor dado como sinal, situação que deve implicar a nulidade do título. Lado outro, pugna pela redução dos honorários advocatícios fixados pela sentença.

A resposta ao apelo foi apresentada às f. 80/84.

Defiro o pedido de justiça gratuita para fins específicos de admissibilidade do presente apelo.

Importa registrar que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres no plano do direito material possui legitimidade para ser parte, ou seja, para tutelar em juízo, passiva ou ativamente, tais direitos e deveres.

Por isso, não restam dúvidas de que a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, devendo, pois, a titularidade da relação do direito material deduzido ser convertida em realidade processual.

Assim, se o autor indicar como réu pessoa diversa daquela que, segundo a descrição fática por ele mesmo feita, integra a relação substancial objeto da lide estará configurada a ilegitimidade.

Para restar configurada a legitimidade, é indispensável haver identidade entre a pessoa que, segundo o autor, deve suportar os efeitos da sentença e o sujeito que integra a relação substancial controvertida.

Nesse sentido:

> A legitimidade, portanto, está ligada a situação processual - situação legitimante - cujas raízes estão no direito material. Autor e réu são legitimados se inseridos na relação jurídica que constitui o fundamento da pretensão. Essa situação, segundo alguns, destaca-se daquela de direito material, cuja existência ou não será determinada mediante juízo de mérito. A situação legitimante seria jurídico-processual, pois emergente da simples afirmação no processo e equiparada, para fins processuais, à situação de direito material com a qual está conectada.
> [...]
> Há legitimidade se entre as partes e o objeto do processo existir relação de adequação, consubstanciada na possibilidade de o julgamento influir na sua esfera jurídica ou não. Enquanto a noção de 'parte' está ligada exclusivamente à relação processual, a de 'parte legítima' leva em conta a

situação substancial. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. 2006, p. 281-282.)

Ora, a despeito de ser a imobiliária Antares Imóveis Ltda. responsável pela intermediação da operação de compra e venda do imóvel localizado na Rua São Gabriel, nº 33, Bairro Jardim Itália, Extrema/MG, ela não se confunde com a pessoa do vendedor, qual seja Silvio César Porta Rodrigues. É este último a parte legitimada a responder por eventual inadimplemento das obrigações que seriam inerentes à concretização do contrato, como, aliás, se percebe em análise do primeiro parágrafo da f. 43. Note-se que não modifica tal situação o fato de que a construtora na qualidade de procurada do vendedor assuma alguns dos encargos que seriam inerentes a este.

Cumpre mesmo observar a redação do art. 418 do Código Civil, no sentido de que, se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a autora tê-lo por desfeito, retendo-as. Todavia, se a inexecução do contrato ocorrer por conduta imputável ao vendedor, poderá a autora reputar por desfeito o contrato e exigir, devidamente corrigido, o montante que deu de sinal.

Ressalte-se que quem recebe as arras confirmatórias, independentemente da intermediação da imobiliária, é o vendedor. Por isso, se o negócio se frustrou por conduta passível de ser atribuída a este último, ainda que se trate de obrigação a cargo da imobiliária, é ele quem deve restituir as arras confirmatórias.

Assim, tendo a demanda de declaração de inexigibilidade da obrigação inserta no título executivo protestado sido formulada em decorrência de eventual descumprimento de obrigações do vendedor - ainda que estivessem a cargo da imobiliária -, não há como deixar de incluir no polo passivo da demanda aquele que é o derradeiro titular do crédito discutido. Frise-se que a situação não é alterada em decorrência do fato de ter sido a imobiliária quem recebeu o cheque, ou porque seu portador é um dos sócios da sociedade procuradora do vendedor.

Lado outro, retomando a questão da justiça gratuita, mantenho a decisão de f. 12/13, que nem sequer foi objeto de recurso próprio, que, apreciando os indícios existentes nos autos, entendeu que na espécie seria necessária a comprovação da hipossuficiência econômica da parte autora para concessão do benefício.

Isso posto, suscito preliminar de extinção do processo por ilegitimidade passiva da parte ré - art. 267, § 3°, c/c o art. 267, VI, ambos do CPC.

Custas recursais, pela parte apelante.

Custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), pela parte autora.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ, SUSCITADA DE OFÍCIO PELA DESEMBARGADORA RELATORA E EXTINGUIRAM O PROCESSO.

...

Ação monitória - Nota promissória prescrita - Prescrição da ação - Prazo de 5 (cinco) anos - Art. 206, § 5º, do Código Civil de 2002 - Jurisprudência dominante do TJMG - Art. 557 do Código de Processo Civil - Agravo legal - Não provimento

Ementa: Agravo legal. Ação monitória. Nota promissória prescrita. Prescrição quinquenal. Entendimento dominante dos tribunais pátrios.

- Segundo a jurisprudência dominante deste egrégio Tribunal de Justiça, o prazo para o ajuizamento de ação monitória fundada em nota promissória prescrita, na vigência do CCB/2002, foi reduzido para cinco anos, a teor do seu art. 206, § 5°, I, que regula o prazo prescricional relativo à pretensão de cobrança de dívida representada por instrumento particular.

AGRAVO Nº 1.0474.09.041624-6/002 EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0474.09.041624-6/001 - Comarca de Paraopeba - Agravante: Cooperativa Agropecuária Cordisburgo Ltda. - Agravado: Vicente de Freitas Martins - 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, 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, 25 de fevereiro de 2010. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de agravo interposto por Cooperativa Agropecuária de Cordisburgo Ltda contra decisão monocrática proferida por esta Desembargadora Relatora, que negou segui-

mento ao recurso de apelação, sob o fundamento de contrariedade à jurisprudência dominante deste egrégio Tribunal de Justiça.

Nas razões recursais de f. 100/102, a agravante alega que o caso seria polêmico e não estaria pacificado em nosso ordenamento jurídico. Defende que, segundo o entendimento majoritário da doutrina, por se tratar de direito pessoal, a prescrição das ações monitórias seria aquela prevista no art. 205 do Código Civil. Conclui que não teria havido o implemento do lapso prescricional da presente ação. Por fim, requer o provimento do recurso.

É o relatório.

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

A insurgência recursal não merece prosperar.

Diante dos fundamentos externados na decisão recorrida - tanto a respeito da perfeita aplicabilidade do art. 557 do Código de Processo Civil ao caso em análise quanto sobre a controvérsia propriamente dita - nada restou a ser esclarecido nesta oportunidade.

Vale apenas registrar que, ao contrário do alegado pelo agravante, a decisão recorrida encontra-se em harmonia com a jurisprudência dos Tribunais pátrios, o que se confirma pelos precedentes nela citados.

A propósito, a fim de evitar desnecessária tautologia, cabe reportar aos fundamentos da decisão recorrida:

> Dispõe o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil: 'O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior'.
> Pelo que se depura do dispositivo supra, deve o relator avaliar de forma objetiva a presença ou não do descabimento, improcedência ou procedência (esta avaliada exclusivamente em relação à súmula ou à jurisprudência predominante dos tribunais superiores) do recurso, exigidos pela lei para sua atuação monocrática.
> Ou seja, conforme o caso, mostrando-se manifestamente improcedente determinado recurso ou em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal estadual ou dos tribunais superiores, afigura-se perfeitamente possível o seu não conhecimento, de plano, pelo Relator, seguindo a ótica imposta pela lei de desafogar os tribunais.
> Insta registrar que a jurisprudência dominante deste egrégio Tribunal de Justiça tem adotado o posicionamento de que o prazo para o ajuizamento de ação monitória fundada em nota promissória prescrita, na vigência do CCB/2002, foi reduzido para cinco anos, a teor do seu art. 206, § 5º, I, que regula o prazo prescricional relativo à pretensão de cobrança de dívida representada por instrumento particular.
> A esse respeito, colacionam-se os recentes arestos:
> 'Ação monitória. Cheque prescrito. Prazo prescricional de cinco anos. Artigo 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002. Regra de transição. Inteligência do art. 2028 do NCC. Termo inicial. - A pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes em instrumento particular, desde que não atingida a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916, prescreve em cinco anos, segundo a regra ordinária de prescrição prevista no inciso I do § 5º do artigo 206 do Código Civil de 2002, por aplicação da regra de transição do art. 2.028 do mesmo diploma. - "Tratando-se de lei que encurtou o prazo da prescrição, ela é aplicável às prescrições em curso, mas contando-se o novo prazo da data em que a mesma lei começou a vigorar (TJMG, Ap. 1.0699.04.038295-3/001, Rel. Des. Tarcísio Martins Costa, julgado em 22/08/2006)'.
> 'Apelação Cível. Ação monitória. Nota promissória prescrita. Prescrição da ação. Inocorrência. Pagamento. Comprovação. Avalista. Direito de regresso. Procedência da demanda. - Em razão da incorporação dos direitos e deveres na cártula, verifica-se a pertinência da nota promissória prescrita como prova escrita sem eficácia de título executivo para o fim de ajuizamento de ação monitória. - A ação monitória para cobrança de nota promissória prescrita é tipo especial de cobrança, sendo o prazo para o ajuizamento da demanda de cinco anos, contados da entrada em vigor do CC/2002. - Comprovando o avalista o pagamento do débito avalizado, estando em posse do título cambial, tem ele direito de regresso contra o emitente da nota promissória, não havendo direito de regresso contra os demais avalistas, se não ocorreu o protesto do título, hábil a ensejar o direito contra os responsáveis indiretos (TJMG, Ap. 1.0382.05.055033-6/001, Rel. Des. Luciano Pinto, julgado em 28/08/2008)'.
> De fato, no Código Civil de 1916 não havia previsão de prazo prescricional específico para a pretensão de pagamento de dívida líquida representada por instrumento particular desprovido de força executiva, motivo pelo qual se aplicava o prazo das ações embasadas em direitos pessoais (20 anos), nos termos do art. 177, do referido diploma legal.
> Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tal omissão foi sanada diante da previsão de que a pretensão para pagamento de dívida líquida representada por instrumento particular deve ser exercida no prazo de 05 (cinco) anos (art. 206, § 5º, I).
> Assim sendo, na ação monitória fundada em cheque prescrito não há mais necessidade de se aplicar a regra subsidiária dos prazos prescricionais, com se fazia no CC/1916, tendo em vista que o novo diploma civilista traz norma específica para tanto.
> No caso em apreço, as notas promissórias foram emitidas em janeiro, fevereiro e março de 1997, ou seja, ainda na vigência do Código Civil de 1916, o que poderia levar a entender que o prazo prescricional aplicável ao caso seria aquele de 20 (vinte) anos previsto na norma revogada.
> Todavia, aplicando-se as regras transitórias, não tendo transcorrido mais da metade do prazo previsto naquele diploma até a entrada em vigor do CC/02, as normas do novo diploma devem ser observadas no que se refere à prescrição.
> Nessa linha, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, o prazo prescricional somente deve ser contado a partir da data de entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, 11.01.2003.
> Assim sendo, tendo em vista que o prazo prescricional encerrou-se em 11.01.2008 e a presente ação somente foi ajuizada em 25.03.2009, há que ser acolhida a prejudicial de mérito de prescrição e, portanto, mantida a sentença hostilizada.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nego provimento ao recurso de agravo.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e FRANCISCO KUPIDLOWSKI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Imóvel - Doação aos filhos com reserva - Separação conjugal - Usufruto - Não uso - Extinção

Ementa: Ação de reintegração de posse. Imóvel doado aos filhos com reserva. Separação conjugal. Usufruto. Não uso. Extinção.

- Não procede a reintegração de posse com fundamento no direito de usufruto se este se encontra extinto pelo não uso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.07.071542-2/001 - Comarca de Lavras - Apelante: José Eugênio Angélico - Apelados: Maria da Graça Teixeira Lima e outro - 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, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2010. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelação interposta por José Eugênio Angélico da sentença (f. 204-207) que, nos autos da ação de reintegração de posse que move contra Maria da Graça Teixeira Lima e outro, julgou improcedente o pedido do autor e procedente o pedido dos réus, para declarar rescindido o direito de usufruto do autor sobre o imóvel objeto da lide.

O apelante, nas suas razões (f. 213-216), alega, em síntese, que, diferentemente do entendimento esposado pelo julgador singular, não abandonou seu lar, pois sempre contribuiu com alimentos; o não uso do bem para ser capaz de culminar na extinção do usufruto deve ser voluntário; a doação feita aos seus filhos é nula, porquanto não possui reserva ou renda para a sua subsistência.

Pugna, com o provimento do recurso, pela reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido de reintegração de posse, restituindo-lhe a posse esbulhada.

Os apelados, nas contrarrazões (f. 219-231), refutam as alegações do apelante e pugnam pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Colhe-se dos autos que o autor e a ré Maria das Graças Lima Angélico adquiriram um imóvel na constância do casamento, em 11.3.97. Na data de 19.7.00, doaram o imóvel aos filhos, reservando ao casal o usufruto vitalício.

Em fevereiro de 2002, após uma discussão com a primeira ré, o autor se retirou da moradia comum; no ano de 2006, foi impedido de retomar a sua posse, caracterizando, nesse momento, segundo ele, o esbulho.

Pretende reaver a posse do imóvel, embasado no direito de usufruto sobre ele.

O Magistrado singular julgou improcedente o pedido de reintegração de posse, ao fundamento de que houve a extinção do usufruto pelo não uso, porquanto o autor deixou o lar conjugal no ano de 2000, somente manifestando a sua intenção de usar e fruir a coisa no ano de 2006.

Compartilho do entendimento esposado pelo Magistrado singular de que a extinção do usufruto deve ser analisada caso a caso, levando-se em consideração a vontade externada pelo usufrutuário, uma vez que a lei não estipulou prazo específico para a extinção pelo não uso.

Na hipótese dos autos, o apelante e sua esposa reservaram para si próprios o imóvel do casal doado aos filhos. Em virtude da separação, o apelante deixou o lar conjugal e, somente após o decurso de seis anos, tentou reaver seus direitos de uso e fruição sobre o bem.

O autor saiu da residência da família, retirando dali seus objetos pessoais, roupas de cama, televisão e fogão, o que atesta a indubitável intenção de não mais se utilizar daquele bem imóvel, conforme depoimento da testemunha Maria de Lourdes Severo (f.178), informando:

> que o autor deixou o lar conjugal em agosto de 2000; que naquele dia houve uma discussão entre o autor e a primeira ré, ocasião em que o autor disse que saía de casa e nunca mais voltaria lá; que naquele dia o autor saiu de casa sem levar nada mas depois mandou alguém buscar roupa de cama, televisão, fogão, as roupas e objetos pessoais; que nunca foi recusado a entrega de qualquer peça ou objeto que o autor pedisse...

A retirada do autor do imóvel juntamente com seus pertences e outros bens constituem indícios de que o autor não mais exerceria os direitos de usufrutuário sobre o imóvel, mormente quando passados seis anos sem qualquer manifestação.

Esclareça-se que o fato de o autor enviar aos apelados carne e queijo (f. 178) não é suficiente para corroborar a tese de que não abandonou o imóvel.

Ressalta-se que o autor durante seis anos não exerceu posse sobre o imóvel, sendo inoportuna a alegação de esbulho possessório.

Ademais, ainda que subsistisse o direito do autor sobre o imóvel, não seria recomendável a reintegração de posse, haja vista a tumultuosa e abalada relação familiar demonstrada nos autos.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pelo recorrente, suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Des. Relator.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Peço vista.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Des. Vogal, quando, então, os Des. Relator e Revisor negaram provimento.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Nos termos do art. 1.410, VIII, do atual Código Civil, o usufruto extingue-se pelo não uso.

Ao que consta dos autos, o apelante abandonou o lar em fevereiro de 2002, dizendo, segundo uma testemunha, que não mais retornaria.

Saindo, passou a pagar pensão à esposa e filhos, não constando que estivesse abatendo do valor o aluguel de metade do imóvel equivalente ao seu usufruto.

Portanto, tal qual o eminente Des. Relator, entendo que houve a renúncia tácita ao usufruto, pelo que também nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação declaratória - Plano de saúde - Morte de associado - Separação judicial anterior - Ex-mulher - Dependente - Perda da condição - Novo plano - Migração - Regularidade

Ementa: Ação declaratória. Plano de saúde. Morte de associado. Separação judicial anterior. Ex-mulher. Perda da condição de dependente. Migração para novo plano. Regularidade.

- A separação judicial retira, automaticamente, da ex-mulher de associado a condição de sua dependente, que não retorna em virtude do falecimento deste, ocorrido muitos anos depois, mesmo que perceba pensão previdenciária, sendo absolutamente regular a cobrança de valores, segundo o novo plano de saúde contratado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.081790-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Maciel - Apelado: Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maria Maciel, nos autos da ação declaratória, movida contra Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A., perante o Juízo da 25ª Vara Cível da Capital, tendo em vista o seu inconformismo com a sentença de f. 191/194, que julgou improcedente a pretensão autoral.

Condenou a requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Embargos de declaração opostos, às f. 195/196, rejeitados à f. 197.

Em suas razões recursais, às f. 199/202, alega a parte apelante, primeiro, que quando da separação do casal (1981) era usual e permitido que a esposa permanecesse como beneficiária do plano de saúde da recorrida; segundo, que o estatuto da apelada em vigor resguardou em seu "art. 4º, § 2º, os direitos individuais dos já inscritos, não contemplados nos incisos I e II daquele artigo, respeitando o princípio constitucional do ato jurídico perfeito".

Assevera ser indiscutível que esteve inscrita regularmente, como beneficiária do falecido no plano de saúde da ré, por mais de 20 anos, tanto que foi excluída quando percebido o "engano em seus registros, em razão da proibição constante de seu novo estatuto".

Aduz, também, ser incontroversa a proibição atual constante no novo estatuto da parte apelada sendo, contudo, "resguardados os direitos daqueles já inscritos, não contemplados nos incisos I e II do § 2º do art. 4º do Estatuto".

Argui, ainda, que é pensionista da Previ e que "nesta condição está perfeitamente enquadrada no § 3º do art. 10 do estatuto da apelada, situação que lhe dá direito a continuar a receber os benefícios do plano de saúde, mediante o pagamento mensal do percentual de 3% (três por cento) do valor da pensão que recebe, como previsto no inciso II do art. 65 do mesmo diploma".

Preparo regular, à f. 203.

Contrarrazões, às f. 205/209, pugnando, em suma, pela mantença do *decisum* de primeiro grau.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares ao mérito recursal.

Maria Maciel objetiva, nesta demanda, que a Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A. seja obrigada, por força contratual, a admiti-la em seu plano de associados, mediante contribuição mensal de 3% sobre o valor de sua pensão, bem como a devolver toda quantia paga a maior, devidamente corrigida, desde quando foi compelida a aderir ao 'Plano Cassi Família' em 14/04/2007.

A pretensão foi rejeitada *in totum* em primeiro grau.

Em que pese os judiciosos argumentos expendidos pela parte apelante, entende-se que a sentença não merece reparos.

Com efeito, examinando-se detidamente os autos, verifica-se que a requerente era casada com o Sr. José Couto Vidigal, falecido em 27/08/2006, consoante certidão de óbito acostada à f. 23, estando dele separada judicialmente desde o ano de 1981, segundo cópia do termo de audiência juntada à f. 12.

Observa-se que do acordo entabulado em juízo não consta, expressamente, que a ex-cônjuge permaneceria como beneficiária do plano de saúde administrado pela requerida. Entretanto, tal fato não é negado pela ré, extraindo-se do documento de f. 86/88 que ele é, inclusive, admitido por aquela, tornando-se incontroverso.

A requerente, desse modo, nunca foi associada do plano de saúde gerido pela requerida, figurando como dependente-beneficiária do seu ex-marido.

Donde se conclui que as disposições relativas aos associados não lhe são aplicáveis.

Pois bem.

É certo que a separação judicial retirou da autora, automaticamente, a condição de dependente do seu ex-marido, não podendo aquela se valer da seguinte regra:

> 08. Com o falecimento do associado, os dependentes inscritos na Cassi, que estiverem percebendo benefícios do Banco e/ou PREVI e/ou INSS terão direito à assistência daquela Caixa, desde que continuem pagando a contribuição mensal de 3% do valor da pensão (INSS mais complementos), podendo dela desligar-se se desejarem (f. 25).

Ora, quando do falecimento do associado, a requerente já estava dele separada judicialmente há vinte e cinco anos, inexistindo relação de dependência no que concerne ao plano da Cassi, mesmo que perceba pensão previdenciária.

A cópia do Estatuto carreada aos autos pela própria autora é muito clara ao dispor:

> § 6º A extinção do casamento ou da união estável gera, automaticamente, a perda da qualidade de dependente do ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), inclusive do mesmo sexo, devendo o associado comunicar o fato à Cassi no prazo de 30 dias (f. 45).

Inegável, portanto, que a requerente já tinha perdido a sua qualidade de dependente há muitos anos.

Logo, não ostentando a autora a condição de dependente, tampouco de associada, incabível sua pretensão de incidência desta regra:

> Art. 17. A contribuição mensal dos associados, devida exclusivamente ao Plano de Associados, é de 3,0% (três por cento), e não excederá este limite, sobre o valor total dos benefícios de aposentadoria ou pensão, ou dos proventos gerais, na forma definida no regulamento do Plano de Associados e no contrato previsto no art. 85, excluídas quaisquer outras vantagens extraordinárias e, uma vez por ano, a 3,0% (três por cento) sobre a gratificação natalina (f. 45/46).

Ressalte-se, por oportuno que a autora não comprovou que a sua condição de dependente subsistia, mesmo após a separação judicial, em virtude de alguma regra vigente naquela ocasião que lhe favorecesse.

Como bem pontuado pelo douto julgador monocrático, *verbis*:

> [...] Somente aos beneficiários inscritos aproveita a regra de continuidade da fruição da assistência médico-hospitalar pelo plano de associados, após o óbito do titular (item 08 do Livro de Instruções Codificadas do Banco do Brasil; art. 10, § 3º, c/c 65 do Estatuto de 1997; e art. 12, § 3º, c/c 17 do Estatuto atual - f. 25, 29, 36 e 44); condição esta de beneficiária que a autora perdeu com sua separação judicial. [...] (f. 193).

Assim, aderir ao "Plano Cassi Família" era a única opção para a postulante permanecer usufruindo do plano de saúde gerido pela requerida, o que foi feito espontaneamente, até prova em contrário, inexistindo qualquer irregularidade na nova contratação.

Saliente-se, ademais, que à autora é conferida total liberdade para retirar-se do indigitado plano, caso julgue conveniente, sendo inadmissível somente sua pretensão de ser reintegrada em "Plano de Associados", na condição de dependente, já perdida nos termos acima explicitados, pagando quantia correspondente a 3% do valor recebido a título de pensão.

Para finalizar, cumpre destacar que o novo estatuto da Cassi foi regularmente aprovado em maio de 1996 (f. 105/115), ou seja, dez anos antes da morte do seu ex-associado e ex-marido da autora - Sr. José Couto Vidigal -, sendo incabível nesta seara qualquer discussão visando invalidar aquele ato.

Por fim, o "Regulamento do Plano de Associados", vigente quando a requerente aderiu ao "Plano Cassi Família" (f. 117/130), também deixa claro que:

> 6. Os beneficiários da Cassil perdem a condição de usuários do Plano de Associados nas seguintes situações:
> [...]

b) cônjuge ou companheiro (a):
I. separação judicial ou divórcio;
[...]

Dessa feita, perdida a condição de dependente de associado, não há que se falar em direito da autora de permanecer usufruindo do plano de assistência médico-hospitalar prestado pela ré, pagando contraprestação pecuniária exclusiva dos dependentes inscritos.

Por conseguinte, não há que falar também em devolução de valores pagos indevidamente.

Isso posto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se integralmente a sentença combatida.

Custas recursais, pela parte apelante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Negaram provimento à apelação, mantendo a sentença em seus exatos termos.

2. Custas recursais, pela parte apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Cheque - Data adulterada - Banco - Responsabilidade objetiva - Inclusão em cadastro de inadimplentes - Negativações precedentes - Existência - Dano moral - Inexistência - Dano material - Ausência de prova - Súmula 385 do STJ

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Data do cheque adulterada. Responsabilidade objetiva do banco. Existência de negativações precedentes. Inteligência da Súmula 385 do STJ. Dano moral indevido. Dano material não comprovado.

- Apresentando o cheque fortes indícios de que a data de sua emissão foi adulterada, este não poderia ter sido aceito pela instituição bancária, pela ausência de um dos requisitos essenciais, tendo o banco responsabilidade objetiva pela inscrição indevida do nome do apelante nos cadastros de proteção ao crédito. No entanto, não há que se falar em dano moral quando preexistentes legítimas inscrições, conforme entendimento já pacificado na Súmula 385 do STJ. Não havendo provas claras dos danos materiais suscitados pelo apelante, inexistente o dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.104517-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gilmar Ardisson - Apelado: Banespa - Banco do Estado de São Paulo S.A. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de março de 2010. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Gilmar Ardisson contra a sentença de f. 118/121, que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o Banespa - Banco do Estado de São Paulo S.A., ao argumento de que a conduta do banco/réu não foi ilícita, uma vez que apenas comunicou ao Bacen que foi apresentado para desconto cheque de uma conta encerrada, não havendo que se falar em condenação em danos morais e materiais. Condenou ainda o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês.

Nas razões recursais de f. 122/130, sustenta o apelante que, embora a sua conta-corrente tenha sido cancelada no ano de 2003, o mesmo teve o seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, uma vez que o banco/apelado aceitou, no ano de 2006, um cheque prescrito e rasurado, sendo este devolvido por encontrar-se encerrada a sua conta-corrente, defendendo que protestou pela produção de provas, inclusive a pericial, e que houve a inversão do ônus da prova, mas não tendo o apelado comprovado que seria correta a negativação efetivada, requerendo que seja dado provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial.

Preparo efetuado e comprovado pelo apelante à f. 131, sendo o recurso recebido à f. 133.

Intimado, ofertou o apelado contrarrazões às f. 136/138, requerendo que seja negado provimento ao recurso, mantendo-se integralmente os termos da decisão de 1º grau.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Do mérito.

Da análise dos autos, vislumbra-se que a pretensão do apelante envolve o cancelamento da inclusão do

seu nome junto ao cadastro restritivo de crédito e a condenação do banco/apelado ao pagamento de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos materiais e R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais, pela cobrança e negativação indevida do seu nome no cadastro de inadimplentes, bem como por todo o sofrimento suportado pelo mesmo.

Alega o apelante que mantinha conta junto ao banco/apelado até o ano de 2003, quando requereu o cancelamento da mesma, sendo que, recentemente, no ano de 2006, foi surpreendido com a negativação do seu nome junto aos órgãos restritivos de crédito, por cheque apresentado para pagamento no ano de 2006 e cuja autenticidade nega o apelante, ao argumento que a data teria sido falsificada.

Em primeiro plano, é forçoso observar que existem fortes indícios de que o cheque em questão foi adulterado, sobretudo no que diz respeito ao ano nele aposto, para a transformação do número "1", de "2001", em "6", de "2006", indícios estes que poderiam ter sido esclarecidos mediante a produção das provas pleiteadas pelo apelante no curso do processo, ou mesmo, considerando-se a inversão do ônus da prova concedida pelo Juiz *a quo*, pelo próprio apelado, mas o que não chegou a ocorrer, em face da inércia deste último em atender à determinação constante do despacho de f. 104.

Certo ainda que competia ao apelado, considerando-se a inversão do ônus da prova acima mencionada, afastar as alegações do apelante, mas obrigação da qual não se incumbiu, e que, em princípio, poderia levar a certa conclusão de que razão assiste ao apelante quanto à ilegalidade da negativação de seu nome, e, via de consequência, que possui ele o direito à indenização por danos morais pretendida, porquanto tais danos decorrem pura e simplesmente de tal inscrição.

Ademais, certo é que também não conseguiu o apelado comprovar que adotou as medidas necessárias para evitar a prática da fraude suscitada nos autos e, ainda que assim tivesse agido, em nada poderia ser afetada a sua responsabilidade pela inscrição indevida do nome do apelante nos cadastros de proteção ao crédito, já que tal responsabilidade, no caso, é objetiva, independentemente de comprovação e em decorrência do próprio risco da atividade que desenvolve.

No entanto, em que pesem todas as considerações acima expostas, é forçoso reconhecer que, no caso em análise, o apelante não tem direito à pretendida indenização por danos morais nem também pelos danos materiais suscitados, em função da Súmula 385 do STJ, que claramente dispõe que a anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito não enseja a indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, não tendo também produzido provas capazes de demonstrar os danos morais alegados.

O apelante já teve o seu nome inscrito junto ao SPC em outras ocasiões, possuindo hoje oito apontamentos junto àquele órgão, tratando-se, portanto, de devedor confesso e contumaz, não sendo sensato admitir que o mesmo tenha experimentado algum constrangimento ou humilhação anormal pela inscrição indevida, porque tal situação nem sequer lhe foi incomum, mormente pelo fato de que o seu nome já se encontra inscrito no cadastro de maus pagadores desde 12.07.2002, em função de outro débito contraído, como revela o documento de f. 13.

Diante de tais considerações e pela existência de outras e antecedentes negativações existentes em nome do apelante e não tendo este efetivamente demonstrado os danos materiais suscitados, constata-se a adequação da decisão prolatada pelo digno Juiz *a quo*, sendo certo que não há nos autos elementos capazes de autorizar a indenização pretendida.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se em todos os seus termos a respeitável decisão hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução - Termo de penhora - Assinatura do devedor - Ausência - Possibilidade - Prazo para interposição - Intimação da penhora

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Termo de penhora não assinado pelo devedor. Possibilidade. Contagem do prazo para interposição de embargos. Intimação da penhora.

- Nos termos do disposto no art. 659, § 5º, do CPC, o termo de penhora de bem imóvel não precisa ser assinado pelo devedor, sendo certo que referida constrição se aperfeiçoa com a intimação regular do executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado. O prazo para a interposição dos embargos à execução deve ser o de 10 dias a contar da intimação da penhora, nas hipóteses em que for aplicável a lei antiga.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.196342-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ari da Costa e Silva - Apelada: Habit Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Relator: DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2010. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 151/154, que, nos autos da ação de embargos do devedor ajuizada por Ari da Costa e Silva em face de Habitat Empreendimentos Imobiliários Ltda., rejeitou liminarmente os embargos e, como consequência, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Insurge-se Ari da Costa e Silva às f. 156/162, relatando que ajuizou ação ordinária, processo nº 0024.03.167558-0, buscando primeiramente a anulação do novo contrato firmado entre as partes e a declaração do preço pelo valor constante no contrato assinado com a CEF, para liberação do financiamento. Busca, ainda, a revisão do contrato com a proibição da capitalização de juros e substituição dos índices de reajuste das prestações com fulcro no CDC.

Informa que a ação supramencionada foi distribuída anteriormente à execução promovida pela construtora e corre perante o mesmo juízo da presente ação, sendo que o processo se encontra concluso para sentença.

Afirma que todos estes argumentos foram trazidos para os embargos visando principalmente suspender a execução até o julgamento da referida ação ordinária, que deve ser julgada simultaneamente com a presente ação, evitando assim possíveis decisões conflitantes.

Alega que os embargos foram julgados extintos sem julgamento do mérito, ao argumento de que foram aviados sem que o juízo estivesse seguro, dado que o termo de penhora não estaria regularizado por ausência de assinatura do executado.

Sustenta que foi intimado através de seu procurador para tomar ciência do termo de penhora no dia 25 de setembro de 2004, de forma que os embargos opostos no dia 29 de setembro são manifestamente tempestivos.

Assevera que, quanto à não segurança, a decisão está contrastando com a jurisprudência deste Tribunal, e é uma decisão temerária, visto que o embargante corre o risco de perder o imóvel.

Ressalta que, em sendo mantida a sentença, deverá ser intimado pessoalmente o executado para assinar o termo de penhora, para que comece a correr o prazo para interposição dos embargos, uma vez que, do ponto de vista da presente decisão, até esta data não há segurança do juízo.

Argumenta que a decisão da ação em comento poderá trazer prejuízos ao andamento da ação ordinária, já que pretende o ora embargante anular o contrato que originou o débito. A simples existência daquela ação já autoriza a suspensão da presente execução, até o julgamento final da ação ordinária.

Aduz que tenta comprovar, nos autos da ação ordinária, que foi induzido a erro pela construtora quando assinou novo contrato, tendo sido o preço do imóvel aumentado em quase 35% do valor original.

Destaca que a decisão da ação ordinária poderá alterar substancialmente a liquidez da presente execução e o julgamento dos embargos, pois poderá perder o imóvel pelo qual pagou um valor substancial.

Afirma que, mesmo efetuando os pagamentos devidos, o saldo devedor somente aumenta mês a mês.

Assevera que existe incorreção na planilha de evolução do financiamento apresentada pelo agente financeiro e que os juros aplicados naquela planilha estão capitalizados e computados em cascata.

Sustenta que o STJ considera que as relações contratuais entre mutuário e agente financeiro estão protegidas pelos princípios da transparência, lealdade, boa-fé, equidade e vulnerabilidade do mutuário, objetivando assegurar as suas necessidades básicas e garantir o direito de habitação, segurança jurídica e dignidade.

Requer, ao final, o provimento do recurso, para anular a sentença vergastada.

Contrarrazões às f. 165/167, nas quais a parte apelada pugna pela condenação do apelante em multa por litigância de má-fé.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A irresignação do apelante merece prosperar.

O magistrado singular rejeitou os embargos do devedor, ao fundamento de que eles foram propostos sem que o juízo estivesse seguro, já que o termo de penhora não está regularizado por ausência de assinatura do executado.

Além disso, consignou que os embargos foram propostos cerca de três meses após a intimação do devedor.

Ao contrário do entendimento exarado pelo julgador primevo, verifico que o termo de penhora de f. 116 do processo em apenso se aperfeiçoou, sendo certo que o fato de o executado, ora apelante, não ter assinado referido termo não implica ausência de segurança do juízo.

O termo de penhora supramencionado foi lavrado pela Secretaria do Juízo, após a indicação pelo exequente de imóvel pertencente ao executado (f. 112), com a apresentação da respectiva matrícula do bem (f. 113).

Nos termos do disposto no art. 659, § 5º, do CPC, o termo de penhora de bem imóvel não precisa ser assinado pelo devedor, de forma que referida constrição se aper-

feiçoa com a intimação regular do executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, senão vejamos:

> Art. 659. [...]
> § 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

Sobre o assunto, leciona Araken de Assis:

> O art. 657, segunda parte, demonstra fidelidade ao sistema dos atos processuais, às vezes desrespeitado na lei, introduzindo modificação ignorada pela doutrina. É que, como o termo constitui ato do escrivão, a regra dispensa a assinatura do executado. A nomeação eficaz elimina a necessidade de o devedor comparecer pessoalmente em cartório e, de quebra, apaga a controvérsia sobre a ausência da firma do executado ou sua recusa em assinar o termo. Tudo isto se afigura irrelevante. Os requisitos que importam às funções da penhora já constam da nomeação válida. Entretanto, os comentadores do novo diploma repetem, descuidadamente, a ocorrência de assinatura, que, à evidência, complica e tumultua. Neste sentido, porém, decidiu a 3ª Turma do STJ: 'o executado que nomeia bens à penhora, quando não comparece espontaneamente ou após chamamento pela imprensa, deve ser intimado pessoalmente para assinar o termo de nomeação e, no mesmo ato, do prazo para interposição dos embargos à execução'.

Por tal motivo, o art. 659, § 5º, previu que, tratando-se de imóvel, a exibição da certidão da matrícula permite realizar a penhora por termo, independentemente do lugar em que se localize o bem,

> do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa do seu advogado, e por este ato constituído depositário. Assim, adotou a orientação há pouco explicada, dispensando a assinatura do executado no auto. Quanto aos demais bens, idêntica regra vigora (*Manual do processo de execução,* 8. ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 613/614).

Ademais, apesar de não constar do termo de penhora a assinatura do executado, ora apelante, nomeado depositário do bem penhorado, certo é que o lapso temporal para interposição de embargos teve início a partir da intimação da penhora, mediante publicação no Órgão Oficial, para os fins do disposto no § 5º do art. 659 do CPC, o que ocorreu no dia 25 de setembro de 2004 (f. 117 do processo de execução).

Nesse sentido, já se decidiu:

> Processual. Execução Fiscal. Prazo para Embargos. Intimação de penhora. Lei 6.830/80 (art. 16).
> 1. Intimada a executada da penhora e advertida do prazo para oposição de embargos à execução, é dessa data, e não da assinatura do termo de depósito, que se conta o lapso temporal para embargar. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso parcialmente conhecido, mas não provido (STJ; REsp 124608/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 13.2.2001, *DJ* de 13.8.2001, p. 52).

No julgamento do REsp nº 182828, o Relator, Ministro João Otávio de Noronha, afirmou que "a circunstância de não ter sido assinado o termo de penhora não constitui fator de nulidade do ato nem implica óbice ao trâmite dos embargos à execução." E completa que "nada mais apropriado do que prestigiar o processo como instrumento de realização da justiça, afastando o excesso de formalismo que em nada contribui para a prestação jurisdicional" (Segunda Turma, julgado em 1º.3.2005, *DJ* de 13.6.2005, p. 218).

Em casos análogos:

> Apelação Cível. Embargos de devedor. Execução fiscal. Rejeição liminar. Intempestividade. Procurador constituído nos autos. Intimação da penhora mediante publicação no órgão oficial. Prazo para embargos. Trinta dias. Intimação da penhora. Artigo 16, Inciso III, da Lei 6.830/80. Assinatura do termo de depósito. Ausência. Irregularidade formal. Autos em poder de procurador de outro executado durante oito dias. Inexistência de pedido de devolução do prazo. Ausência de prejuízo. Intempestividade. - Impõe-se a rejeição liminar dos embargos à execução fiscal quando opostos sem a observância do prazo previsto no artigo 16, inciso III, da Lei 6.830/1980 e, portanto, intempestivamente. Intimado o executado da penhora, mediante publicação no Órgão Oficial, e advertido do prazo para oposição de embargos à execução, é dessa data, e não da assinatura do termo de depósito, que se conta o lapso temporal para embargar. A circunstância de não ter sido assinado o termo de penhora não constitui fator de nulidade do ato nem implica óbice ao trâmite dos embargos à execução (Precedente do STJ) (TJMG; 1.0024.06.085566-5/001(1); Rel. Armando Freire; Data do julgamento: 10.7.2007; Data da publicação: 24.7.2007.

> Execução por titulo extrajudicial. Instrumento particular de contrato de confissão, dação de direitos creditórios em pagamento e outras avenças e instrumento particular de cessão de direitos creditórios com pacto adjeto de penhor mercantil e outras avenças. Penhora *on line*. Sistema Bacen JUD. Possibilidade. - Hipótese, entretanto, de prévia aceitação, pela exequente, de penhora de mercadoria, o que foi determinado nos autos de carta precatória pela Justiça de Pernambuco. Validade, apesar, de não assinado o termo. É que, como o termo constitui ato do escrivão, a regra dispensa a assinatura do executado. A nomeação eficaz elimina a necessidade de o devedor comparecer pessoalmente em cartório e, de quebra, apaga a controvérsia sobre a ausência da firma do executado ou sua recusa em assinar o termo (ASSIS, Araken. Manual do Processo de Execução. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 532). De qualquer sorte, como a Justiça de Pernambuco determinou que os representantes legais das executadas firmassem o termo de penhora, a decisão deverá ser cumprida, com o que deverão ser liberadas as quantias constritas pela penhora *on line*, pelo juízo de origem (TJSP, Agravo de Instrumento 7277614400, Relator Jurandir de Sousa Oliveira, Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19.1.2009; Data de registro: 19.3.2009).

> Agravo de instrumento. Ofício ao Banco Central para localização de bens do executado. Falta de assinatura no termo de penhora. - A expedição de oficio para o Banco Central somente é admitida quando comprovado o esgotamento das

> vias próprias para obtenção das informações necessárias, pois é dever do exequente localizar bens do devedor passíveis de penhora. A ausência da assinatura do executado no termo de penhora não invalida o ato. Decisão monocrática. Agravo provido (TJRS; Agravo de Instrumento nº 70013266614, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 7.11.2005).

De acordo com o art. 669 do CPC, aplicável ao caso em razão de a citação na ação de execução ter ocorrido sob a égide da lei antiga (f. 68-V), feita a penhora, o devedor deverá ser intimado para embargar a execução no prazo de 10 dias.

Dessa forma, ao contrário do posicionamento exarado na sentença vergastada, entendo que os embargos do devedor sob exame se encontram tempestivos, uma vez que opostos no dia 1º de outubro de 2004 (f. 63), sendo que a intimação do executado acerca da efetivação da penhora se deu no dia 25 de setembro de 2004 (f. 117 do processo de execução), e não no dia 1º de julho de 2004, data em que foi publicado despacho noticiando o aguardo da assinatura do termo de penhora lavrado.

Com efeito, deve ser cassado o *decisum* objurgado, que rejeitou os embargos do devedor, ao argumento de que o juízo não estava seguro e de que os embargos foram propostos cerca de três meses após a intimação do devedor.

Apesar disso, não é o caso de se aplicar o art. 515, § 3º, do CPC para analisar desde já o mérito dos embargos do devedor, tendo em vista que o processo em comento deve ser julgado simultaneamente com a Ação Ordinária nº 002403167558-0, uma vez que se trata de ações conexas, que, inclusive, já se encontravam apensadas antes da prolação da sentença recorrida.

O julgamento conjunto de tais ações se justifica em respeito ao princípio da segurança jurídica, para se evitarem decisões conflitantes.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Embargos do devedor. Conexão declarada de ofício. Objetivo de evitar decisões contraditórias. Reunião dos processos perante o juízo prevento. Nulidade do *decisum* agravado. - Por se tratar de matéria de ordem pública, a conexão ou continência entre ações propostas em separado poderá ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, conforme expressamente dispõe o art. 105 do CPC. Nos termos do art. 103 do CPC, 'reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir'. Assim, haverá a modificação de competência por conexão quando um dos elementos objetivos da ação, qual seja o pedido ou a causa de pedir, for comum em processos distintos. Noticiam os autos a existência de uma ação revisional de contrato de crédito rural, na qual se embasa a execução geradora dos embargos originários deste recurso. Mostra-se, pois, presente um dos pressupostos necessários para o reconhecimento da conexão entre os feitos, qual seja o objeto de ambas as ações. Uma vez que a ação revisional foi o primeiro dos processos a ser despachado, nos termos do art. 106 do CPC, é de se reconhecer a prevenção daquele Juízo. Em consequência, a nulidade do *decisum* primevo é medida imperiosa, para que o julgador prevento, com conhecimento dos dois processos, profira decisões conciliáveis entre si (TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0480.08.118855-3/001(1); Relator: Eduardo Mariné da Cunha; Data do julgamento: 5.2.2009; Data da publicação: 27.2.2009).

> Processual Civil e Civil. Ação revisional de contrato e embargos do devedor. Conexão. Cédula de crédito rural. Nulidade não declarada por decisão judicial. Novação. Obrigação novada. Impossibilidade de questionamento judicial após a novação. Taxa referencial (TR). Legalidade como índice de correção monetária. Contrato posterior à Medida Provisória 294/1991, convertida na Lei 8.177/1991. Aplicação da Súmula 295 do STJ. 1- É inegável a existência de conexão entre os embargos do devedor e a ação revisional do contrato embasador da execução embargada. Tanto é assim, que o MM. juiz decidiu a revisional e, com base e em decorrência desse julgamento, acolheu os embargos do devedor [...] (TJMG; Ap. Cível nº 2.0000.00.474510-6/000(1); Relator: Maurício Barros; Data do julgamento: 22.5.2006; Data da publicação: 14.7.2006).

> Agravo de Instrumento. Execução fundada em título extrajudicial. Ajuizamento anterior de ação revisional de cláusulas contratuais. Suspensão da execução. Impropriedade. - A ação de revisão de cláusulas contratuais ajuizada com o objetivo de averiguação dos termos do contrato não impede a propositura e o regular prosseguimento da execução fundada nesse mesmo título, notadamente se ainda não se efetivou a penhora e a consequente garantia do juízo para a oposição de embargos pelo devedor. Sobrevinda a penhora e os embargos à execução, devem os processos ser reunidos, em face de conexão, para julgamento simultâneo (TJMG. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.512981-1/000(1); Relator: Luciano Pinto; Data do julgamento: 18.8.2005; Data da publicação: 15.9.2005).

> Apelação Cível. Embargos do devedor. Ação revisional de cláusulas conexas. Ausência de julgamento simultâneo. Nulidade. Em havendo conexão entre a Ação Revisional de Contrato e Embargos do Devedor, por ser aquela contingente e prejudicial a estes, compete ao magistrado processar e julgar simultaneamente as duas ações, a fim de evitar decisões conflitantes. Se a defesa feita através dos embargos tem o efeito de suspender a execução, tal não decorre da ação revisional de cláusula com pedido de repetição de indébito, razão pela qual a jurisprudência recomenda que com a reunião dos feitos seja suspensa a incidental dos embargos para manter seu efeito de obstar o prosseguimento da execução, até o julgamento da revisional, ou que ambas sejam processadas e decididas em conjunto (TJMG. Apelação Cível nº 2.0000.00.471194-0/000(1). Relator: Albergaria Costa; Data do julgamento: 23.2.2005; Data da publicação: 12.3.2005).

Por fim, a parte apelada pugna, em suas contrarrazões, pela condenação do apelante em multa por litigância de má-fé.

Contudo, o fato de o apelante ter sido vencido na demanda e se valer do recurso de apelação não implica litigância de má-fé, pois é livre o direito de petição.

À luz da Constituição da República de 1988, ninguém deverá ser privado do direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo certo que condenar a parte recorrente nas penas cominadas à litigância de má-fé seria impedi-la de exercer seu direito fundamental ao devido processo legal.

Assim dispõe o art. 5º da Carta Magna, em seu inciso LV:

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Com efeito, rejeito o pedido da parte apelada de condenação do apelante em multa por litigância de má-fé.

Mediante tais razões, dou provimento ao recurso, para cassar a r. sentença vergastada, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para julgamento conjunto destes embargos do devedor e da ação ordinária nº 002403167558-0.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

INSS - Auxílio-doença - Antecipação de tutela - Requisitos - Comprovação - Decisão - Nulidade - Ausência de fundamentação - Não ocorrência

Ementa: Agravo de instrumento. INSS. Nulidade. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Auxílio-doença. Antecipação de tutela. Requisitos autorizadores. Presença.

- Nulas são as decisões sem fundamentação, e não aquelas fundamentadas de forma sucinta.

- O auxílio-doença deve ser concedido ao segurado que, depois de cumprir o período de carência, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos. No presente caso, estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela pleiteada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0702.09.577317-3/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: INSS - Instituto Nacional de Seguro Social - Agravado: Paulo Roberto Rufallo - 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 Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2010. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Instituto Nacional de Seguro Social interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia em ação previdenciária ajuizada por Paulo Roberto Rufallo.

Insurge-se o agravante contra decisão que lhe determinou restabelecer o pagamento do benefício auxílio-doença ao agravado até ulterior deliberação.

Alega que a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela é nula, pois carece de fundamentação já que o Magistrado não observou o requisito negativo estabelecido pelo § 2º do art. 273 do CPC, que é o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Afirma que inexiste prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo incabível a antecipação de tutela.

Por decisão de f. 72-TJ, foi inferido o pedido de efeito suspensivo.

Não foi apresentada contraminuta.

Informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo* à f. 78.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O objeto do recurso é a irresignação do agravante à decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela determinando ao INSS manutenção do benefício auxílio-doença.

Preliminar de nulidade da decisão.

Entendo que referida alegação de nulidade da decisão por ausência de fundamentação deve ser apreciada como preliminar, embora o agravante a tenha considerado como mérito.

O art. 93, IX, da Constituição Federal bem como o art. 165 do CPC dispõem que todas as decisões deverão ser fundamentadas, ainda que de forma concisa.

No caso dos autos, verifico que o d. Juiz primevo analisou, de forma satisfatória, os requisitos necessários para a concessão da medida pleiteada.

Assim sendo, o fato de não ter o Julgador se manifestado sobre a irreversibilidade do provimento antecipado não implicará nulidade da decisão proferida, como requereu o agravante, visto que a decisão que deferiu a antecipação de tutela foi devidamente fundamentada e restabelece medida anteriormente deferida, sendo perfeitamente reversível.

Rejeito, pois, tal preliminar.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Preliminar.

Determina o § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil que "não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

A não incidência dessa vedação legal encontra-se, por consequência, implicitamente reconhecida em todas as decisões que concedem a tutela antecipatória, como é o caso destes autos.

Ademais, cumpre ressaltar que a vedação à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública não é geral e irrestrita, não se aplicando a matéria de natureza previdenciária.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica:

> Processual civil. Tributário. ICMS. Suspensão de exigibilidade. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Possibilidade.
> 1. Desde que preenchidos os respectivos pressupostos, não há óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.
> 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 770308/SC, Segunda Turma, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, j. em 28.08.2007.)

> Administrativo. Processual civil. Antecipação de tutela. Art. 1º da Lei nº 9.494/97. Possibilidade. Precedentes. Requisitos. Art. 273 do CPC. Análise. Impossibilidade. Súmula nº 07/STJ.
> 1. É possível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos casos não vedados pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97.
> 2. É inviável em sede de recurso especial a verificação dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, previstos no art. 273 do Diploma Processual, uma vez que tal exame exige, necessariamente, a incursão no campo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 07/STJ. Precedentes.
> 3. A regra inserta no referido dispositivo legal, a despeito de ter sua constitucionalidade declarada na ADC-4/DF, não é absoluta, conforme entendimento firmado por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser aplicada com abrandamentos em situações, como no caso em tela, que envolvam o restabelecimento de benefício de natureza alimentar.
> 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 504427/PR, Quinta Turma, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, j. em 15.12.2005).

Com essas considerações, afasto a preliminar de nulidade da decisão, por ausência de fundamentação.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o eminente Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - No mérito, deve-se analisar o conceito de auxílio-doença, que vem disciplinado no art. 59 da Lei 8.213/91:

> O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
> Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Portanto, para a concessão do benefício, é necessária a prova de que o segurado esteja "incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos" e que a doença do segurado seja "posterior à sua filiação ao Regime Geral de Previdência Social".

O auxílio-doença é concedido justamente durante o período em que o segurado incapacitado para o trabalho ou para sua atividade habitual.

Logo, restaram comprovados todos os requisitos atinentes à concessão do aludido benefício, nos termos do art. 59 da Lei 8.213/91.

Ademais, cumpre analisar se estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada. Para tanto, é necessário verificar a existência dos elementos enumerados pelo art. 273 do CPC.

A respeito da tutela antecipada, Humberto Theodoro Júnior leciona:

> O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:
> a) requerimento da parte;
> b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
> c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
> d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e
> f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

São requisitos concorrentes, ou seja, é indispensável a presença de todos para que possa ser deferida a tutela.

Assim sendo, após compulsar os autos, verifica-se que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela pleiteada, já que no caso em questão o agravado, segurado do INSS, recebeu o auxílio-doença de 16.06.2002 a junho de 2007.

As provas colacionadas são aptas a convencer sobre a plausibilidade do direito pleiteado, pois laudo médico juntado às f. 38/49 revela que o recorrido é portador de sequela de acidente de trabalho com diminuição da movimentação e abertura da perna no nível do joelho esquerdo, estando, portanto, incapacita-

do para retornar ao seu trabalho, uma vez que é manobrista de uma empresa de transportes coletivos.

Da mesma forma, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está consubstanciado no caráter alimentar de que se reveste tal benefício, que poderia restar frustrado pela demora. Uma vez incapacitado, como está, para exercer suas atividades funcionais, ao agravado deve ser concedido o benefício, para que possa prover suas necessidades básicas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Mérito. De acordo com o eminente Relator.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Agravo de instrumento - Imissão na posse - Liminar

Ementa: Agravo de instrumento. Imissão na posse. Liminar. Agravo provido.

- Irrelevante qual a natureza jurídica da pretensão do agravante se tutela antecipada ou liminar de imissão de posse. A pretensão da agravante é entrar na posse de determinada faixa de terra no imóvel do agravante a fim de instalar nela antenas ou torres de transmissão de energia elétrica por força de construção da barragem e de pequena hidrelétrica em um dos rios da região. Não restam dúvidas de que tem ela, a agravante, o direito de liminarmente, antes mesmo de apurado definitivamente o valor da indenização, ser imitida na posse da área expropriada. O não deferimento da pretensão do agravante traria severos danos não só à agravante, como também aos habitantes da região da cidade de Uberlândia, já que se trata de uma obra de utilidade pública, que precisa ser realizada para o bem da coletividade, pois se refere ao abastecimento de energia elétrica.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.09.60-3080-5/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Hidrelétrica Malagone S.A. - Agravado: Espólio de Francesco Acciardi. - 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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2010. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Gianpaolo Zambiozi.

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Rodrigo Antônio Ramos Soares Corrêa.

DES. BATISTA DE ABREU - Hidrelétrica Malagone S.A. interpõe agravo de instrumento, contra decisão (f. 114-TJ) proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia que, nos autos da Ação Possessória, movida em face de Francesco Acciardi, indeferiu o pedido de liminar pleiteado para imissão na posse do agravante.

Em sua decisão o Magistrado *a quo* fundamentou:

> Indefiro o pedido de liminar, que aqui recebo como antecipação dos efeitos da tutela (eis que no procedimento ordinário tal pedido mostra-se incoerente), requerido pela autora na inicial, por entender que a tutela antecipada de caráter satisfativo provisório, como se configura no caso, em se tratando de prestação jurisdicional cognitiva consiste na entrega do resultado final esperado no processo de conhecimento, não se confundindo com a medida cautelar de caráter não satisfativo, que apenas assegura o efeito prático da ação principal. Impõe-se assim, que o resultado final seja a procedência da ação, com a consequente condenação, conforme requerido, do que ainda não se tem segurança. Como não bastasse, nesta mesma data, foi concedida liminar de interdito proibitório no processo em apenso, envolvendo a mesma questão objeto da presente lide, o que vai de encontro ao pedido de liminar aqui formulado.

Nas razões recursais (f. 02/18-TJ) alega a agravante que é detentora de autorização administrativa, conferida a ela pelo Governo Federal através da Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica, para fins de instalar-se como produtor independente de energia elétrica. E, como parte do empreendimento elétrico em questão, tem-se a linha de transmissão, sendo que no traçado da rota dessa rede de energia, encontra-se a propriedade do agravado. Afirma que realizou várias tentativas de acordo para a passagem da rede de transmissão na propriedade do recorrido, porém não obteve êxito. Assim, ajuizou a ação de servidão administrativa com o pedido liminar de imissão provisória da posse do imóvel em questão. Sustenta que, no caso de desapropriação pública ou constituição de servidão administrativa, na forma do Decreto-lei nº 3.365/41, cabe o pedido de imissão de posse provisória. Além disso, afirma que a área serviente consta ser objeto de formal declaração de utilidade pública; que a impossibilidade de acesso à área

serviente projetada para o imóvel do agravado está causando sério prejuízo para a obra; que o retardo na execução dos trabalhos, além de expor a interrupção do fornecimento elétrico na região de Uberlândia, estará prejudicando a própria sociedade consumidora. Requer o provimento do recurso.

Tutela antecipada indeferida nas f. 281/282-TJ.

Não houve apresentação de contraminuta por parte do agravado, que não foi intimado por se encontrar ausente (f. 304-TJ).

Como visto, o objetivo da agravante com o presente agravo é o deferimento da liminar para a imissão na posse do imóvel denominado Fazenda Capim Branco, situado no Município de Uberlândia/MG, de propriedade do agravado, visando à realização dos trabalhos de implantação da linha de transmissão de energia elétrica.

Irrelevante qual a natureza jurídica da pretensão da agravante se tutela antecipada ou liminar de imissão de posse.

A pretensão da agravante é entrar na posse de determinada faixa de terra no imóvel do agravado a fim de instalar nela antenas ou torres de transmissão de energia elétrica por força de construção da barragem e de pequena hidrelétrica em um dos rios da região.

A agravante Hidrelétrica Malagone é uma empresa autorizada pelo Governo Federal, através da Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica, para funcionar no Município de Uberlândia como produtor independente de energia. Em decorrência da condição de concessionária de serviço público, está incumbida de proceder aos trabalhos de construção, operação e manutenção, dentre outras atribuições, para fins de viabilizar o empreendimento.

A Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica - por sua vez, por meio da Resolução Autorizativa nº 1.959, de 16 de junho de 2009, declarou de utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, as áreas de terras necessárias à passagem das linhas de transmissão de energia elétrica PCH Malagone, o que demonstra relevância da obra em questão, a par de revelar a presença de interesse público na sua conclusão. Assim se vê que o procedimento da agravante tem amparo legal e segue o procedimento próprio para a imissão de posse na servidão constituída.

Dessa forma, dispõe o art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/41:

> Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenizações na forma desta lei.

Verifica-se que a agravante realizou um laudo técnico de avaliação (f. 78/83 para instituição de servidão que fixou o valor da indenização em R$ 25.478,05. Registre-se que poderá esse valor ser majorado caso o magistrado entenda que a indenização oferecida é insuficiente, fixando assim uma quantia razoável e justa para a indenização. Além disso, a agravante efetuou o depósito desse mesmo valor duplamente, no intuito de garantir efetivamente os direitos do agravado.

Não restam dúvidas de que tem ela, a agravante, o direito de liminarmente, antes mesmo de apurado definitivamente o valor da indenização, ser imitida na posse da área expropriada. Ou mesmo se entendendo como antecipação dos efeitos da tutela, presente a verossimilhança das alegações iniciais bem como receio de danos na entrega definitiva da prestação jurisdicional pretendida. O não deferimento da pretensão da agravante traria severos danos não só à agravante, como também aos habitantes da região da cidade de Uberlândia, já que se trata de uma obra de utilidade pública, que precisa ser realizada para o bem da coletividade, pois se refere ao abastecimento de energia elétrica.

Deve-se considerar o princípio de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular. E, nesse caso, o interesse particular, além de frustrar a construção da linha de transmissão de energia elétrica, estaria prejudicando a própria coletividade considerando a importância do setor energético para o desenvolvimento do País.

Ademais, isso não significa causar prejuízos ao particular, uma vez que todos os ônus e incômodos decorrentes dos trabalhos de utilidade pública devem prévia e justamente ser indenizados na forma da lei.

Assim, não haverá lesão para o agravado, já que poderá ressarcir-se de eventuais prejuízos pelas vias ordinárias disponibilizadas pelo ordenamento jurídico.

Com tais fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento reformando a decisão recorrida imitindo na posse a agravante na área desapropriada.

Custas, pelo vencido.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL. O RELATOR DAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Gianpaolo Zambiozi.

DES. BATISTA DE ABREU (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 16.12.2009, a pedido do primeiro Vogal. O Relator dava provimento ao recurso.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão de f. 114, que nos autos de constituição de servidão administrativa indeferiu a liminar de imissão na posse *initio litis*. Não há legislação específica que regulamente o instituto. Sua uti-

lização toma por base normativa o Decreto-lei 3.365/41, que, ao disciplinar as desapropriações por utilidade pública, autoriza no art. 40 que o desapropriante institua servidões, observadas as disposições da lei – "Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei".

O procedimento para a constituição de servidões, portanto, segue as disposições do decreto-lei, no que for compatível.

As servidões administrativas, a exemplo das desapropriações, podem ser constituídas por meio de acordo administrativo ou sentença judicial, após a edição do ato declaratório pelo Poder Público. No primeiro caso, o Poder Público e o proprietário do imóvel celebram por escritura pública um acordo pelo qual o segundo concede ao primeiro o direito de uso do imóvel; no segundo, frente à discordância do proprietário do bem, move o Poder Público uma ação contra ele, quando então, após a comprovação dos requisitos para a instituição da servidão, terá seu direito reconhecido judicialmente.

O procedimento se encerra, em qualquer dos casos, com a inscrição da servidão no Registro de Imóveis, medida indispensável para a produção de sua eficácia contra todos. Há a declaração de utilidade pública - f. 62 e o pedido de imissão na posse *initio litis*.

Dispõe o art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 que:

> Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o artigo 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

A jurisprudência tem entendido que, para concessão de liminar de imissão na posse na ação para constituir servidão administrativa, é desnecessária a prévia avaliação do imóvel por ela afetado, isso porque se trata de mera limitação ao exercício da posse e da propriedade do desapropriado, e não a perda dela, caso em que se encontra o preço justo através de perícia a ser realizada no curso do processo. Portanto, desnecessária a efetivação do depósito prévio como assinalado no art. 15.

No caso vertente, há dois princípios que se deve observar: o princípio que garante a propriedade plena do particular e o princípio que resguarda o interesse público que se define como a soma dos interesses particulares. Portanto, o interesse público, comunitário, sobrepõe ao interesse particular porque atende a todos, no caso, inclusive o agravado.

Com esses fundamentos, acompanho o judicioso voto do eminente Relator para dar provimento ao agravo de instrumento deferindo a liminar rogada.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Acompanho na íntegra os votos proferidos e apenas acrescento que, na conciliação dos dois princípios lembrados pelo em. Des. Sebastião Pereira de Souza, que a propriedade é garantida na Constituição da República, com a ressalva exatamente da desapropriação e que o procedimento de constituição de servidão administrativa, embora diverso, como bem lembrou S. Ex.ª, se vincula à função social da propriedade, que também é de observância obrigatória, nos termos da própria Constituição Federal. O eventual direito do proprietário se sub-roga em indenização, não havendo como afastar a eficácia do ato declaratório de utilidade pública.

Acompanho, portanto, os votos proferidos.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Honorários advocatícios - Advogado dativo - Nomeação pelo juiz - Lei Estadual nº 13.166/99 - Ônus do Estado - Litigância de má-fé - Não configuração

Ementa: Honorários. Advogado dativo. Nomeação pelo juiz. Lei Estadual 13.166/99. Ônus do Estado. Litigância de má-fé.

- Ao advogado dativo nomeado pelo juiz para patrocinar interesse do miserável são devidos honorários pelo Estado como provedor e promotor do livre acesso ao Judiciário independentemente da condição financeira daquele que acorre àquele Poder.

- É cediço que, para que a litigância de má-fé seja configurada, é necessário que reste comprovado dano causado à outra parte e culpa da parte por tê-lo provocado, dentro das hipóteses taxativamente enumeradas no art. 17 do CPC.

- As infrações previstas no art. 17 do Código de Processo Civil não podem ser analisadas com extremismo e rigor excessivo, sendo necessária prova de que o litigante adotou intencionalmente conduta processual maliciosa e desleal, causando um dano concreto à parte adversa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.745957-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Daniel Ferdinand Van Eijk; 2º) Estado de Minas Gerais - Apelados: Daniel Ferdinand Van Eijk, Estado 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 9 de março de 2010. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recurso de apelação à r. sentença de f. 175/179, a qual julgou procedente o pedido na ação de cobrança, condenando o Estado de Minas Gerais ao pagamento da importância de R$2.280,00 corrigidos monetariamente pela tabela da CGJMG, juros de mora 0,5% a partir da citação.

Condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$228,00 nos termos do art. 20, § 4°, do CPC.

Em suas razões recursais de f. 180/188, o autor pugna pela reforma da sentença requerendo a majoração da verba honorária.

O Estado de Minas Gerais em suas razões recursais de f. 189/207 pugna pela reforma da sentença requerendo a condenação do autor por litigância de máfé, preliminar de falta de interesse de agir, inépcia da peça de ingresso diante da falta de documentos essenciais e no mérito alega ausência de providências e requisitos preconizados no texto legal, requerendo que o feito seja julgado extinto sem resolução do mérito ou julgado improcedente o pedido.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões.

Conheço dos recursos, visto que atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Da preliminar - Falta de interesse de agir.

Não carece de ação por falta de interesse de agir aquele que vai a juízo cobrar quantia que lhe é devida.

Como assevera o escoliasta José Frederico Marques:

> Existe, portanto, o interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto.
> Assim, o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, apresente-se viável no plano objetivo. 'Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável'. (*Manual de direito processual civil*. Millenium Editora, 1998, v. I, p. 302.)

Como leciona José Rubens Costa:

> O interesse de agir é, por conseguinte, a necessidade de se valer do Poder Judiciário para a solução de um conflito de interesses entre as partes. Entende-se, ainda, integrante do conceito de interesse a utilidade do acesso ao Judiciário. A parte necessitará o Judiciário para uma finalidade útil. (...)
> O interesse de agir deve estar presente no momento da sentença. Apesar do Código induzir a que se pense na sua existência no momento da propositura da ação: 'para propor ou contestar ação é necessário ter interesse'. Isso significa que a inexistência do interesse de agir ou a desnecessidade de recorrer ao juízo pode ocorrer no curso da ação. (*Manual de processo civil*. Saraiva, v. 1, p. 94/96.)

Contudo, importa destacar que a circunstância de não ter sido exaurida a via administrativa, conforme preceitua a norma do art. 10 da Lei n° 13.166/99, não constitui óbice intransponível à cobrança judicial dos honorários estipulados em prol de advogado nomeado como defensor dativo, a quem se atribuiu tal mister.

Rejeito a preliminar.

Do mérito.

Não há dúvida de que o advogado nomeado para exercer o *munus* de patrocinar judicialmente os interesses de litigantes carentes na acepção legal, tem direito de ser ressarcido pela atividade exercida, o que é feito sob a forma de honorários pagos pelo Poder Público no importe fixado por decisão judicial proferida no processo em que oficiou o advogado dativo.

Como estabelecido pelo art. 22, § 1°, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB):

> §1° O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

É certo que a Defensoria Pública estadual não apresenta estrutura e condições suficientes para atendimento a todos os casos ocorrentes na vastidão de nosso Estado. Portanto os juízes solicitam a colaboração de advogados dativos, e a remuneração pela prestação deste serviço compete inevitavelmente ao Estado.

Como ficou demonstrado na execução, o apelado realizou seus trabalhos como defensor dativo, sendo úteis ao Estado, razão pela qual se revela completamente descabido obstar-lhe o recebimento dos honorários instituídos em seu favor, visto que não é dado à Administração locupletar-se de tal forma.

Vide sobre o tema as seguintes ementas de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Honorários advocatícios. Processo-crime. Defensor dativo. Sentença que fixa os honorários. Título executivo judicial. - 1. A verba fixada em prol do defensor dativo, em nada difere das mencionadas no dispositivo legal que a consagra em proveito dos denominados 'Serviços Auxiliares da Justiça' e que consubstanciam título executivo (art. 585, V, do CPC). - 2. A fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele, cuja contraprestação se encarta em decisão judicial, retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em *numerus apertus*, porquanto o próprio Código admite 'outros títulos assim considerados por lei'. - 3. O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudên-

> cia do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência se corporifica no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra. - 4. É cediço que o ônus da assistência judiciária gratuita é do Estado. Não havendo ou sendo insuficiente a Defensoria Pública local, ao juiz é conferido o poder-dever de nomear um defensor dativo ao pobre ou revel. Essa nomeação *ad hoc* permite A realização dos atos processuais, assegurando ao acusado o cumprimento dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. 5. A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar A parte no processo, gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado. (Precedentes do STF - RE 222.373 e 221.486). 6. Recurso desprovido. (REsp nº 602.005, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJ* de 26.04.2004, p. 153.)

Contudo, improcede a irresignação quanto à falta de cumprimento dos requisitos legais, uma vez que as súplicas feitas pelo apelante foram todas muito bem examinadas e fundamentadas pelo MM. Juiz *a quo* em sua sentença, não merecendo maiores delongas a respeito.

Logo, o autor atende aos requisitos legais para a percepção dos pretendidos honorários.

Assim, se o requerente foi designado para desempenhar o encargo de advogado dativo pelo MM. Juiz *a quo* da Comarca de Lambari, a presunção é de que o ato tenha sido praticado diante da forma prevista em lei, sendo certo que eventual ponderação em sentido contrário deve vir acompanhada do respectivo suporte probatório, o que não é o caso.

Vide sobre o tema a seguinte ementa de acórdão deste Sodalício:

> Advogado dativo. Remuneração pelo Estado. Se o advogado é nomeado pelo juiz para defesa de necessitados, compete ao Estado o pagamento da respectiva remuneração, que se faz por arbitramento, com atendimento às tabelas estabelecidas pela OAB, não podendo a legislação estadual suplantar a legislação federal. (Des. Ernane Fidélis, Ap.1.0518.02.014953-1/001.)

Pelo que se infere dos autos, o advogado dativo atuou em vários processos por indicação do MM. Juiz da Comarca.

Quanto ao pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé, em face da interposição de diversas ações de cobrança em nome do autor em desfavor do Estado, a meu ver, não merece prosperar.

Como assevera o escoliasta Humberto Theodoro Júnior, in *Curso de direito processual civil*, 41. ed., Editora Forense, v. 1, p. 82:

> A responsabilidade, *in casu*, pressupõe o elemento objetivo dano e o subjetivo culpa, mas esta não se confunde necessariamente com o dolo e, pelo casuísmo legal, pode às vezes limitar-se à culpa em sentido estrito, mas de natureza grave (art. 17, nºs I e IV).

Para que a litigância de má-fé seja configurada, é necessário que reste comprovado dano causado à outra parte e culpa da parte por tê-lo provocado, dentro das hipóteses taxativamente enumeradas no art. 17 do CPC, o que, contudo, não ocorreu no caso em exame.

Para maior reforço dos articulados retro, veja a seguinte ementa do STJ:

> Processual civil. Litigância de má-fé. Reconhecimento. Pressupostos. I - Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade. II - Na interposição de recurso previsto em lei, cujos defeitos se devem à inequívoca inaptidão técnica do patrono da parte, não se presume a má-fé, para cujo reconhecimento seria necessária a comprovação do dolo da parte em obstar o trâmite do processo e do prejuízo da parte contrária, em decorrência do ato doloso. Recurso conhecido e provido. (STJ - 3ª Turma, REsp 418.342-PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11.6.02, deram provimento, v.u., *DJU* de 5.8.02, p. 337.)

Não se pode impor pena de multa sem prova inconcussa e irrefragável do dolo.

Entendo que o fato de o advogado do autor ajuizar a presente ação pugnando pelo recebimento de honorários devidos em virtude de sua atuação como defensor dativo, consistiu em mero uso dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico.

Assim, a alegação de que o requerente (autor) agiu de má-fé não ficou configurada nos autos, mormente porque, para configuração, necessária se torna a prova inequívoca do alegado, assim não merece guarida tal pretensão.

Do recurso de apelação do requerente (autor).

Não vejo razão plausível para majoração dos honorários advocatícios fixados, haja vista que foram fixados em valor fixo e razoável conforme preceitua o art. 20, § 4º, do CPC.

Se o magistrado fixou os honorários advocatícios em consonância com o que preceitua o § 4º do art. 20 do CPC, correta se afigura aquela verba fixada e, *ipso facto,* falece de motivo para alteração do *quantum* arbitrado àquele título.

Aliás, é de se destacar o seguinte entendimento jurisprudencial:

> Ainda que as peças apresentadas pelo advogado estejam bem elaboradas, demonstrando zelo profissional, cultura e inteligência do seu subscritor, e a exigir horas de serviço, a questão não sendo complexa, nem tendo havido instrução - só houve, na hipótese, a contestação - e considerando que vencida foi a Fazenda Pública, os honorários advocatícios não devem ser fixados acima de dez por cento. Nos casos excepcionais do § 4º do art. 20 do CPC, nº incide o disposto no §3º do mesmo artigo (Ac. Unân. da 3ª T. do TRF da 1ª R. de 20.09.93, na rem. Nec. 93.01.23507-2-DF, rel. juiz Tourino Neto; *DJ* da 07.10.93;

Jurisp. STJ/TRF, v. 54, p. 437). In *O processo civil à luz da jurisprudência*, Alexandre de Paula, v. 1, Editora Forense, p. 228.

Dessarte, razão inexiste para discordar da sentença hostilizada, pois o critério usado para a fixação de honorários em causas da presente estirpe é exclusivamente o da apreciação equitativa do juiz, que, *in casu*, me parece razoável.

Em tais termos, rejeito a preliminar e nego provimento aos recursos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Consignação em pagamento - Contrato - Financiamento habitacional - Prestações - Depósito insuficiente

Ementa: Apelação. Ação de consignação em pagamento. Contrato de financiamento habitacional. Prestações. Depósito insuficiente. Improcedência do pedido inicial.

- A ação de consignação em pagamento destina-se à liberação do devedor, diante de um débito que o credor se recusa, injustamente, a receber. De sorte que o manejo dessa ação, conforme disciplinado pela legislação processual em vigor, requer a presença de três elementos indispensáveis: a existência de uma relação de crédito e débito e a sua liquidez, a figura da parte passiva naquela relação e a imprescindível demonstração da recusa injusta do credor em receber o *quantum* oferecido pelo devedor. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a constatação de insuficiência do valor depositado acarreta a improcedência da consignação em pagamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.92.911565-7/001 (em conexão com o processo número: 1.0024.05.871167-2/001) - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Lino Soares dos Reis Filho e sua mulher - Apelada: Lapa – Incorporações, Empreendimentos Imobiliários e Serviços S.A. - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 28 de janeiro de 2010. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida a espécie de ação de consignação em pagamento, ajuizada por Lino Soares dos Reis Filho e sua mulher, Simone Rodrigues Ferreira dos Reis, em face de Lapa - Incorporações, Empreendimentos Imobiliários e Serviços S.A., atual denominação social de Mutual Apetrim Crédito Imobiliário, alegando ter firmado contrato de financiamento imobiliário com a ré, em 3.6.1991, visando à aquisição do imóvel constituído pelo apartamento nº 203, bloco A-67, situado na Rua Rio Comprido, nº 1.014, Bairro Santa Cruz Industrial, Contagem-MG.

Disseram que o contrato é vinculado ao Plano de Equivalência Salarial e que a ré se recusou a receber a prestação vencida em 3.9.1992, exigindo valores indevidos, com base em cálculos totalmente alterados, em desrespeito ao contratualmente ajustado. Aduziram que sempre apresentaram sua declaração de renda à ré, já tendo, inclusive, postulado a revisão do valor das prestações. Informaram que o percentual renda/prestação fixado no contrato, de 32,13%, vem sendo desrespeitado, já que a prestação do financiamento vem consumindo mais de 83,93% da renda do mutuário-varão. Pediu a procedência da ação. Informaram ser de CR$285.000,00 o valor das prestações vencidas em 3.9.92 e 3.10.92. Diante da recusa da ré em receber os valores efetivamente devidos, pediram a procedência da ação.

Às f. 28/35, a requerida apresentou contestação, arguindo preliminares de carência de ação, por falta de interesse de agir e inépcia da petição inicial, em virtude da incerteza da quantia ofertada. No mérito, discorreu sobre o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PEC/CP. Asseverou que o mutuário, para pretender a revisão dos valores das prestações, deve solicitar e comprovar sua evolução salarial, por meio de declaração do empregador. Alegou que a não comprovação dos rendimentos implica o reajustamento das prestações pelos índices oficiais autorizados (art. 1º, I e II, c/c o § 3º da Lei nº 8.100/90). Impugnou os documentos de f. 16/17. Consignou que, no ato da celebração do contrato, os autores informaram três fontes de renda, sendo duas do mutuário-varão e uma de sua esposa, não lhes sendo dado, portanto, pretender aferir o percentual de comprometimento de renda levando em conta apenas um dos rendimentos do varão. Reputou insuficiente o valor ofertado pelos autores. Pediu o acolhi-

mento das preliminares ou a improcedência da ação. Juntou os documentos de f. 37/68.

À f. 90, o MM. Juiz singular, entendendo tratar-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário envolvendo a Caixa Econômica Federal, declinou da competência para a Justiça Federal.

Regularmente citada, a CEF ofereceu resposta, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, bateu-se pela improcedência da demanda (f. 213/216).

Os autores apresentaram impugnação à contestação (f. 220/223).

Às f. 266/267, o Magistrado federal determinou a citação da União, como litisconsorte passiva necessária.

Às f. 283/287, a União Federal apresentou contestação, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva. Meritoriamente, teceu argumentos em prol da improcedência da ação.

Às f. 289/292, os autores impugnaram a contestação da União.

Em decisão proferida nos autos do Conflito de Competência nº 35.184/MG, o Superior Tribunal de Justiça determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual (f. 415).

Foi produzida prova pericial contábil, cujo laudo se encontra às f. 643/697, com posterior manifestação dos autores (f. 781/792) e da ré (f. 800/807).

Os autores ofereceram razões finais, às f. 810/815.

Tramita, em apenso, ação de revisão contratual envolvendo as mesmas partes (processo nº 0024.05.87-1167-2).

Em sentença única, proferida às f. 857/871, o Magistrado *a quo* rejeitou as preliminares e julgou improcedentes os pedidos formulados em ambos os processos (consignatório e revisional).

Irresignados, os autores interpuseram apelação (f. 874/881), argumentando ser possível, no bojo da ação de consignação em pagamento, cumular o pedido de depósito com eficácia liberatória com o de revisão de cláusulas contratuais. Acrescentaram que, na hipótese dos autos, não foi pleiteada, na ação de consignação em pagamento, a revisão do contrato de financiamento habitacional, sendo requerida, apenas, a liberação da obrigação, pelo exato valor determinado pela apelada. Consignaram que vinham pagando as prestações do contrato normalmente, até que a apelada se recusou a recebê-las, sob o argumento de que não estaria obrigada a fazê-lo de quem questiona o contrato em juízo. Pediram o provimento do recurso.

Às f. 885/892, a apelada ofereceu contrarrazões, batendo-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Sabe-se que a ação de consignação em pagamento se destina à liberação do devedor, diante de um embaraço ao cumprimento de sua obrigação. No caso dos autos, os autores sustentam que pretendem se desobrigar de um débito que a ré se teria recusado, injustamente, a receber. De sorte que o manejo desta ação, conforme disciplinado pela legislação processual em vigor, requer a presença de três elementos indispensáveis: a existência de uma relação de crédito e débito e a sua liquidez, a figura da parte passiva naquela relação e a imprescindível demonstração da recusa injusta do credor em receber o *quantum* oferecido pelo devedor.

Sobre o tema, o ilustre Professor Humberto Theodoro Júnior leciona:

> A consignação em pagamento não é, na realidade, mais do que uma modalidade de pagamento, ou seja, o pagamento feito em juízo, independentemente da anuência do credor, mediante depósito da *res debita*.
> Disso decorre que somente quando é impossível o pagamento voluntário é que admissível será a alternativa da ação consignatória para liberar o devedor que não encontra meios de pagar sua dívida na forma normal.
> [...]
> Com efeito, dispõe o art. 397 do Código Civil que o 'inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora do devedor'. Quer isto dizer que o conceito legal de mora envolve, necessariamente, elementos da liquidez da prestação e do vencimento da obrigação. É certo que o texto legal cuida da *mora debtoris* e o que se exige para a consignação é a *mora creditoris*. Mas as duas figuras jurídicas são simétricas, de maneira que basta inverter-se a posição dos sujeitos da relação jurídica para ter-se, com os mesmos elementos, a configuração da *mora accipiendi*. E, assim, não há como cogitar-se de mora, seja do devedor, seja do credor, a não ser perante dívida líquida e vencida.
> [...]
> Principiando-se a consignatória pelo depósito da *res debita* e limitando-se o julgamento à declaração de eficácia ou não do mesmo depósito para extinguir a obrigação em mora, é mais do que lógico que só a prestação adrede liquidada pode ser objeto do procedimento especial de que se cogita. (In *Curso de direito processual civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3, p. 17/18).

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini destacam:

> A consignação em pagamento é uma das formas de extinção das obrigações (art. 334 do Código Civil de 2002). Não só o credor tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação, como também o devedor tem direito ao adimplemento.
> Ao devedor não interessa, em regra, a cômoda situação de ver-se constituído em mora. Quando alguém assume uma obrigação, tem-se, como regra geral, que é de seu interesse cumpri-la, na forma e tempo pactuados. Por isso, na hipótese de não conseguir que o credor aceite o pagamento, cabe ao devedor a ação de consignação em pagamento, que tem a precípua função de desobrigá-lo do pacto assumido.
> As hipóteses de cabimento da consignação estão previstos no art. 335 do Código Civil de 2002 e são: a) se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na forma devida (ou seja, naquelas obrigações em que o devedor deve procurar o credor, para efetuar o pagamento, na forma e lugar estipulados no pacto,

> e o credor não pode, ou, sem razão plausível, não aceita receber); b) se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condições devidos (valer dizer, nas obrigações em que se pactuou caber ao credor buscar o pagamento, no lugar e tempo indicados pelo devedor); c) se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil (casos em que, após o pacto, houve alteração no estado ou residência do credor); d) se ocorrer dúvida sobre quem legitimamente receber o objeto do pagamento (como o crédito é circulável, pode ocorrer de, em sucessivas transferências, vários serem os que se intitulam credores, não sabendo o devedor a quem deva efetuar o pagamento); e) se a coisa, em que consiste o pagamento, vem a ser disputada, tornando incerto seu destino. São, pois, circunstâncias em que o devedor, com a intenção de desobrigar-se, não consegue obter o recebimento, não por vontade sua. (In *Curso avançado de processo civil*: processo cautelar e procedimentos especiais. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 3, p. 137-138.)

Não destoam os ensinamentos de Ernane Fidélis dos Santos:

> O pagamento não é apenas obrigação. É também direito de quem deve.
> Poderá ocorrer que o devedor se veja impedido na sua pretensão de pagar, seja por recusa do recebimento, seja por negativa de quitação na forma própria, seja por dúvida a quem pagar, casos em que fica autorizado a proceder à respectiva consignação em pagamento. Consignar em pagamento é pagar forçadamente, através da autoridade jurisdicional.
> O objetivo da consignação em pagamento é a liberação do devedor, com a respectiva extinção da obrigação. O credor é convocado ao recebimento e deve, em princípio, suportar os ônus decorrentes da iniciativa do devedor, no caso de liberação procedente. (In *Manual de direito processual civil*: procedimentos especiais. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2003, v. 3, p. 4.)

Segundo se extrai do art. 890 do CPC, o digesto processual civil se ateve a disciplinar o procedimento da consignação, cabendo aos diplomas de direito material prescrever as hipóteses em que seria admissível a liberação das obrigações:

> Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.
> [...].

No caso *sub examine*, os autores-apelantes basearam sua tese - no sentido de que a consignação em pagamento deveria ser acolhida - na alegada recusa injusta da apelada para receber o pagamento, em virtude de ter exigido valores abusivos das prestações, em descompasso com o contratualmente ajustado.

Na sentença vergastada, o Juízo primevo, consignando que o depósito efetuado pelos autores se mostrou insuficiente, não tendo, portanto, eficácia liberatória extintiva da obrigação, julgou improcedente a ação de consignação em pagamento.

Mostrou-se escorreita a r. sentença primeva, devendo o apelo ser desprovido.

Restou demonstrado, no decorrer da instrução processual, que a apelada não descumpriu a estipulação contratual de observância do Plano de Equivalência Salarial/Categoria Profissional, tendo reajustado as prestações segundo as variações salariais dos empregados do comércio. Vejamos:

> 1) Qual é o índice que o agente financeiro vem utilizando para reajustar os encargos mensais?
> Resposta: Conforme Anexo II elaborado pela perícia, o índice de reajuste utilizado nas prestações foi o da variação salarial dos empregados do comércio, segundo tabela juntada às fls. 273 dos autos.
> 2) Qual é o momento de correção do encargo mensal (data-base do autor titular, último dia do mês, último dia do ano)?
> Resposta: A correção do encargo mensal é realizada no dia 03 do mês subsequente ao aumento na categoria profissional (f. 648).

Ainda:

> 10) É possível, por gentileza, aviar planilha de evolução das prestações utilizando índice correspondente à variação salarial auferida pela categoria profissional do autor titular, comparando, ao final, os valores obtidos com aqueles apresentados pelo agente financeiro como devidos?
> Observação: Nos períodos em que o agente financeiro utiliza a variação salarial auferida pelo mutuário para atualizar o encargo mensal, despicienda é a atualização por outro índice (a não ser que haja irregularidade), de vez que o objetivo buscado no presente feito é a observância da equivalência salarial.
> Resposta: Prejudicado. Tendo em vista que os índices utilizados para atualização das prestações foram os da variação salarial da categoria profissional do autor. (f. 651)

Também foi apurado que o primitivo depósito em consignação efetuado pelos apelantes, relativo às prestações vencidas em setembro, outubro, novembro e dezembro de 1992, não levou em consideração a necessária incidência de correção monetária e juros moratórios, sendo o montante depositado, portanto, insuficiente:

> 5.12. Na data designada para a oferta e recebimento em cartório, os AA. Depositaram, à época, a quantia de 1.140.000,00 que se referia, segundo os AA., às prestações vencidas até o mês de dezembro de 1992 (fls. 25 dos autos).
> Pergunta-se: apesar de vencidas, as prestações oferecidas foram atualizadas monetariamente desde a data de vencimento até o dia da oblação; foram incluídos os respectivos juros de mora?
> Resposta: Negativo. Conforme consta de fls. 55 dos autos, o valor das prestações vencidas, acrescidas de juros e mora, importavam em Cr$7.011.210,87.

Em seguida, a experta referendou ser insuficiente a totalidade dos depósitos mensais efetuados no bojo dos presentes autos:

> 5.14. Os valores depositados nos autos são suficientes para a integral satisfação das prestações vencidas desde setembro de 1992 até a presente data?
> Resposta: Negativo. Conforme consta do Anexo II, o valor do saldo devedor em 08/1992, data do pagamento da última prestação, era de Cr$82.000.314,11, valor este que, atualizado pela tabela do fórum, corresponde a R$58.630,22 (valor correspondente ao saldo devedor, sem considerar juros de mora nem multa), valor este superior aos R$22.344,93 depositados pelo autor em consignação (f. 667).

Cumpre salientar que o julgador deve prolatar sua decisão com base na prova pericial, sempre que a matéria debatida exigir conhecimento que não é inerente ao homem médio.

Nesse sentido, Pontes de Miranda aponta a necessidade de realização da prova técnica, sempre que a verificação de um determinado fato, controvertido nos autos, depender de conhecimento especial, que refoge ao campo especificamente jurídico:

> A perícia serve à prova do fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 441.)

Não difere o posicionamento de Moacyr Amaral Santos, deixando clara a necessidade de que um profissional habilitado proceda à apreciação técnica dos fatos, quando isso for necessário para garantir uma instrução probatória segura:

> Porque o juiz não seja suficientemente apto para proceder direta e pessoalmente à verificação e mesmo à apreciação de certos fatos, suas causas ou consequências, o trabalho fixando tal objetivo se fará por pessoas entendidas na matéria, quer dizer, a verificação e a apreciação se operarão por meio de perícia. Assenta-se esta, de conseguinte, na conveniência ou necessidade de se fornecerem ao juiz conhecimentos de fatos que ele, pessoalmente, por falta de aptidões especiais, não conseguiria obter ou, pelo menos, os não obteria com a clareza e segurança requeridas para a formação da convicção, ou, ainda, que ele não poderia ou deveria pessoalmente colher sem sacrifício ou desprestígio das funções judicantes. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 331-332.)

Comentando os arts. 436 e 437 do CPC, esclarecendo o verdadeiro alcance do princípio da não adstrição ao laudo, explicam os já citados mestres que o julgador apenas poderá deixar de basear sua decisão nas conclusões do perito, caso as demais provas presentes nos autos indiquem, com segurança, que os fatos não ocorreram conforme descritos pelo experto:

> Se há outros elementos, bastantes, de convicção, pode o juiz desprezar o laudo, em parte ou totalmente (*Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam*); se não os há, ou o juiz ordena outra perícia, ou, se é o caso, por terem divergido o perito e o assistente técnico ou os assistentes técnicos ou científicos, adota um deles. Não pode desprezar o laudo, sem haver algo que seja suficiente ao seu convencimento [...] (Pontes de Miranda, *op. cit*., p. 463).
>
> [...] por não estar vinculado às conclusões do laudo não decorre possa o juiz arbitrariamente repeli-las, mas insta que mui fortes razões tenha, e perfeitamente justificadas, para deixar de acatá-las. Vem a propósito lição de LESSONA, citando STOPPATO, conforme a qual não se deve presumir que 'um juiz culto, inteligente e sábio negue aquilo que se acha científica e logicamente demonstrado, ou que repila o que estiver iniludivelmente assegurado, ou se subtraia arbitrariamente aos resultados de conhecimentos específicos, quando a estes correspondam os fatos'. (Moacyr Amaral Santos, *op. cit*., p. 375.)

Este Tribunal tem entendido que o julgador deve se pautar pelas conclusões do perito, quando o deslinde do feito depender de conhecimento técnico que apenas este detém.

É exatamente esta a hipótese dos autos, já que a prova técnica atestou, de forma clara e inarredável, a insuficiência dos depósitos efetuados pelos autores-apelantes.

Assim, tendo sido insuficientes os valores consignados, é o caso de julgar improcedente a ação de consignação em pagamento. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

> Ação de consignação em pagamento. Insuficiência do depósito. Julgamento de improcedência. Art. 899, § 2°, 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, § 2°, 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. (STJ - REsp 598617/MS Recurso Especial 2003/0181262-2 - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Órgão Julgador: 3ª Turma - Data do julgamento: 16.6.2005 - Data da publicação/Fonte: *DJ* de 26.9.2005, p. 358.)

Dessa forma, ante a insuficiência dos depósitos realizados, não há que se falar em injusta recusa do devedor, que não é obrigado a receber prestação menor da que lhe é devida, razão pela qual se deve mesmo julgar improcedente a ação de consignação em pagamento.

Acrescente-se, por derradeiro, ser falsa a assertiva, constante das razões de apelação, de que a ré "negou o recebimento com a justificativa vazia de não ser obrigada a receber encargos de quem é autor de ação que as questiona" (f. 880). Isso porque a presente ação de consignação foi ajuizada em 7.10.1992 (f. 18), portanto, mais de seis anos antes da propositura da ação revisional conexa (15.12.98, cf. f. 04 do apenso).

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso, confirmando a r. a sentença vergastada. Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade, em virtude do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e LUCIANO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Compra e venda - Veículo usado - Bem durável - Vício oculto - Reparação - Prazo - Exercício do direito no prazo legal - Ausência - Decadência - Pedido de reparação - Apreciação - Bem - Ausência de vício - Reparação indevida

Ementa: Compra e venda de veículo usado. Bem durável. Vício oculto. Reparação. Prazo. 90 dias. Ausência de exercício do direito dentro do prazo legal. Decadência. Pedido de reparação exercido no prazo decadencial. Apreciação. Ausência de vício no bem a ser imposto ao vendedor. Reparação indevida.

- O consumidor tem o direito de reclamar pelo vício do produto nos prazos de decadência estabelecidos no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. Não exercendo seu direito potestativo dentro do prazo legal, é imperativo o reconhecimento da decadência. Contudo, se parcela dos vícios apontados foi verificada pelo adquirente, e o exercício do direito de reparação foi realizado dentro do prazo legal, imperativa a apreciação da questão. Todavia, se da detida apreciação das alegações não se verifica que o pedido de reparação se relaciona, efetivamente, a vício no bem, não há como se reconhecer o dever de reparação pretendido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0441.06.007851-2/002 - Comarca de Muzambinho - Apelante: Semar Comércio de Veículos Usados Ltda., nova denominação de Mega Van Veículos Ltda. - Apelada: Alice Campanelli Meirelles - 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 ACOLHER A PREJUDICIAL DE MÉRITO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2010. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do apelo.

Trata-se de apelação cível interposta nos autos da ação de ressarcimento proposta por Alice Campanelli Meirelles em face de Semar Comércio de Veículos Usados Ltda., nova denominação de Mega Van Veículos Ltda., onde se pretende a reparação por alegados vícios apresentados no bem objeto de transação entre as partes.

Adoto o relatório da sentença, acrescentando-lhe que os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, tendo sido condenada a parte ré a pagar à parte autora a quantia de R$ 742,00, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do ajuizamento da ação. Por fim, condenou as partes ao pagamento de 50% das custas e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação, para cada patrono das partes, suspendendo, contudo, a exigibilidade da cobrança, em relação à autora, por estar amparada pelas benesses da justiça gratuita (f. 123/128).

Inconformada, apela Semar Comércio de Veículos Usados Ltda., alegando, em prejudicial, decadência do exercício do direito potestativo e preliminar de ilegitimidade ativa. No mérito, alega que não foi apresentado qualquer defeito no bem, sendo as trocas realizadas decorrentes do uso regular do bem. Aduz, ainda, que a parte autora tinha plena ciência do estado do bem, quando de sua aquisição, não havendo como pretender a reparação pelos consertos no referido, que decorrem do seu estado normal de veículo usado.

Contrarrazões recursais às f. 147/155.

Prejudicial: decadência.

De início, é de se apreciar a alegação de decadência aventada pela parte apelante.

Pois bem. De plano, destaco que a reparação pretendida pela parte autora se relaciona a vício do produto, e não a fato do produto ou serviço.

Ora, *in casu*, não se está pretendendo a reparação por dano causado por defeito previsto nos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim por vício do produto, previsto nos arts. 18 e seguintes.

Colhe-se dos autos que a parte autora pretende a reparação do produto adquirido, por defeito, e não a reparação por acidente/danos advindos da utilização do produto viciado, o que, à evidencia, são coisas diversas e, no CDC, receberam tratamento diferente.

A pretensão de reparação por dano decorrente do vício no produto desafia o prazo prescricional do art. 27 do

CDC, ao passo que o direito potestativo de exigir a reparação do defeito no produto desafia o prazo prescricional previsto no art. 26 do citado diploma.

Sobre a matéria, vale conferir entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

> Compra e venda. Caminhão usado. Incidência Código de Defesa do Consumidor. Agência especializada na venda de caminhões usados. Fornecedor. Vício oculto. Decadência. Art. 26 CDC. 90 dias.
> - Sendo a ré empresa destinada a comercializar caminhões usados, retirando seus lucros dessas transações, se equipara a fornecedor, nos termos do art. 3º, submetida, portanto, às normas do Código de Defesa do Consumidor.
> - O prazo decadencial concedido ao consumidor para reclamar judicialmente defeitos ocultos, apresentados em bens de consumo duráveis, é de noventa dias contados da data em que se constatou a presença do vício.
> - A decadência opera-se de maneira peremptória, atingindo, irremediavelmente, o direito, não estando sujeita a suspensão ou interrupção. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.491932-6/000 - Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Pub. em 22.11.05.)
>
> Indenização. Aquisição de veículo usado. Defeito oculto. Prazo decadencial. - Tratando-se da aquisição de veículo usado, sem garantia, decorrido o prazo decadencial para alegar defeito oculto, improcede a ação de reparação de dano. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00 437731-5/000 - Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Pub. 16.2.05.)
>
> Indenização. Vício de qualidade do produto. Vício oculto. Prazo decadencial. Art. 26, § 3º, do CDC. Responsabilidade do fornecedor. Danos materiais. Danos morais não devidos. Lucro cessante. Necessidade prova.
> - Em se tratando de relação consumerista, utiliza-se o CDC para regulamentar as relações. No caso de ocorrência de vício oculto, o prazo decadencial a ser observado é o preceituado no art. 26, § 3º, do CDC.
> - O fornecedor é responsável pelo ressarcimento das despesas havidas a título de reparo do defeito.
> - Não há que se cogitar da indenização por danos morais, haja vista que não demonstrados.
> - O lucro cessante só é devido quando for claramente demonstrado, não bastando a simples alegação. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.481337-8/000 - Rel. Des. Domingos Coelho - Pub. em 27.8.05.)

Ora, desse modo, o direito de exigir da parte ré a reparação dos eventuais defeitos que se verificaram no veículo deveria ter sido exercido no prazo de 90 (noventa) dias, contados de seu conhecimento, e, no caso dos autos, tendo em vista que a aquisição do bem se deu em 27.2.2006 e os defeitos listados à f. 04 - primeira parte da tabela - foram verificados em 1º.03, 02.03 e 10.03.06, somente poderiam ter sido exigidos até 1º.06, 02.06 e 10.06.06.

E, no caso, a parte não exerceu o referido direito no prazo previsto, tendo proposto a presente ação somente em 1º de dezembro de 2006, o que revela a ocorrência da decadência de sua pretensão.

Igual situação ocorre com os alegados defeitos ocorridos em 20.5.06, 11.8.06 e 24.8.06 (tabela de f. 04, segunda e terceira partes), estando atingido pela decadência o exercício do direito que pretende a reparação pelos defeitos naquelas datas apresentadas, que deveriam ter sido exercidos respectivamente em 20.8.06, 11.11.06 e 24.8.06, datas anteriores à propositura da presente demanda.

Assim, com relação ao direito de reparação referente a esses alegados vícios, evidente a decadência.

Nesses moldes, com relação a essas pretensões, é de se extinguir o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

Assim, de se acolher a prejudicial de decadência, nesses termos.

Preliminar: ilegitimidade ativa.

Com relação à preliminar suscitada, como se verá, em sendo o mérito resolvido em favor da parte que a suscitou, desnecessário seu enfrentamento nos termos do art. 249, § 2º, do CPC.

Mérito.

De mais a mais, é de se destacar que o pedido da parte autora relaciona, ainda, parcelas despendidas por ela, em razão de alegados vícios, estes verificados em 5.9.06 e 16.9.06, o que demonstra, em tese, que os referidos foram reclamados dentro do prazo decadencial de 90 (noventa) dias, contados de seu conhecimento, pelo que merecem enfrentamento.

Contudo, da detida análise dos autos, de plano se vê que os pedidos relacionados aos referidos dispêndios não se alistam a vícios do bem, visto que se resumem a revisões realizadas no veículo para a manutenção de seu funcionamento.

E, bem assim, não há como se pretender sua reparação.

As revisões são apenas serviços destinados à manutenção da qualidade do bem, não guardando qualquer relação com o vício no bem, que, ademais, já foi adquirido na qualidade de veículo usado, sendo o referido, portanto, a toda evidência, já desde a aquisição, sujeito à apresentação de desgaste natural decorrente do uso.

Nesses moldes, não haveria como se pretender impor ao vendedor do bem o pagamento das revisões realizadas no referido.

Pensar diferente seria impor ao vendedor de veículo usado o dever de trocar todas as peças do bem, antes de sua venda, o que é inconcebível.

Ademais, extrai-se do processado que a parte autora se utilizou do veículo por sete meses, realizando as revisões no referido com o objetivo claro de conservar o seu uso adequado de funcionamento, que já vinha se dando a contento, o que, em verdade, é mesmo ônus

que lhe incumbe, não sendo regular pretender impor o referido gasto à ré/recorrente, visto que, se assim fosse, todas as concessionárias seriam obrigadas a prestar os reparos nos veículos vendidos, com revisão e troca de peças, até o fim do uso dos bens.

Repita-se, a reparação pretendida pela parte autora nas despesas efetuadas no bem em 05.09 e 16.09 não se configura como vícios no bem, tratando-se, apenas, de revisões destinadas a manter a utilização do bem de maneira regular, sendo que as peças que na ocasião foram substituídas o foram em razão de seu desgaste natural, em um veículo usado, que foi utilizado pela parte autora por 7 (sete) meses consecutivos após sua aquisição, não sendo, como dito, vícios.

Portanto, não há como se obrigar a parte a reparar os gastos realizados com as revisões realizadas em 05.09 e 16.09 de 2006.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar de decadência do exercício do direito potestativo de exigir a reparação pelos dispêndios realizados em 1°.03, 02.03 e 10.03.06; 20.05.06, 11.08.06 e 24.08.06 e julgar improcedentes os pedidos com relação aos alegados vícios apresentados em 05.09 e 16.09.2006.

Havendo alteração no entendimento da sentença, hão de se rever os ônus sucumbenciais e, bem assim, de se condenar a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixando estes no valor de R$ 800,00, suspendendo, contudo, a exigibilidade da cobrança, por estar a parte amparada pelas benesses da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e BATISTA DE ABREU.

Súmula - ACOLHERAM A PREJUDICIAL DE MÉRITO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Manutenção de posse - Servidão - Passagem de pedestres - Ampliação permitindo a passagem de veículos automotores - Turbação

Ementa: Agravo de instrumento. Manutenção de posse. Servidão. Passagem de pedestres. Ampliação permitindo a passagem de veículos automotores. Turbação. Decisão mantida.

- O art. 1.385 do diploma material, que disciplina a servidão, é claro ao dispor que ela não se constitui para propiciar ao dono do prédio dominante a realização de caprichos e veleidades, mas sim para permitir-lhe a razoável satisfação de necessidades ligadas à utilização do imóvel de que é titular.

- Restando induvidoso que o imóvel do requerido não se encontra encravado, na medida em que existe outra via a permitir o seu acesso, configura ato turbativo a ampliação de simples passagem de pedestres, para permitir o trânsito de veículos, por mera conveniência e comodidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0297.08.008394-4/001 - Comarca de Ibiraci - Agravante: Nildo Antônio Ronca - Agravada: Jerônima da Cunha Inácio - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER GRATUIDADE JUDICIÁRIA APENAS NESTA INSTÂNCIA REVISORA, JULGAR PREJUDICADA PRELIMINAR TRAZIDA EM CONTRAMINUTA E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2010. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 30/31-TJ, da lavra do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Ibiraci, que, nos autos da ação de manutenção de posse manejada por Jerônima da Cunha Inácio em face de Nildo Antônio Ronca, deferiu a liminar, proibindo a utilização, por meio de veículo automotor, da área objeto do litígio.

Irresignado, pretende o agravante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que a agravada jamais exerceu posse sobre a estrada objeto da aventada turbação, pelo que a liminar não poderia ser deferida.

Enfatiza que, na verdade, foi ele quem sempre exerceu a posse, utilizando-se da referida via para ter acesso a sua propriedade, consoante demonstra a prova oral.

Deferida a formação e o processamento do agravo, foi denegado o efeito suspensivo (f. 51/53-TJ).

Regularmente intimada, a agravada ofertou contraminuta, erigindo a preliminar de não conhecimento do recurso, em virtude de deserção. No mérito, em evidente infirmação, pugna pelo desprovimento do recurso (f. 58/60-TJ).

Diante da declaração de hipossuficiência trazida à f. 32-TJ, concedo ao agravante, provisoriamente, a gratuidade judiciária vindicada, apenas para litigar nesta instância recursal, cabendo ao MM. Juiz da causa decidir a respeito da pretensão colimada, sob pena de supressão de instância.

Diante disso, tem-se por prejudicada a preliminar de deserção erigida pela agravada em sua contraminuta.

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Revelam os autos que o ora agravante é proprietário de terras rurais, localizadas no Município de Claraval/MG, vizinhas às da agravada, fazendo uso da estrada que corta o imóvel desta, para ter acesso a sua propriedade.

Os fatos basilares do litígio se prendem à colocação de uma porteira e construção de uma nova estrada pelo recorrente, em área do imóvel da recorrida destinada ao pastoreio.

Julgando-se, em face de tais circunstâncias, com direito a ser manutenida na posse plena da área em questão, a agravada aviou a regular ação possessória, sendo deferida a liminar, permitindo a utilização da área, tão somente como passagem de pedestres, excluída a sua utilização por veículos automotores.

A posse, como sabido, repousa numa situação de fato, e, como tal, dispõe o art. 1.210 do Código Civil que "o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado".

Tem-se, assim, que a ação de manutenção de posse visa garantir o possuidor na posse ameaçada, em caso de turbação, que deve ser entendida como a injusta molestação ou ameaça de privação da posse sofrida por alguém que a vinha exercendo.

Caio Mário da Silva Pereira, acerca da ação de manutenção da posse, dilucida:

> O possuidor, sofrendo embaraço no exercício de sua condição, mas sem perdê-la, postula ao juiz que lhe expeça mandado de manutenção provando a existência da posse e a moléstia. Não se vai discutir a qualidade do direito do turbador, nem a natureza ou profundidade do dano, porém o fato em si, perturbador da posse. (*Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, p. 48.)

‚As testemunhas Francisco Zaparoli Neto (f. 28-TJ), Donizete Aparecido de Oliveira (f. 32-TJ) e José Joaquim da Silva (f. 33-TJ), a uma só voz, confirmam os fatos acima.

A respeito, a testemunha Francisco Zaparoli Neto, responsável pelo levantamento e divisão da área, expressa

> que tal estrada na época da divisão não existia, sendo que no local havia tão somente uma cerca de arame farpado fixa, ou seja, não havia nenhuma porteira ou 'tronqueira' no local. Apesar de não constar do croqui, o depoente esteve no local recentemente, tendo constatado que foi construído um prolongamento da estrada tida como local da turbação. Há três anos, quando fez a divisão da terra, o acesso à casa 004 somente se dava a pé, sendo que de carro somente dava para ir até o final da estrada que adentra a propriedade da autora, conforme consta do croqui.

Por sua vez, a testemunha Donizete Aparecido de Almeida esclarece o. R.

> que conhece bem a propriedade e que, no trecho objeto da alegada turbação, não havia nenhuma estrada, sendo que, no local onde foi colocada a porteira, havia um colchete para passagem de gado. A estrada fora feita pelo requerido há mais ou menos 3 ou 4 meses. Após o melhoramento do trecho discutido, o requerido começou a passar pelo local de carro.

Corroborando tal afirmação, a testemunha José Joaquim da Silva salienta que

> o requerido colocou no local uma porteira, sendo que lá existia um colchete, tendo o requerido melhorado as condições deste trecho. Somente após o requerido ter colocado a porteira e melhorado as condições de tal trecho, o que ocorrera há mais ou menos 02 meses e meio, é que teve condições do requerido passar pela estrada de carro.

Dessarte, diversamente do que sustenta o agravante, resta delineado nos autos conduta capaz de configurar o aventado ato turbativo, a autorizar a concessão da tutela liminar.

A bem da verdade, o que emerge é que no local objeto do litígio existia uma servidão de passagem, não titulada, para pedestres e trânsito de animais, tendo o agravante, entretanto, promovido a sua ampliação, ao fito de propiciar passagem para veículos automotores, encurtando, assim, a distância até a sua propriedade.

Todavia, o art. 1.385 do diploma material, que disciplina a servidão, é claro ao dispor que ela não se constiui para propiciar ao dono do prédio dominante a realização de caprichos e veleidades, mas sim para lhe permitir razoável satisfação de necessidades ligadas à utilização do imóvel de que é titular.

Ressalta-se, por fim, que a liminar, nas ações possessórias, é uma medida provisória, independente de cognição completa, que não exige prova plena e irretorquível.

Logo, convencendo-se o juiz de que a realidade fática é no sentido da existência de posse da autora e da turbação praticada pelo réu, constatadas, igualmente, nesta oportunidade, impunha-se mesmo o deferimento da liminar.

Com tais razões de decidir, concede-se a gratuidade judiciária apenas nesta instância revisora, julga-se prejudicada preliminar trazida em contrarrazões e nega-se provimento ao agravo, mantendo-se incólume a r. decisão atacada, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pelo agravante, suspensa, contudo, sua exigibilidade, no interstício do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e GENEROSO FILHO.

Súmula - CONCEDERAM GRATUIDADE JUDICIÁRIA APENAS NESTA INSTÂNCIA REVISORA, JULGARAM PREJUDICADA PRELIMINAR TRAZIDA EM CONTRAMINUTA E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução - Bem de família - Parte de imóvel não utilizada como moradia - Desmembramento - Penhora - Possibilidade

Ementa: Embargos à execução. Bem de família. Penhora da parte do imóvel que não é utilizada como moradia. Desmembramento. Possibilidade.

- A impenhorabilidade resultante da Lei nº 8.009/90 supõe que o imóvel sirva de residência ao devedor ou a alguém de sua família, sendo possível a penhora da parte do bem que não é utilizada como moradia, desde que o desmembramento não descaracterize o imóvel (Precedente do STJ).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0395.05.010944-0/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: Almigenes de Sá - Apelado: Paulo Fernando Celestino - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2010. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Almigenes de Sá apresentou embargos à execução ajuizada por Paulo Fernando Celestino, alegando, em síntese, excesso de execução, em razão da prática de juros abusivos e impenhorabilidade do imóvel constrito.

A sentença recorrida

> julgou parcialmente procedente a pretensão inicial apenas para afastar a penhora sobre o apartamento onde o embargante reside, bem como o anexo onde reside sua filha (itens 1 e 2 da certidão de f. 99/104), mantendo a constrição sobre as demais unidades descritas na referida certidão. Condeno os embargantes ao pagamento de 60% [...] das custas e o embargado em 40% [...], tendo em vista que os primeiros sucumbiram em maior proporção. Condeno a embargante em honorários, que arbitro em R$ 1000,00 [...] e o embargado em R$ 800,00 [...] nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. As verbas honorárias deverão ser compensadas, a teor do art. 21 do Código de Processo Civil e da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça [...].

Inconformado, o embargante interpôs apelação. Em suas razões, sustentou, em síntese, a impossibilidade de desmembramento do bem de família, para fins de penhora, tendo em vista que o imóvel tem uma única matrícula. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, para reformar a sentença, declarando a insubsistência da penhora, com o reconhecimento da impenhorabilidade sobre a totalidade do imóvel.

O apelado apresentou suas contrarrazões às f. 125/131.

Intimado para recolher o preparo recursal (f. 137), o apelante cumpriu o comando judicial às f. 141/142.

Recurso próprio e tempestivo, estando regularmente preparado.

É o relatório, passo a decidir.

Cinge-se a presente controvérsia em apurar se é possível o desmembramento do imóvel, com a consequente redução da área sob a proteção do bem de família, para fins de penhora.

Pois bem.

A Lei nº 8.009/90, que dispôs sobre a impenhorabilidade do bem de família, fora editada com o objetivo de assegurar uma moradia digna para o devedor e sua família, isentando-a de execução por dívidas e preservando os equipamentos de uso profissional e os móveis que guarnecem a casa, revestindo-se, portanto, de relevante conteúdo social e econômico, ao estabelecer que:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

O art. 5º da referida lei define o conceito de residência:

> Para efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Vê-se, pois, que o objetivo da Lei nº 8.009/90 é proteger e assegurar a moradia da entidade familiar, e não defender os maus pagadores. Optou-se pela família, em detrimento do direito do credor, levando em consideração o interesse público e social, assegurado pela Constituição da República, que tem a família como base da sociedade e especial proteção do Estado.

Todavia, observa-se dos citados dispositivos que a destinação do imóvel, ou seja, a sua finalidade residencial, constitui característica fundamental para considerá-lo bem de família, sendo possível a penhora da parte que não é utilizada como moradia, desde que o desmembramento não descaracterize o imóvel.

Na espécie, as provas produzidas nos autos demonstram que o imóvel constrito, apesar de possuir uma única matrícula, se subdivide em várias unidades autônomas. Vejamos.

A certidão de f. 99/104, emitida pelo oficial de justiça, esclarece que no bem penhorado existem cinco moradias independentes:

1) 01 (um) apartamento grande, de frente, primeiro andar, situado na Rua Capitão Carlos Heringer, nº 435, Centro, Alto Jequitibá. Houve divisão deste imóvel que não foi devidamente averbada. O referido imóvel tem entrada independente dos demais. Na residência principal reside o Sr. Almigenes de Sá com sua família [...].
2) Na moradia anexa à principal reside Flávia Rodrigues, filha do Sr. Almigenes de Sá. A referida residência tem entrada independente, embora tenha sido separada por parede entre a sala e o corredor da residência principal. A divisão deste imóvel não foi devidamente averbada [...].
3) 01 (um) apartamento pequeno, térreo (andar abaixo do imóvel principal), [...] A entrada deste imóvel é independente, embora tenha havido divisão do referido imóvel que não foi devidamente averbada. Para melhor entendimento, nesse andar abaixo do imóvel principal, adotaremos como referência a nomenclatura: residência anterior e residência posterior. Na residência anterior reside a inquilina Rosa Maria Leite com sua filha Daiane Leite Rangel [...].
4) Residência posterior: 01 (um) apartamento, térreo (andar abaixo do imóvel principal), [...] Houve divisão deste imóvel que não foi devidamente averbada. A referida residência está desocupada [...].
5) 01 (uma) casa, fundo, [...] Onde mora o Sr. Rui Pereira de Arruda e sua família, que afirmou ter comprado o referido imóvel, sem contrato e sem recibo do Sr. Almigenes de Sá [...].
6) 01(um) pequeno lote, anexo à servidão de passagem [...].

Corroborando a referida certidão, foram os depoimentos das testemunhas José Elias Reder (f. 57) e Fernando Henrique de Paula (f. 58), que afirmaram a existência das unidades autônomas.

E mais, de acordo com a declaração da Prefeitura de Alto Jequitibá (f. 94), existem três imóveis cadastrados no endereço do bem constrito.

Dessa forma, perfeitamente possível, no presente caso, a penhora da parte do imóvel que não é utilizada como moradia do embargante/apelante e de sua família, sem que isso descaracterize o imóvel.

Sobre a matéria, vejamos o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Impenhorabilidade. Andar inferior da residência ocupado por estabelecimento comercial e garagem. Desmembramento. Possibilidade. Súmula 7/STJ. Embargos declaratórios. Objetivo de prequestionamento. Caráter protelatório. Ausência. Súmula 98/STJ. Multa. Afastamento.
> - A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial.
> - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior.
> - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria alteração na substância do imóvel [...]. (STJ - 3ª Turma - REsp nº 968.907/RS - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - DJe de 1º.04.09 - ementa parcial). Precedentes: AgRg no REsp nº 264.578/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* de 1º.10.01; REsp nº 326.171/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 22.10.01; e REsp nº 139.010/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 20.05.02.

No mesmo sentido é a orientação firmada por este egrégio Tribunal de Justiça:

> Embargos de terceiros. Bem de família. Cômodo comercial. Penhorabilidade. Meação respeitada.
> 1. Tratando-se de imóvel de uso misto, a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 não invalida a penhora que recai sobre 50% da unidade não residencial, ainda que não tenha sido formalizado o condomínio [...]. (TJMG - 18ª Câmara Cível - Apelação nº 1.0035.03.0299297/001 - Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - DJ de 17.05.07.)

Sendo assim, agiu corretamente o il. Juiz sentenciante ao afastar a penhora apenas sobre a parte do imóvel em que residem o apelante e sua família.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a sentença hostilizada, pelos seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Dano moral - Cheque pré-datado - Depósito antecipado - Nome do emitente - Inclusão nos cadastros do Serasa - Indenização - Valor - Critério de fixação

Ementa: Danos morais. Apresentação antecipada. Cheque pós-datado. Indenização devida.

- O uso do cheque pós-datado se baseia na confiança mútua daquele que o emite, de que terá provisão de fundos, e daquele que o recebe, de que será apresentado na data acordada.

- O valor da indenização deve ser suficiente para compensar o apelante pelos transtornos decorrentes da apresentação prematura dos cheques, bem como para atender ao caráter pedagógico, de forma que o ato não se repita.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0319.03.014765-0/001 - Comarca de Itabirito - Apelante: Carlos Eduardo Reis Viana - Apelado: Ray Viana Sampaio - 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, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2010. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por Carlos Eduardo Reis Viana contra decisão do Juiz da Vara Única da Comarca de Itabirito, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização proposta por Ray Viana Sampaio, e improcedente a reconvenção, condenando-o no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Sustenta o apelante que ficou comprovado que o depósito antecipado dos cheques, negativando seu nome junto ao Serasa, causou inúmeros transtornos, fazendo jus à indenização pleiteada.

Regularmente intimado, o apelado não se manifestou, f. 94-verso.

É o relatório. Decido.

Restou demonstrado nos autos que o apelante emitiu 20 (vinte) cheques no valor de R$ 350,00 (trezentos cinquenta reais), em favor do apelado, referente a empréstimo pessoal, transação esta confirmada pelo réu.

Nota-se que os cheques foram apresentados em data de 13.7.2003 e reapresentados em 17.7.2003.

Com efeito, o cheque pós-datado trata de promessa de pagamento em data posterior, e a sua apresentação antes da data pactuada representa descumprimento às condições estabelecidas pelas partes.

Ressalta-se que não há norma expressa que vede a prática do cheque pré-datado, tendo ele se tornado usual no comércio, costume este que se baseia na confiança mútua daquele que o emite, de que terá provisão de fundos na data fixada para sua apresentação, e daquele que o recebe, de que será apresentado no momento acordado.

Por conseguinte, o costume de se utilizarem cheques pós-datados instalou o princípio da boa-fé, princípio que traduz, segundo Orlando Gomes (*Contratos*, p. 43), "o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé", advindo daí que, ao emitir-se cheque pós-datado, confia-se em que a data aprazada será respeitada pelo credor.

Os documentos de f. 66/67 dão notícia da inclusão do nome do apelante nos cadastros do Serasa pelo Banco Itaú, em razão de devolução de cheque.

A negativação de nome junto aos órgãos de restrição ao crédito, por si só, já demonstra o constrangimento sofrido, capaz de abalar moralmente qualquer pessoa, pois os sentimentos violados dizem respeito aos conceitos subjetivos que a pessoa ofendida tem de si própria, referentes à sua boa reputação.

E os transtornos experimentados pelo apelante, em decorrência da apresentação prematura para o pagamento dos cheques emitidos, são suficientes para a configuração dos danos sofridos, uma vez que geraram uma série de restrições ao seu crédito.

O valor da indenização deve ser suficiente para compensar o apelante pelos transtornos decorrentes da apresentação prematura dos cheques, bem como para atender ao caráter pedagógico, de forma que o ato não se repita.

O Julgador, ao fixar o valor da indenização, deve pautar-se pelo bom senso, moderação e prudência, analisando cada caso concreto, observando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante de tais considerações, tenho que uma indenização no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) é suficiente para reparar os danos sofridos pelo apelante.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para julgar procedente o pedido inicial, condenando o réu/apelado a pagar ao autor a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de danos morais, devidamente corrigida, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e corrigida monetariamente pelos índices editados pela CJEMG, a partir da citação, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Custas, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Improbidade administrativa - Prestação de serviços exclusivos ao Município - Constituição irregular de pessoa jurídica - Prejuízo ao erário - Princípios administrativos - Violação - Penalidade

Ementa: Direito constitucional e administrativo. Improbidade administrativa. Constituição irregular de pessoa jurídica com o objetivo de prestar serviços exclusivos ao Município. Prejuízo ao erário. Violação dos princípios administrativos. Recurso provido. Condenação integral às penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.04.042118-4/001 - Comarca de Lavras - Apelantes: 1º) Sebastião dos

Santos Neto, 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Sebastião dos Santos Neto, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Clebel Ângelo Márcio Pereira (ex-Prefeito Municipal de Ijaci) - Relator: DES. CARREIRA MACHADO

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, EM NÃO CONHECER DO PRIMEIRO RECURSO. DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2010. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente. São duas apelações: de Sebastião dos Santos Neto e do Ministério Público. Há um despacho, nos autos, no qual não conhecia dos dois recursos, depois fiz uma retratação quanto ao recurso do Ministério Público.

Em relação ao primeiro recurso, não conheço, por intempestividade.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR NÃO CONHECIA DA PRIMEIRA APELAÇÃO.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE (CAETANO LEVI LOPES) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 2.2.2010, a pedido do Revisor, após votar o Relator não conhecendo da primeira apelação.

Com a palavra o Desembargador Brandão Teixeira.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Também não conheço da primeira apelação.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. CARREIRA MACHADO - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença de f. 703/708 prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Lavras, que, nos autos da ação civil por atos de improbidade administrativa ajuizada pelo apelante em face de Sebastião dos Santos Neto e Clebel Ângelo Márcio Pereira, julgou procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo que os réus praticaram atos de improbidade administrativa, e aplicou-lhes multa civil a favor do Município no valor de R$10.000,00 para cada.

O apelante, em suas razões recursais, f. 727/734, pugna pela aplicação integral das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sem contrarrazões (f. 736).

Em parecer de f. 753/756, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento da apelação apresentada pelo Ministério Público.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a questão à possibilidade de condenação de Sebastião dos Santos Neto e Clebel Ângelo Márcio Pereira, por atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário e afrontaram os princípios constitucionais da Administração Pública.

Como bem registrado na sentença guerreada, restou comprovado nos autos que o réu Sebastião dos Santos Neto constituiu pessoas jurídicas em nome de sua esposa e de seu filho, com o objetivo de prestar serviços de borracharia e lavagem de veículos ao Município de Ijaci, sendo ele quem administrava os negócios.

Também se depreende dos autos que o réu Clebel Ângelo Márcio Pereira concorreu para tanto, tendo admitido essa prestação de serviços exclusiva ao Município de Ijaci, quando do período de sua gestão.

A Lei nº 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa e da penalidade civil aplicável aos que os praticam, com fundamento na Constituição da República e visando limitar e condicionar a atuação do agente público, impõe estrita obediência aos princípios norteadores da Administração Pública.

Por conseguinte, todo agente público deve, sempre, ao gerir a coisa pública, levar em conta o dever de probidade, lealdade, retidão, honestidade, impessoalidade, imparcialidade, seriedade, diligência e responsabilidade, sob pena de macular o princípio da boa-fé objetiva, chamando para si as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo a referida lei federal, existem três grupos de atos de improbidade administrativa, quais sejam: aqueles previstos no art. 9, que importam em ganho patrimonial ilícito ao agente ímprobo; aqueles previstos no art. 10, que causam, em suma, prejuízo ao erário; e aqueles previstos no art. 11, que implicam violação aos princípios que regem a Administração Pública.

Em face das circunstâncias fáticas apresentadas nos autos, restou caracterizada a improbidade administrativa por violação dos princípios citados (art. 11), bem como pela consequente lesão ao patrimônio público (art. 10).

Saliente-se que o princípio da moralidade no Direito, especialmente no Direito Administrativo, não é mais regido por um conceito indeterminado, mas, ao contrário, trata-se de um princípio constitucional cuja inobservância macula de ilegitimidade os atos praticados pelos agentes que servem à Administração Pública.

A respeito, cite-se respeitável doutrina:

> A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo. São qualidades que devem aparecer, de modo explícito, em todos os atos administrativos praticados, sob pena de serem considerados viciados e sujeitos aos efeitos da nulidade. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 108.)

Segundo a doutrina administrativista:

> O favorecimento pessoal ou de terceiro, em situações caracterizadoras de ilegalidade e muita vez de desvio de finalidade e de abuso de poder, por certo que configura improbidade administrativa. (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 25.)

A improbidade administrativa é entendida como a desonestidade que infringe a moralidade administrativa. É, na verdade, o ato contrário ao de probidade, que significa qualidade de probo, integridade de caráter, honradez. Ou seja, improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, falta de probidade.

Nesse contexto, pode-se entender que o ato de improbidade administrativa é aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, com falta de honradez e de retidão de conduta no modo de agir perante a administração pública direta, indireta ou fundacional envolvidas pelos Três Poderes.

Sobre a honestidade na Administração Pública, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância à lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa fé, de regras que assegurem a boa administração e disciplina interna da Administração Pública. (*Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.)

Ocorre que, para que nasça a responsabilidade por ato de improbidade administrativa que lesione o patrimônio público, indispensável a presença de dolo ou culpa na conduta do agente em sua forma subjetiva, que resta inconteste nos autos em relação a ambos os réus.

Nesse sentido, ensina a doutrina que

> O ato de improbidade administrativa supõe que a conduta lesiva ao erário, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, seja ilegal. (PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73.)

Hely Lopes Meirelles, ao dispor sobre a responsabilização do agente público, mostra que esta deve

> resultar de conduta culposa ou dolosa no desempenho do cargo, desde que cause danos patrimoniais ao Município ou a terceiros. (*Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 600.)

A respeito da aplicação das sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/92, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 689.)

Dessa maneira, patente a manifesta afronta aos princípios constitucionais administrativos na prestação exclusiva de serviços ao Município por pessoa jurídica constituída irregularmente pelo réu Sebastião dos Santos Neto, bem como o intuito de lesionar o patrimônio público.

Com razão o Ministério Público, portanto, quanto à necessidade da condenação dos réus nas demais penalidades previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, já que demonstraram não possuir a ilibação ou honestidade e moral necessárias, ou condições para o exercício de funções públicas administrativas.

Por isso, dou provimento ao recurso, para condenar os réus, além de ao pagamento de multa civil: à perda das funções públicas por ventura exercidas; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos; à suspensão dos seus direitos políticos por cinco anos.

Custas, pelos apelados.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em mãos, na qualidade de Revisor, a apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da r. sentença que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo recorrente em face de Sebastião dos Santos Neto e Clebel Ângelo Márcio Pereira, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar os réus nos termos do art. 11, I, da Lei Federal nº 8.429/92 e aplicar-lhes, na forma de seu art. 12, a pena de multa civil em favor do Município de Ijaci, no valor de R$ 10.000,00 para cada um, corrigidos monetariamente pelos índices da CGJ e acrescidos de juros de 1% ao mês, ambos a partir da data de prolação da sentença, devendo os réus, também, pagar as custas processuais, *pro rata*.

O eminente Desembargador Relator deu provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar os réus, além de ao pagamento de multa civil: à perda das funções públicas por ventura exercidas; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou in-

diretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos; e à suspensão dos seus direitos políticos por cinco anos.

Peço vênia para divergir.

Registre-se que as partes foram intimadas a especificar eventuais provas que desejassem produzir, mas apenas o ora apelante se manifestou, requerendo o julgamento antecipado da lide (f. 693).

O i. Magistrado, então, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, asseverando que restara comprovado nos autos que o réu Sebastião dos Santos Neto (Vereador) constituíra pessoas jurídicas em nome de sua esposa e de seu filho, com o objetivo de prestar serviços de borracharia e lavagem de veículos ao Município de Ijaci, sendo que era o próprio réu quem, de fato, administrava o negócio. Que tal conduta teria infringido o art. 30, I, *a*, da Lei Orgânica do Município de Ijaci.

Quanto ao réu Clebel Ângelo Márcio Pereira, restaria claro nos autos que concorrera para as irregularidades, pois admitira a prestação exclusiva de serviços de borracharia e lavagem de veículos ao Município por vereador, sabendo da vedação contida na Lei Orgânica, o que caracterizaria ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 11, I, da LIA.

Data venia, a r. sentença não merece reparos.

De fato, como ressaltado pela r. sentença, não se poderia olvidar o argumento do réu Sebastião dos Santos Neto de que o Município usufruíra dos serviços e que, por isso, inexistiria prejuízo material. Tal questão restou resolvida pelo i. Magistrado, no sentido de que, a toda evidência, o Município teria gozado dos serviços prestados, sendo os valores cobrados, ao que tudo indicava, não exorbitantes.

Essa questão, admitida como presumida na r. sentença, não restou afastada pela parte que teria o ônus de provar tal fato, ou seja, a ora apelante. Esta, nas razões recursais, afirma que houve lesão ao erário e enriquecimento ilícito da fornecedora, mas não demonstra qual teria sido o dano, nem a sua extensão. A apelante afirma que:

> Assim, ao autorizar os pagamentos indevidos ao Vereador, o ex-Prefeito Clebel Ângelo Márcio Pereira praticou os atos de improbidade administrativas previstos no art. 10, I e IX, da Lei 8.429/92, causando prejuízos ao erário, e, supletivamente, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, I, que atenta contra os princípios da Administração Pública (f. 733).

Ora, autorização de pagamentos indevidos, por si só, não demonstra a existência de dano reparável. Para que haja o ressarcimento do efetivo prejuízo, necessária a produção de prova nesse sentido. Não produzida referida prova, não há como acolher a argumentação para se estabelecer o exato valor do dano reparável. Como afirmado pelo apelante, os valores pagos pelo Município ao vereador foram totalizados em R$ 6.732,56, na data de 18 de dezembro de 2003 (f. 516/517, 3º volume). Contudo, não há comprovação nos autos de que não houve a prestação do serviço pela fornecedora nem se os serviços foram superfaturados.

Por essas razões, e diante da ausência de prejuízo material comprovado nos autos, convém reconhecer que a sanção determinada na r. sentença parece razoável e conforme ao princípio da proporcionalidade. A multa civil aplicada na r. sentença, no patamar de R$ 20.000,00 reais, se mostra razoável diante do disposto no art. 12, parágrafo único, da LIA.

À luz de tais considerações, peço vênia ao eminente Relator para divergir e negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

É o meu voto.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Peço vênia para acompanhar o eminente Relator e dar provimento à segunda apelação.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO RECURSO. DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Embargos à execução - Art. 791, III, do CPC - Suspensão do processo - Prescrição intercorrente - Impossibilidade - Exequente Intimação pessoal - Necessidade - Bem de família - Devedor - Proprietário de mais de um imóvel - Entidade familiar - Imóvel utilizado como moradia permanente - Direito à proteção da Lei 8.009/90

Ementa: Embargos de devedor. Execução. Processo suspenso na forma do art. 791, III, do CPC. Prescrição intercorrente. Impossibilidade. Necessidade de intimação pessoal do exequente. Bem de família. Devedor proprietário de mais de um imóvel. Imóvel utilizado como moradia permanente da entidade familiar. Direito à proteção da Lei nº 8.009/90.

- Suspensa a execução pela inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor, não tem curso o prazo de prescrição, nos termos dos art. 266, 791, III, e 793 do CPC. Para que se possa reconhecer a prescrição intercorrente, é necessária a intimação pessoal da parte.

- O fato de o devedor ser proprietário de mais de um bem imóvel não impede que o imóvel por ele utilizado como moradia permanente seja considerado bem de família, para fins da impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0040.06.045821-9/001 - Comarca de Araxá - Apelante: João Rafael Ribeiro - Apelado: Banco Mercantil do Brasil S/A - Litisconsorte:

Grançúcar Transportes Ltda., Evandro Gabriel Ribeiro - 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 REJEITAR PREJUDICIAL DE MÉRITO E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de março de 2010. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Trata-se de recurso de apelação interposto por João Rafael Ribeiro contra sentença de f. 82/86, que, nos autos dos embargos de devedor interpostos contra Banco Mercantil do Brasil S.A., julgou improcedentes os embargos, declarou a subsistência das penhoras efetuadas nos autos da execução e condenou o embargante ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atribuído aos embargos.

Em suas razões de f. 91/96, o apelante alega, primeiramente, prejudicial de mérito de prescrição intercorrente. Afirma que o embargado requereu e o juiz deferiu a suspensão da execução sob o fundamento de que não foram encontrados bens passíveis de penhora. No entanto, houve equívoco, pois os bens que foram penhorados já eram da propriedade do embargante quando o feito foi suspenso. Ou seja, tal suspensão equivocada não pode servir de base para suspender o prazo prescricional, já que evidente a desídia do embargado, que não diligenciou corretamente para encontrar bens.

No mérito, alega que o bem penhorado é bem de família e que o juiz considerou como dois imóveis o que é, na verdade, apenas um. Afirma que o imóvel sito na Rua Triângulo é o mesmo da Rua Presidente Olegário Maciel, conforme consta da certidão de f. 32.

Requer a reforma da sentença, com o reconhecimento da prescrição intercorrente, ou, assim não entendendo este Juízo, que seja desconstituída a penhora sobre o bem de matrícula 14.334, por se tratar do bem onde reside com sua família.

Contrarrazões do apelado às f. 103/109, pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Da prejudicial de prescrição.

A execução em questão foi proposta em dezembro de 1996 e tem como objeto notas promissórias atreladas a um contrato de renegociação de dívida (f. 19/26).

O Oficial de Justiça procedeu à citação dos executados na data de 17.11.1998, certificando ainda que os mesmos não pagaram e nem nomearam bens à penhora, e que também não foram encontrados bens a penhorar (f. 27-v.).

Intimado a se manifestar sobre a certidão, o exequente requereu a suspensão do processo (f. 28).

O juiz, em decisão datada de 15.4.1999, suspendeu a execução na forma do art. 791, III, do CPC (f. 29).

Consta de f. 30/31 destes embargos que o exequente requereu o desarquivamento dos autos em 22.8.2005 e que foram indicados à penhora os bens do ora apelante em janeiro de 2006.

Ora, foi deferida a suspensão do processo nos termos em que pedida e, estando o processo suspenso na forma do art. 791, III, do CPC, não tem curso o prazo prescricional durante o período em que os autos estiveram arquivados, aguardando que o credor encontrasse bens a indicar.

No mais, ainda que o credor não tenha diligenciado suficientemente nos autos da execução, o que não restou comprovado, a jurisprudência deste Tribunal é clara no sentido de que, para se considerar inerte o credor para fins de curso do prazo prescricional, é necessária a sua intimação pessoal. E, no caso, não há prova de tal intimação.

Neste sentido:

> Processual civil. Apelação. Execução por título extrajudicial. Processo suspenso por força do art. 791, III, do CPC. Extinção do processo. Prescrição intercorrente. Impossibilidade. Intimação pessoal da parte. Necessidade. Recurso provido. Cassação da sentença. - Estando suspensa a execução, pela inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor, não tem curso o prazo de prescrição, nos termos dos art. 266, 791, III, e 793, todos do Código de Processo Civil. Somente depois do decurso de prazo contado da intimação pessoal da parte é que se pode reconhecer a prescrição intercorrente. (Apelação Cível nº 1.0702.97.019630-0/001(1), Comarca de Uberlândia, 17ª Câmara Cível do TJMG, Relatora Des.ª Márcia de Paoli Balbino, data do julgamento: 19.04.2007.)
>
> Embargos do devedor. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. Localização de bens penhoráveis. Intimação pessoal da parte. Necessidade. - Estando suspensa a execução, pela inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor, não tem curso o prazo de prescrição, nos termos dos art. 266, 791, III, e 793, todos do Código de Processo Civil. Somente depois de intimada pessoalmente a parte é que se pode reconhecer a prescrição intercorrente. (Apelação Cível nº 2.0000.00.47-0588-8/000(1), Comarca de São Sebastião do Paraíso, 9ª Câmara Cível do extinto TAMG, Relator Des. Irmar Ferreira Campos, data do julgamento: 3.12.2004.)

Logo, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição intercorrente.

Do mérito.

O art.1º da Lei nº 8.009/90 dispõe que:

> O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus

proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Foram penhorados, nos autos da execução, dois imóveis de propriedade do apelante: o de matrícula nº 4.270 e o de matrícula nº 14.334.

O apelante insurge-se contra a penhora do segundo, afirmando que nele reside com sua família.

Verificando os documentos acostados, vejo que realmente houve um equívoco por parte do ilustre magistrado da primeira instância.

Na certidão de f. 32, do Registro de Imóveis de Araxá, consta que o imóvel matriculado sob o nº 14.334, conforme certificado pela Prefeitura, é localizado na Travessa Triângulo, nº 949, na cidade de Araxá, e não na Rua Presidente Olegário Maciel, como constou.

E os documentos de f. 33/39 comprovam que o apelante e sua família residem no referido imóvel (Travessa Triângulo, nº 949), sendo este o imóvel residencial da entidade familiar, protegido pela Lei nº 8.009/90.

O art. 5º da Lei nº 8.009/90, ao dispor que se considera residência, para os efeitos de impenhorabilidade, um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente, não exige que o executado tenha apenas um único bem, mas determina que somente um bem do executado pode ser considerado residência da família para fins de impenhorabilidade. É o que diz o parágrafo único do art. 5º, ressaltando que, no caso de mais de um imóvel ser usado como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor.

Assim, entendo que tem razão o apelante, até mesmo porque há outro imóvel penhorado nos autos, que não é utilizado para fins residenciais.

Neste sentido, colaciono a seguinte jurisprudência:

> Embargos de terceiro. Bem de família. Devedor proprietário de mais de um bem imóvel. Imóvel utilizado como moradia permanente da entidade familiar. Direito à proteção legal. - O fato de o devedor ser proprietário de mais de um bem imóvel não impede que o por ele utilizado como moradia permanente seja considerado bem de família, para fins de impenhorabilidade (Apelação Cível nº 1.0079.03.076685-5/001, Comarca de Contagem, Relator Des. Duarte de Paula, 11ª Câmara Cível do TJMG, data do julgamento: 17.10.2007).

> Embargos de terceiro. Impenhorabilidade do bem de família. Requisitos. Ausência de provas. Improcedência dos embargos. 1. Para que se configure a impenhorabilidade do bem de família, é necessária a demonstração de que o casal ou a entidade familiar não possui outros bens para moradia permanente. 2. Demonstrado que o imóvel penhorado é o único bem para moradia da família, há que ser mantida a sentença que afastou a constrição sobre o mesmo (Apelação Cível nº 1.0024.06.149664-2/001, Comarca de Belo Horizonte, Relator Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível do TJMG, data do julgamento: 15.04.2009).

Pelo exposto, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição intercorrente e dou provimento ao recurso para julgar parcialmente procedentes os embargos de devedor, determinando a desconstituição da penhora sobre o imóvel inscrito no Registro de Imóveis de Araxá sob o nº 14.344, Livro nº 2, Registro geral (f. 32).

Condeno o embargado ao pagamento de 50% das custas processuais e de honorários advocatícios, que arbitro em R$800,00 (oitocentos reais), atendido o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Condeno o embargante ao pagamento dos restantes 50% das custas processuais e de honorários advocatícios, que arbitro em R$800,00, atendido o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, ficando a exigibilidade de tais verbas suspensa em virtude do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Custas recursais, pelo embargado/apelado.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Revisor, após o Relator rejeitar prejudicial de mérito de prescrição e dar provimento ao recurso.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Pedi vista dos autos na última sessão de julgamento para melhor análise do tema.

Trata-se de matéria versada na apelação interposta por João Rafael Ribeiro, visando à reforma da r. sentença de f. 82/86, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Araxá, nos autos dos embargos do devedor opostos à execução manejada contra o ora apelante pelo Banco Mercantil do Brasil S.A., onde o embargante buscou a desconstituição das penhoras que recaíram sobre 50% do imóvel de sua moradia, consistente na casa situada na Travessa do Triângulo, 949, com registro no Livro 02, nº 14.334, bem como daquele registrado no mesmo Livro, sob a matrícula 4.270, ao argumento de impossibilidade de seu desmembramento.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos, ao fundamento de que não houve comprovação de que o imóvel penhorado é o único de propriedade do recorrente, constituindo bem de família, passível da proteção da Lei 8.009/90. Quanto ao segundo imóvel, o matriculado sob o nº 4.270, afirmou que, mesmo se se considerar a impossibilidade de desmembramento, é possível que seja praceado e reservado o valor da meação ao cônjuge. Declarou a subsistência das penhoras, determinando a continuidade da execução.

Essa decisão causou a insurgência do executado/embargante, que reedita a prejudicial de prescrição intercorrente e, no mérito, alega que houve equívoco da d. julgadora na compreensão do tema, afirmando que, conforme restou demonstrado no correr do processo, não possui dois imóveis de residência. Ressalta que, na

realidade, a sua casa está situada na Travessa do Triângulo, 949 e que esta é a única de sua moradia, na forma da certidão constante no registro de f. 32. Diz que na cidade de Araxá não existe a Rua Presidente Olegário Maciel, conforme certidão encartada com a presente apelação - f. 97.

Estou de acordo com o em. Relator quanto à rejeição da prejudicial de prescrição intercorrente.

Quanto à impenhorabilidade, é de se observar, inicialmente, que os presentes embargos vieram a este Tribunal desapensados do processo de execução. Entretanto, analisadas as peças encartadas com a inicial e no correr do processo, restou patente que houve a penhora no percentual de 50% de dois imóveis, conforme auto de f. 31: "imóvel inscrito na matrícula nº 14.334 - Livro 02 - Registro Geral... e imóvel inscrito na matrícula de nº 4.270 - Livro 02 - Registro Geral...".

No registro de f. 32, consta que o primeiro bem descrito está situado na Travessa do Triângulo, 949 (erroneamente demominada Rua Presidente Olegário Maciel) - Araxá. No registro de f. 40, consta o imóvel constituído de "um terreno urbano, sito à Rua Presidente Olegário Maciel, nesta cidade de Araxá". Quanto a este ultimo, em sua inicial, o embargante afirma a impossibilidade da penhora pela inviabilidade de sua divisão, questão que foi afastada pela r. sentença e não impugnada no recurso, nada havendo para ser apreciado nesta instância revisora.

Entendo, pois, aplicável à hipótese o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.009/1990, que assim prescreve:

> A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Devidamente demonstrado que o imóvel situado na Travessa do Triângulo, 949, Araxá, objeto da penhora - f. 31 - constitui, de fato, bem de família do apelante e seus familiares, incorreta está a sentença que desacolheu os presentes embargos do devedor em relação ao mesmo. Fica mantida a penhora em relação ao outro imóvel matriculado sob o nº 4.270, Livro 02 - Registro Geral descrito no auto de constrição referido.

Com essas considerações, acompanho o em. Relator e também rejeito a prejudicial de prescrição e dou provimento ao recurso, para reconhecer a impenhorabilidade do imóvel de residência do executado, situado na Travessa do Triâgulo, 949, cidade de Araxá.

DES. PEDRO BERNARDES - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PREJUDICIAL DE MÉRITO E DERAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Serviços educacionais - Mensalidades - Inadimplemento - Alegação de doença na família - Audiência de instrução e julgamento - Descabimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência

Ementa: Ação de cobrança. Prestação de serviços educacionais. Mensalidades inadimplidas. Alegação de doença na família. Pedido de audiência de instrução e julgamento para provar os infortúnios e pedir bolsa de estudos. Descabimento.

- Não cabe ao Judiciário impor ao credor as condições apresentadas pelo devedor ante o seu infortúnio. Isso porque imprevistos acontecem na vida de todas as pessoas, e a Fundação não pode se submeter a essas situações, sob pena de comprometer sua atividade.

- A cassação da sentença deve-se dar quando a parte comprova que houve verdadeiro cerceamento de defesa, ou seja, foi a mesma impedida de produzir as provas que trariam aos autos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do credor, e não para que a parte reitere suas alegações.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.08.152949-3/001 - Comarca de Passos - Apelante: Samira Esper Santini Peixoto - Apelada: Fesp - Fundação de Ensino Superior de Passos - 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 Nicolau Masselli, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2010. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de cobrança pelo rito sumário, ajuizada por Fundação de Ensino Superior de Passos contra Samira Esper Santini Peixoto, com o objetivo de receber o valor de R$2.666,21 (dois mil seiscentos e sessenta e seis reais e vinte e um centavos), referente ao valor das mensalidades do curso de Serviço Social, devidas e não pagas, dos meses de agosto a dezembro de 2007.

A ré apresentou contestação às f. 19/23, afirmando que não promoveu pagamento das mensalidades por dificuldades financeiras que se abateram sobre sua família,

requerendo, para tanto, que o crédito fosse habilitado, via penhora, no rosto dos autos de um processo de execução de sentença onde há um crédito a ser quitado.

Sobreveio a sentença de f. 57/58, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento das mensalidades vencidas de agosto a dezembro de 2007, no valor de R$2.666,21 (dois mil seiscentos e sessenta e seis reais e vinte e um centavos), a ser corrigido até a data do efetivo pagamento pelos índices da CGJMG e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, suspendendo a exigibilidade.

A autora apelou às f. 62/67, levantando preliminar de cerceamento de defesa, pois não lhe foi garantido o direito de produção de provas em sede de audiência de instrução e julgamento, quando então poderia informar ao presidente do Conselho Curador da entidade sua situação e, assim, diante de uma atitude humana deste, dar continuidade aos seus estudos, além de poder conseguir uma bolsa e um acordo acessível para pagamento de seu débito.

Pugna, assim, pela anulação da sentença, para que seja determinada a realização da referida audiência de instrução e julgamento.

Contrarrazões recursais às f. 73/74.

Passo a analisar as razões recursais.

Versam os autos sobre cobrança de mensalidade escolar, ajuizada por Fundação de Ensino Superior de Passos contra Samira Esper Santini Peixoto, com o objetivo de receber o valor de R$2.666,21 (dois mil seiscentos e sessenta e seis reais e vinte e um centavos), referente ao valor das mensalidades do curso de Serviço Social, devidas e não pagas, dos meses de agosto a dezembro de 2007.

A parte apelante levanta preliminar de cerceamento de defesa, alegando que não lhe foi oportunizada a produção de prova em audiência de instrução e julgamento, na qual também tentaria um acordo com a parte apelada.

Do compulsar dos autos, assevera-se que a parte ré em momento algum nega a existência da dívida. Pelo contrário, a confirma. Suas alegações em nenhum momento se dirigem à suposta existência de abusividades no contrato ou ilegalidade nas taxas ou encargos cobrados.

Durante todo o *iter* processual, limita-se a apelante a justificar sua inadimplência na infeliz fatalidade que se abateu sobre sua família, qual seja a descoberta de que seu marido, provedor do lar, se encontrava com câncer, o que o impossibilitou de continuar exercendo sua atividade laborativa, culminando em uma situação financeira precária em seu lar, o que obrigou a apelante a deixar a faculdade, além de não permitir quitação de seu débito junto à apelada.

Feitas tais considerações, entendo que a pretensão da apelante não merece guarida. Isso porque desnecessária era a marcação de uma audiência de instrução e julgamento para que a apelante alcançasse seus objetivos.

A uma, porque em momento algum dos autos verifiquei que a apelante buscou entrar em contato com o presidente do Conselho Curador da Fundação para expor seu problema e tentar uma solução antes do ajuizamento da presente ação.

Ademais, mesmo que se marcasse tal audiência, não cabe ao Judiciário impor que a apelada aceite as condições apresentadas pela apelante ante o seu infortúnio. Isso porque imprevistos acontecem na vida de todas as pessoas, e a Fundação não pode se submeter a essas situações, sob pena de comprometer sua atividade.

Para que se verifique o cerceamento de defesa, mister a concorrência de dois elementos: em primeiro lugar, é preciso que a parte tenha pleiteado a realização de determinada prova, sendo a mesma injustamente indeferida ou não ter sido realizada por motivo injusto.

E em segundo lugar, faz-se necessária a demonstração de que a tese de defesa restou prejudicada pela não realização daquela prova específica.

É exatamente essa a observação que deve ser feita, ou seja, a cassação da sentença deve-se dar quando a parte comprova que houve verdadeiro cerceamento de defesa, ou seja, foi a mesma impedida de produzir as provas que trariam aos autos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do credor.

Dessa forma, não apresentando a apelante qualquer prova capaz de rechaçar o direito da apelada, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, ficando suspensa, contudo, sua exigibilidade nos termos do favorecimento da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Direito de preferência - Decadência - Depósito - Prazo - Imóvel rural - Módulo rural - Divisibilidade - Art. 504 do Código Civil - Inaplicabilidade - Adquirente condômino

Ementa: Apelação cível. Direito de preferência. Decadência. Depósito. Prazo. Imóvel rural. Módulo rural. Divisibilidade. Inaplicabilidade do art. 504 do Código Civil. Adquirente condômino.

- A lei não exige que o depósito do preço seja feito dentro do prazo decadencial de 180 dias para o exercício do direito de preferência, mas apenas que o requerimento seja tempestivo, não podendo o intérprete criar requisitos não exigidos pela lei.

- Sendo as áreas dos imóveis superiores ao módulo rural fixado pelo Incra para a região em que se localizam, é divisível a coisa.

- O fato de o imóvel permanecer fisicamente não dividido não impede considerá-lo como coisa divisível, nos termos da lei, nem cria para os condôminos o direito de preferência, já que, operada a divisão, inexistirá o condomínio com pessoa estranha, razão de ser do instituto da preferência.

- O art. 1.793, §§ 2º e 3º, do Código Civil não se aplica à hipótese de alienação por condômino, após efetivada a partilha, de fração ideal de imóvel divisível.

- Inexiste direito de preferência a justificar a anulação do negócio jurídico se a fração ideal do imóvel foi vendida a um dos condôminos.

Prejudicial rejeitada e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.06.170201-1/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Rafael Freire de Melo Neto - Apelados: Maria Zena Gomes Mello 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PREJUDICIAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2009. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Rafael Freire de Melo Neto interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni, que julgou improcedente a ação de anulação de escritura e adjudicação fundada em direito de preferência que ajuizou contra Maria Zena Gomes Mello, Maria Aparecida Freire de Mello (sua mãe e irmã, respectivamente, alienantes) e Wenderson Lázaro Rocha Magalhães (adquirente), ao fundamento de que, não sendo o imóvel indivisível, pois superior ao módulo rural da região, inexiste direito de preferência.

Sustentou que a sentença reconheceu ser o imóvel objeto da alienação parte de condomínio, razão pela qual é ineficaz o negócio jurídico, nos termos do art. 1.793, §§ 2º e 3º, do Código Civil. Alegou mais que é indiferente o fato de que o imóvel tenha tamanho superior ao do módulo rural, pois nunca negou a divisibilidade do bem, mas, pelo contrário, sustentou que não foi ele ainda dividido, razão pela qual deveria ser respeitado o direito de preferência.

Requereu, ao final, a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes seus pedidos de adjudicação do imóvel, em razão do direito de preferência, e de nulidade da compra e venda havida entre os réus.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 187 a 195, arguindo preliminar de prescrição, pois não foi depositado o valor do preço no prazo de 180 dias, e, no mérito, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois tempestivo e preparado.

Prejudicial de mérito.

Prescrição. Os apelados arguem preliminar de prescrição do direito de ação do apelante, argumentando que somente efetuou o depósito do preço do imóvel, para fins de garantir seu direito de preferência, 180 dias depois da efetivação do negócio jurídico, mas, na verdade, observa-se que se trata de preliminar de decadência, pois não nega que a ação tenha sido ajuizada dentro do prazo, afirmando apenas que não cumpriu, dentro do prazo, o requisito para o exercício de seu eventual direito.

Dispõe a segunda parte do art. 504 do Código Civil:

> O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Como se observa, a lei não exige que o depósito do preço seja feito dentro do prazo decadencial de 180 dias, apenas que o requerimento seja tempestivo, de modo que não pode o intérprete criar requisitos onde a lei não o fez. Assim, havendo o apelante ajuizado a ação dentro do prazo legal, já que a escritura foi registrada em 19.07.2005 e a ação proposta em 14.01.2006 (conforme despacho inicial à f. 02), não decaiu de seu eventual direito de preferência.

Ademais, o depósito foi feito também dentro do prazo legal, em 16.01.2006 (f. 49), pouco importando que o comprovante só tenha sido juntado 10 dias depois.

Rejeito a prejudicial de mérito.

Mérito.

O apelante invoca o art. 504 do Código Civil, afirmando que não foi informado por suas coerdeiras, mãe e irmã, apeladas, da alienação da fração ideal de um imóvel rural, de propriedade delas, ao apelado Wenderson Lázaro Rocha Magalhães e que, como coerdeiro, tem direito de preferência nas mesmas condições da venda.

A primeira parte do mencionado dispositivo tem a seguinte redação:

> Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto.

Como se vê, o direito de preferência somente existe se a coisa condominial for indivisível, ou seja, se a sua divisão resultar em perda de valor de cada parte. Segundo a jurisprudência, a divisibilidade de imóveis rurais se verifica quando as partes dela resultantes forem superiores ao módulo rural da região em que se localiza o imóvel.

Segundo a Portaria nº 36/97 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra -, órgão competente para quantificar o módulo rural em cada região do País, o módulo rural na região de Teófilo Otoni é de dois hectares (f. 122 a 129), de modo que o imóvel objeto do litígio, com área total de 96,80 hectares, é plenamente divisível, não se sujeitando à imposição do art. 504 do Código Civil.

O fato de o imóvel permanecer fisicamente não dividido não impede considerá-lo como coisa divisível, nos termos da lei, nem cria para os condôminos o direito de preferência, já que, operada a divisão, inexistirá o condomínio com pessoa estranha, razão de ser do instituto da preferência, que tem o objetivo de evitar conflitos condominiais. Nesse sentido:

> Direito de preferência. Alteração do quinhão em comum. Indivisibilidade. Cessão da herança. Depósito do preço. Decadência. Antes da partilha, o herdeiro pode ceder o seu direito sobre parte do imóvel inventariado, sem ter que se submeter à preferência do coerdeiro, desde que o imóvel atenda às condições de divisibilidade [...] (TAMG nº 403155-0 - Rel. Juiz Valdez Leite Machado - j. em 09.10.2003).

Assim, correta a sentença que considerou que o apelante não tinha direito de preferência na área negociada entre os réus, de 36,96 hectares, por se tratar de coisa divisível. Nesse sentido, jurisprudência do TJMG:

> Ação de preferência na aquisição de imóvel. Condomínio. Indivisibilidade. Inocorrência. Área superior ao módulo rural. - Não há que se falar em indivisibilidade do imóvel se a parte vendida é superior ao módulo rural da localidade, podendo ser separada da área total sem que se altere sua destinação. Não se aplica o direito de preferência do condômino na aquisição de imóvel quando o mesmo é divisível (TJMG nº 1.0657.07.001684-2/001 - Rel. Des. Generoso Filho - j. em 25.03.2008).

Também não tem razão o apelante em sua alegação de que, reconhecida a existência do condomínio, deve o negócio jurídico feito entre os réus ser anulado com base no art. 1.793, §§ 2º e 3º, do Código Civil, que assim dispõe:

> § 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.
> § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

Tais dispositivos não se aplicam ao caso em questão, primeiramente porque não se trata de bem da herança singularmente considerado, mas de fração ideal em imóvel condominial, fruto, sim, de herança, mas já encerrada a partilha (f. 41 a 45), em segundo lugar porque não houve cessão de bem componente do acervo hereditário por herdeiro, mas, sim, venda de fração ideal por seu próprio dono.

Ademais, a prevalecer o raciocínio desenvolvido pelo apelante, deveriam ser também declaradas ineficazes as compras que ele próprio fez a outros condôminos, também realizadas nas mesmas condições da que ele pretende ver anulada.

Por fim, ainda que se entendesse pela aplicabilidade do art. 504 do Código Civil e do direito de preferência, por conseguinte, aos imóveis condominiais passíveis de divisão, inexistiria direito de preferência do apelante pelo imóvel alienado pelas apeladas ao apelado, já que este não era "estranho", alheio ao condomínio, mas, sim, um dos condôminos, pela aquisição anterior, em 30.01.1995, da cota-parte do herdeiro Francisco Freire de Mello Júnior, não questionada pelo apelante.

Diante disso, nego provimento ao recurso mantendo integralmente a sentença.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Lote - Penhora - Imóvel constituído por lotes contíguos - Residência - Bem de família - Impenhorabilidade

Ementa: Embargos de terceiros. Penhora de lote. Imóvel constituído por vários lotes contíguos. Residência. Impenhorabilidade. Único imóvel. Desnecessidade.

- Não obstante o imóvel residencial seja constituído de vários lotes distintos, a impenhorabilidade do bem de família alcança a unidade residencial como um todo. Precedentes.

- É desnecessário que o imóvel residencial, protegido pela impenhorabilidade, seja o único de propriedade do devedor.

- A finalidade da Lei 8.009/90 é assegurar o direito à moradia ao devedor e sua família, tornando impenhorável

o imóvel residencial, evitando, assim, que sejam despojadas do bem as pessoas que o utilizam como residência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.04.171792-8/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Adalgiza Maria Scaliante - Apelados: Thamara de Faria Tannus Almeida dos Reis por si e representando filho e outro, Luiz Eduardo Tannus dos Reis - 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 Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2010. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Adalgiza Maria Scaliante recorre da sentença (f. 207/209), que julgou procedente o pedido contido nos embargos de terceiros que lhe promovem Thamara de Faria Tannus Almeida dos Reis, representando Luiz Eduardo Tannus dos Reis e Wagner Almeida dos Reis.

Nos presentes embargos de terceiros, o d. Julgador monocrático julgou procedente o pedido para desconstituir a penhora do imóvel, realizada nos autos de execução em apenso, reconhecendo que se trata de bem indivisível, em que reside a família do executado.

Irresignada com o teor da sentença, alega a apelante que a apelada Thamara de Faria é herdeira do espólio do executado Antônio Jorge Tannus, sendo interessada em que os bens deixados não respondam pelas dívidas, a fim de evitar a diminuição do seu quinhão quando da partilha.

Sustenta que o imóvel não pode ser considerado bem de família, por não ser a única opção de imóvel para os herdeiros residirem.

Além disso, o imóvel não é indivisível e não prospera a alegação de que é continuação de outros lotes. Diz que o lote 05, objeto da penhora, não contém nenhuma construção ou moradia familiar, sendo que as construções se encontram nos lotes 07 e 12. Conclui, assim, que o lote 05 é um bem autônomo dos demais lotes e disponível, possuindo matrícula própria.

Alega, por fim, que houve cerceamento de defesa, porque impugnou o laudo pericial e o Magistrado não determinou ao perito que se manifestasse sobre a impugnação, restringindo, assim, o direito de ampla defesa.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 257/267, arguindo, preliminarmente, a intempestividade do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Da preliminar de intempestividade do recurso.

A sentença foi publicada no dia 17.04.2009 (sexta-feira), conforme certidão de f. 210. Considerando que nos dias 20 e 21/04 (segunda e terça-feira) não houve expediente forense, em razão do feriado de Tiradentes, o prazo recursal somente teve seu início no dia 22/04 (quarta-feira), expirando no dia 06.05.2009. O recurso foi protocolado dia 05.05.2009, via fax (f. 214), tempestivamente, portanto.

Rejeito a preliminar.

Das razões recursais.

A discussão posta nos autos cinge-se à análise da validade da penhora realizada nos autos da ação de execução em apenso.

Ficou demonstrado nos autos que o imóvel em que residem os apelados se compõe dos lotes de nº 05 a 12.

A penhora recaiu sobre o lote nº 05, que compõe o imóvel residencial dos apelados (f. 74 dos autos de execução em apenso).

Conforme as fotos acostadas ao laudo pericial de f. 116/142, embora o imóvel seja composto de lotes distintos, compõe unidade residencial da família, constituída pela construção principal (lotes 10, 11 e 12), construção secundária (lotes 7 e 8), piscina (lotes 8 e 9) . No referido lote 05, objeto da penhora ora combatida, encontram-se uma garagem e um canil (foto de f. 125).

Não há como afirmar que, pelo simples fato de ser o imóvel constituído por vários lotes, pode ser penhorado o lote ao qual não pertence a construção principal. Não há como considerar que sejam eles partes autônomas e independentes e, por conseguinte, não se pode desmembrá-lo a fim de que recaia a penhora sobre um deles.

Nos termos do parágrafo único do art.1º da Lei 8.009/90,

> A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Sem razão a apelante quanto à alegação de que a impenhorabilidade atinge apenas parte do imóvel onde se encontra construída a casa. Conforme esclarecido pelo d. perito, "em todos estes lotes existe um único imóvel residencial unifamiliar" (f. 116).

Dessa forma, não obstante o imóvel residencial seja constituído de vários lotes distintos, a impenhorabilidade do bem de família alcança a unidade residencial como um todo.

No mesmo sentido:

> Embargos do devedor. Penhora. Bem de família. Irrelevância do tamanho do imóvel ou do fato de ser o mesmo compos-

to por vários lotes para efeito de aplicação da Lei 8.009/90. - Conforme preceitua o art. 1º e seu parágrafo único da Lei 8.009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, abrangendo a impenhorabilidade do imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa. Não obstante o imóvel englobe lotes de terreno, contendo áreas de lazer e outras benfeitorias, estas são consideradas como acessórios do principal a que foram unidas, formando, assim, um todo indivisível. (TJMG - Apelação Cível nº 439.076-7 - Rel. Des. Domingos Coelho - DJ: 09.06.2004.)

Afirma, ainda, a apelante que, para a configuração do imóvel como bem de família e, portanto, abrangido pela impenhorabilidade, é necessário que ele seja o único imóvel do devedor.

Sem razão.

A finalidade da Lei 8.009/90 é assegurar o direito à moradia ao devedor e sua família, tornando impenhorável o imóvel residencial, evitando que eles sejam despojados do bem utilizado como residência. Dessa forma, não é exigido que o imóvel seja o único de propriedade do devedor, pelo contrário, o parágrafo único do art. 5º do referido diploma legal prevê a impenhorabilidade do imóvel residencial, ainda que o devedor seja proprietário de outros, estabelecendo que, nesse caso, a proteção deve recair sobre o de menor valor.

Assim, é desnecessário que o bem protegido pela impenhorabilidade seja o único imóvel da família, não impedindo, contudo, que a constrição atinja os demais imóveis de propriedade do devedor.

Nesse sentido é a vasta jurisprudência:

Embargos do devedor. Penhora. Bem de família. Prova de que o imóvel penhorado é o único de propriedade do devedor. Desnecessidade. Ofensa ao art. 333 do CPC. Ausência de prequestionamento.

1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único. Isso não significa, todavia, que os outros imóveis que porventura o devedor possua não possam ser penhorados no processo de execução.

2. Para que o recurso especial seja conhecido, indispensável o debate na instância *a quo* da matéria federal tida como violada.

Ausência de prequestionamento do art. 333 do CPC.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 325907/PR - Rel. Ministro José Delgado - Primeira Turma - julgado em 16.08.2001 - *DJ* de 24.09.2001, p. 248.)

Execução. Embargos do devedor. [...] Penhora de bem de família. Prova da residência. Impenhorabilidade. Possibilidade. [...]

O que classifica como bem de família, no caso presente, o imóvel penhorado é o fato de nele residir o embargante e sua família, e não o fato de ele possuir outros imóveis.

A prova foi robusta no sentido de que realmente o embargante reside no imóvel penhorado, o que impõe a aplicação da Lei 8.009/90 e a declaração de sua impenhorabilidade. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Décima Sétima Câmara Cível - Rel. Luciano Pinto - AP 437.220-7 - j. em 06.08.2004.)

Agravo de instrumento. Embargos à execução. Bem de família. Caracterização. Impenhorabilidade. - Consoante orientação dos pretórios, para ser considerado como bem de família, não é necessário que o imóvel seja o único de propriedade do executado, mas tão somente que ele sirva de residência ao casal ou à entidade familiar. (TJMG - Agravo nº 1.0024.07.683103-1/001 - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - *DJ* 18.09.2008.)

Ante o exposto, e havendo prova de se tratar de imóvel de residência dos embargantes, este se revela impenhorável, nos termos legais.

Por fim, quanto à alegação de cerceamento de defesa em razão da impugnação ao laudo pericial, não se verifica ter havido qualquer restrição ao direito de defesa da apelante. É que, conforme f. 160, a apelante pretendia com a impugnação que o perito esclarecesse sobre a afirmada possibilidade "que pessoas morassem no lote de nº 05, objeto da presente perícia", sendo que, segundo ela, não seria possível, "uma vez que o Sr. perito deixa claro que a construção principal se encontra nos lotes 10, 11 e 12", e, à f. 129, diz que "a construção secundária se encontra nos lotes 7 e 8 e lotes 8 e 9". E, como já analisado, os lotes, todos eles, compõem a unidade residencial da família, pouco importando se no lote que foi penhorado não se encontra a construção principal, sendo certo que todas as construções, principais ou acessórias, fazem parte do conjunto que serve de residência à família, não podendo ser penhorados, nesse caso, quaisquer dos lotes.

Dessa forma, rejeito a preliminar de intempestividade, arguida em contrarrazões, e nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença em todos os seus termos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Aplicação financeira - Desaparecimento do dinheiro - Devolução posterior - Dano moral - Não configuração

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Desaparecimento de dinheiro em aplicação financeira. Devolução posterior. Danos morais. Não configuração. Mero aborrecimento.

- O desaparecimento de dinheiro resgatado de aplicação, devolvido posteriormente pelo banco, não tem o condão de ensejar a reparação pelo alegado dano moral, tratando-se de mero aborrecimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.758839-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Brasil S.A. - Apelado: Márcio Rezende Gusmão - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2010. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A. contra sentença proferida em ação de indenização por danos morais em que contende com Márcio Rezende Gusmão.

Alegou o autor, em síntese, na inicial, que em 2.7.1998 contratou junto à primeira ré, Brasilprev Seguros e Previdência S.A., um plano de aposentadoria cuja contribuição deveria ser debitada na conta-corrente mantida junto ao segundo réu, Banco do Brasil S.A. Disse que, em dezembro de 2004, sua empregadora celebrou com a primeira ré plano de aposentadoria empresarial, sendo realizada a migração para tal plano, cuja contribuição passou a ser descontada mensalmente em sua folha de pagamento, restando cessado o contrato anterior.

Sustentou que, após ter sido demitido, migrou novamente para o plano individual, cessando a adesão ao plano empresarial, com a devolução dos valores pagos, que foram aplicados em fundo de renda fixa. Aduziu que requereu o resgate de tais valores, verificando-se que o dinheiro havia desaparecido. Garantiu que, em decorrência do desaparecimento da quantia, está vivendo em situação constrangedora, dependendo financeiramente da ajuda de terceiros, pois não consegue saldar seus compromissos.

Ao final, requereu a procedência dos pedidos, determinando-se a devolução do dinheiro, além da condenação das rés ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

Às f. 53/54, o autor emendou a inicial, informando ter sido creditada a importância objeto da presente ação, em conta de sua titularidade. Requereu a desistência do pedido em relação à primeira requerida, Brasilprev Seguros e Previdência S.A., a qual foi homologada pela decisão de f. 58.

O réu, Banco do Brasil S.A., apresentou contestação às f. 61/83, arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial e falta de interesse de agir. No mérito, asseverou que o autor, quando do resgate do valor aplicado, não observou as exigências necessárias ao sucesso da operação, deixando de apresentar a conta-corrente destinatária da importância resgatada, sendo inverídica a afirmação de desaparecimento dos valores resgatados.

Afirmou que em momento algum se recusou a indicar ao autor a localização do montante antes aplicado no fundo de renda fixa. Garantiu que não se encontram presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, não havendo que se falar em dever de indenizar.

Por fim, pugnou pelo acolhimento das preliminares, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito ou, então, pela improcedência do pedido inicial.

Sobreveio sentença às f. 130/136, na qual o Magistrado singular julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando o réu a efetuar o pagamento, a esse título, de indenização no importe de R$8.000,00, corrigida pela tabela da CGJ-MG, a partir da publicação desta decisão, mais juros de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC.

Inconformado, o Banco do Brasil S.A. interpôs recurso de apelação às f. 137/146, afirmando que os transtornos vividos pelo apelado se deram por culpa exclusiva dele, que não requereu de forma correta o resgate de suas aplicações. Destacou que não houve a comprovação da existência de qualquer dano que atingisse a honra do autor.

Evidenciou que, para a configuração de dano moral, é necessária a existência de um acontecimento que fuja à normalidade e interfira no comportamento psicológico do indivíduo de forma significativa.

Ao final, pediu o provimento do recurso, reformando-se a sentença de primeiro grau para que seja julgado improcedente o pedido de indenização por dano moral.

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às f. 150/153, batendo-se pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inicialmente, observo que o autor ajuizou a presente ação afirmando que realizou uma aplicação junto ao banco requerido e, quando requereu seu resgate, verificou o desaparecimento do dinheiro.

Por sua vez, o banco réu aduziu que o autor não observou as exigências necessárias para que obtivesse sucesso na operação, uma vez que deixou de apresentar a conta-corrente destinatária da importância resgatada.

Assim, não nega o réu que deixou de transferir o dinheiro aplicado pelo autor, restando incontroverso nos autos que o resgate da aplicação não se efetuou na data requerida pelo autor, sendo devolvido o dinheiro apenas depois de algum tempo.

Ora, é certo que cabia ao banco réu desenvolver seu serviço de forma satisfatória e responsável, procedendo de modo diligente em seus negócios e adotando procedimentos que afastassem a possibilidade de ocorrência de atos capazes de causar danos a terceiros, devendo estar munido de informações seguras, para não submeter seus clientes a situações gravosas.

Contudo, em que pese o autor ter afirmado na inicial que teve sua moral e imagem abaladas, o desaparecimento do dinheiro resgatado de aplicação, com posterior devolução, por si só não tem o condão de ensejar a reparação pelo alegado dano moral, tratando-se de mero aborrecimento.

Nesse sentido:

> Ementa: Apelação cível. Negócio jurídico bancário. Ação de indenização por dano moral. Inocorrência de sumiço de dinheiro da conta do autor. Inexistência de situação que configure ato ilícito por parte do banco réu. Descabimento do dever de indenizar. - Pelo contexto probatório existente no feito, verifica-se que, na mesma data em que o autor procedeu ao depósito de determinada quantia, também procedeu à transferência de valores para uma empresa; logo, constata-se que o dinheiro não desapareceu da sua conta, mas foi destinado a cumprir ordem de transferência emanada do próprio demandante. Assim, vê-se que não houve a prática de ato ilícito por parte do banco réu, tampouco dano moral ao autor. Apelação desprovida. (TJRS, AC nº 70016413742, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, J. em 18.7.2007.)

Impõe-se destacar que, 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.

Da mesma forma, é indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar na 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.

A respeito do tema, elucida Aguiar Dias:

> 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 contrassenso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral. (In *A reparação civil*, v. II, p. 737.)

Frise-se que, apesar de a Constituição da República garantir a todos o direito de ação, os danos morais não podem ser banalizados, transformando-se em objeto de inúmeras ações que abarrotam o Poder Judiciário, muitas delas absolutamente descabidas, revelando o intento pernicioso dos autores dessas demandas, que visam a pretensões absurdas.

Nesse sentido, reproduzo trecho do voto proferido pelo Desembargador Tarcísio Martins Costa, componente da 9ª Câmara Cível deste Tribunal:

> A bem da verdade, o que se dessume destes autos, *cum maxima permissa venia*, é nada mais do que uma aventura jurídica, como sempre, sob os auspícios da gratuidade de justiça. O pedido de indenização, por dano moral e material, além de inusitado, mostra-se completamente desarrazoado, a reforçar o cuidado que deve ter o julgador na análise de questões desse jaez. Com efeito, resta aqui evidenciado que o conceito de moral cada vez mais se confunde com valor monetário. Aliás, nunca as pessoas estiveram tão sensíveis e os conceitos de moral e de honra - valores de extrema subjetividade do ser humano -, talvez sob a influência do sistema, estão sendo relegados a critérios eminentemente objetivos, o que induz as pessoas à busca desenfreada de obtenção de vantagem financeira ao fito de compensar os seus menores melindres.
>
> Não se nega, com certeza, que o dano moral deva ser indenizado, mas o que não se tolera é que o pedido represente uma afronta ao Direito e à Justiça. (Extinto TAMG, AC nº 2.0000.00.448253-3/000, J. em 3.9.2004.)

O pedido indenizatório deve ser pautado por uma pretensão justificada, marcada pela razoabilidade e conveniência. E, se assim não for, imperiosa a total improcedência do pedido.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, reformando a sentença de primeiro grau para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$1.000,00, suspensa a exigibilidade em decorrência da concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Custas recursais pelo apelado, ressalvando-se o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Citação - Demora - Culpa da máquina judiciária - Prescrição - Não ocorrência

Ementa: Apelação cível. Demora na citação. Culpa da máquina judiciária. Prescrição. Inocorrência. Recurso provido.

- Se a Fazenda Pública propõe a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação por motivos alheios à sua vontade - deficiência da máquina judiciária - obsta o acolhimento da arguição de prescrição, tendo como amparo o disposto na Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.01.010383-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Fazenda Pública do Município de Juiz Fora - Apelado: Espólio de Rubens Castro Paulo de Magalhães Júnior - 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 Vieira de Brito, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 25 de março de 2010. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Trata-se de apelação interposta contra a r decisão de f. 25/27, que extinguiu os créditos tributários pela prescrição.

Em suas razões, sustenta o apelante (f. 28/34) que não há citação pessoal do representante da Fazenda Pública, tendo o lapso temporal transcorrido em razão de erro do Judiciário.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Eis o relatório.

Conheço de recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos, verifica-se que a presente ação fiscal foi proposta em 21.05.2001, como se depreende da certidão de f. 05, tendo o Magistrado *a quo* determinado a citação do devedor em 11.10.2001.

Restando infrutífera a citação (f. 07) e apesar de constar a abertura de vista à Fazenda municipal (f. 09), não foi realizada a intimação pessoal, existindo nos autos apenas o carimbo de tal diligência, sem qualquer assinatura.

Certo é que a Lei de Execuções Fiscais prevê em seu art. 25 a intimação pessoal da Fazenda Pública, dispondo da seguinte forma:

> Art. 25 Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.
> Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

No caso em apreço, não foi citada a Fazenda Pública para tomar ciência acerca da ausência de citação do devedor, tendo se manifestado apenas em 09.04.2007, como se verifica à f. 10, pugnando pela suspensão do feito nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80.

Se a inércia ocorreu de lamentável ineficiência da máquina judiciária, não se justifica punir a parte, declarando a prescrição, porquanto não restou caracterizada a omissão, a desídia do exequente a dar ensejo à contagem do prazo prescricional.

Nessa linha de raciocínio, dispõe a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça:

> Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência.

Dessarte, tendo a Fazenda proposto a execução antes de operada a prescrição, isto é, dentro do prazo correto, não pode se ver prejudicada em razão da demora da máquina judiciária em realizar a citação do ora apelado.

Nesse sentido, segue o aresto a seguir compilado; se não vejamos:

> Tributário. Processual civil. Demora na citação. Mecanismo judiciário. Prescrição não caracterizada. Súmulas 106 e 07/STJ.
> 1. Embora a jurisprudência do STJ seja no sentido de que, em execução fiscal, o despacho que ordenar a citação não interrompe a prescrição, uma vez que somente a citação pessoal teria esse efeito, não é menos correto afirmar que, se a ação foi proposta dentro do prazo e a demora na citação deu-se por motivos inerentes ao mecanismo judiciário, não se deve decretar a prescrição, mormente quando a empresa não atualizou o endereço junto ao cadastro do CNPJ (Súmula 106/STJ).
> 2. O juízo de origem valeu-se de análise do contexto fático-probatório do feito para decidir que a demora na citação da recorrente se deu por culpa do andamento moroso da máquina judiciária e da negligência da recorrente, e não por desídia da Fazenda Nacional. O acolhimento da pretensão recursal demandaria entrar em matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
> Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp 982024/RS - Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0204200-4 - 2ª Turma - Ministro Humberto Martins - Julgamento: 22.04.2008.)

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para afastar a prescrição declarada e determinar o prosseguimento da execução.

Custas, *ex lege*.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO BOTELHO - *Data venia* do douto entendimento do em. Relator e consoante o posicionamento que, reiteradamente, venho adotando neste Colegiado, sobre prescrição intercorrente e mesmo sobre pretensão executória do crédito tributário, tenho que os dados da r. Súmula nº 106/STJ hão de ser ponderados e aplicados com comedimento.

Isso porque, editada há mais de 15 anos (em 1994) e, à época, inspirada na Súmula nº 78 do extinto TFR - Tribunal Federal de Recurso, viu-se, seis meses após sua edição, já superada pela nova redação do art. 219, § 2º, do CPC, dada pela Lei 8.952/1994, *in verbis*:

> Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
> [...]
> § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.
> [...].

Como se vê da própria expressão contida na oração derradeira do período que compõe o citado § 2º do art. 219 do CPC - "[...] não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário [...]" - que colide com a da citada Súmula nº 106/STJ, mostra-se inequívoco que o precedente daquela norma judiciária, porque anterior, cede à expressividade da posterior norma congressual, da lei em sentindo formal e material.

Pois esta, como dito e expresso nela própria, ao contrário de sacrificar, resguarda, ressalva, da "[...] demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário", o interesse da parte executada, o que significa dizer, em sentido oposto, que, afora demonstração, positiva e líquida, de atraso processual imputável à própria parte executada, presume-se a inocência desta, e, por consequência, o transcurso, em seu favor, do prazo imputável ao serviço judiciário.

Já não pudesse ser esta a visão de interpretação atual da antiga Súmula nº 106/STJ e não se considerasse sua integral superação pela mencionada Lei 8.952/1994, ter-se-ia, ainda, de considerar que específica norma complementar também posterior, editada esta em 09.02.2005, qual seja a Lei Complementar 118, deu nova redação ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, a partir de quando se passou a preconizar que o despacho que ordena o ato citatório por si só interrompe a prescrição, circunstância legal que, sendo atual, e inexistente à época da edição da Súmula nº 106/STJ, desautoriza aplicação isolada do precedente judiciário relativamente à demora na citação em executivo fiscal, uma vez que o efeito interruptivo da prescrição foi trazido e antecipado, neste tema, pelo próprio legislador, para o ato judicial que comanda a citação do réu.

O art. 174/CTN:

> Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
> Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
> I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005)
> II - pelo protesto judicial;
> III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
> IV - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Por tudo, tenho que inaplicável, ao caso presente, a Súmula nº 106/STJ.

Por consequência, e porque positivado, no caso presente, o transcurso do quinquênio prescricional antes de ultimada a citação, presente se mostra a prescrição, pelo que improvejo o recurso.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Testamento - Ministério Público - Intervenção no segundo grau de jurisdição - Ausência de manifestação no primeiro grau - Irregularidade sanável - Testadora - último ato de vontade - Ausência de vícios - Prova da perfeita razão da testadora - Velhice - Irrelevância

Ementa: Testamento. Nulidade alegada por ausência de participação do Ministério Público em primeiro grau. Validade da intervenção efetivada na instância de origem, secundada pela manifestação de primeiro grau. Ausência de vícios do último ato de vontade da testadora. A velhice não é sinônimo de moléstia mental, se a prova afirma a perfeita razão da testadora.

- Conforme tem reiterado a jurisprudência do STJ, a intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem alegar nulidade nem prejuízo, supre a falta de manifestação do Órgão Ministerial de primeira instância, não sendo causa de nulidade do processo. (REsp 204825/RR - Relatora Ministra Laurita Vaz - Segunda Turma - j. em 17.09.2002 - Data da publicação/fonte: *DJ* de15.12.2003, p. 245.)

- Em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que

tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos. (STJ - AgRg no Ag 570748/SC - Relator Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Julg. em 10.04.2007 - Data da publicação/fonte: *DJ* de 04.06.2007, p. 340/*RNDJ* , v. 92, p. 97.)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0051.05.013322-5/002 - Comarca de Bambuí - Apelante: Maria José Chaves - Apelados: João Calimério da Cunha e outros - 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 Edivaldo George dos Santos, 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 março de 2010. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquiquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. Luiz Carlos B. Barbosa.

DES. WANDER MAROTTA - Acuso recebimento de memorial.

Maria José Chaves interpôs recurso de apelação contra a r. decisão de f. 136/138, que extinguiu, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam* a ação de anulação do testamento deixado por Salvina Chaves de Andrade, ajuizada contra José Calimério da Cunha, João Calimério da Cunha, Sebastião Calimério da Cunha e Maria Xavier Ribeiro.

Foi este recurso julgado pela 7ª Câmara deste Tribunal em 01.07.2008, ocasião em que foi cassada a sentença e determinada a remessa dos autos ao Juízo de origem para que fosse proferida sentença de mérito (f. 178/184).

O MM. Juiz julgou, então, improcedente o pedido contido na inicial (f. 190/192).

Contra esta nova sentença Maria José Chaves interpôs outro recurso de apelação (f. 196/204). Argui a nulidade de todo o processo por ausência da participação do representante do Ministério Público, tendo em vista o disposto no art. 82 do CPC; e, no mérito, pugna pela reforma da sentença ao fundamento de que o testamento teria violado o disposto nos arts. 1.868, parágrafo único, e 1.903 do Código Civil, o que lhe impõe a anulação, tendo em vista os arts. 138, 139, inciso I; 166, incisos I e II, do mesmo diploma legal.

Conheço do recurso.

A preliminar não merece acolhida.

Como bem anota o ilustre Procurador de Justiça, "[...] o órgão de execução do *Parquet* oficiante no primeiro grau de jurisdição apresentou o criterioso pronunciamento de f. 130/135, examinando todos os aspectos jurígenos da questão controvertida" (f. 265), não havendo que se falar, assim, em violação ao disposto no art. 82 do CPC. De outro lado, como consta do mesmo parecer, "[...] a interveniência do Procurador de Justiça signatário supre a eventual participação incompleta do Ministério Público na causa" (f. 265), sendo pacífico o entendimento do STJ nesse sentido. *Mutatis mutandis*, confirma-se:

> A ausência de intimação do Ministério Público Federal em feito que versa sobre desapropriação para fins de reforma agrária pode ser suprida pela manifestação do *Parquet* em segunda instância, não havendo prejuízo para as partes (REsp 604.264/RN, *DJ* de 1º.02.2006).

Conforme tem reiterado a jurisprudência do STJ, a intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem alegar nulidade nem prejuízo, supre a falta de manifestação do Órgão Ministerial de primeira instância, não sendo causa de nulidade do processo. (REsp 204825/RR - Relatora Ministra Laurita Vaz - Segunda Turma - j. em 17.09.2002 - Data da publicação/fonte: *DJ* de 15.12.2003, p. 245.)

> Processo civil. Intervenção do Ministério Público no segundo grau de jurisdição. Ausência de manifestação no primeiro grau. Irregularidade sanável. Arts. 84 e 246, CPC.
> [...]
> VI - A intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem argüir nulidade nem prejuízo, supre a falta de intervenção do *Parquet* na primeira instância, não acarretando a nulidade do processo. (REsp 241.813, *DJ* de 02.02.2002, p. 372, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.)

> Alimentos. Ministério Público. Manifestação depois da apelação (falta). Suprimento em segundo grau.
> A unicidade do Ministério Público garante a possibilidade de ser cumprida a finalidade de sua intervenção com a manifestação do Dr. Procurador da Justiça em segundo grau, se não demonstrado que disso decorre efetivo prejuízo ao processo. A decretação do retorno dos autos à origem para colher-se o parecer do Dr. Promotor de Justiça, além da procrastinação, seria simples apego ao formalismo, pois tudo o que poderia ser dito pela instituição certamente constaria do parecer do Dr. Procurador da Justiça, e tanto uma quanto outra alegação seria apreciada pela mesma Câmara. Alimentandos que, com a diligência, contariam ao tempo do novo julgamento idade superior aos 21 anos. A maioria da Turma preferiu restringir o julgamento a esse último fundamento, por si suficiente.
> Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido. (REsp 279.176/RS, *DJ* de 12.03.2001, p. 148, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.)

Além de ter o *Parquet* participado do processo em primeiro grau, eventual nulidade do processo por ausência de sua intervenção restou sanada com a manifestação do Procurador de Justiça, em segundo grau, que expressamente pugna pela rejeição da preliminar argui-

da, afirmando não ter havido qualquer nulidade ou prejuízo.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente. Também ouvi, com atenção, a sustentação oral.

Ponho-me de acordo com o Relator.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - No mérito, melhor sorte não assiste à apelante.

O irmão de Salvina Chaves de Andrade afirma, na inicial, ser o testamento por ela deixado nulo pelos seguintes motivos:

- a testadora, ao elaborar seu testamento, já tinha 77 anos e estava com a saúde e memória debilitadas;

- ela deixou a casa de morada localizada na Rua Goiás, nº 40, na cidade de Bambuí, bem como os móveis e utensílios que guarneciam a sua casa de morada para sua empregada doméstica, Maria das Graças Santana, estabelecendo que, caso a beneficiária ingressasse com ações trabalhistas contra a falecida, o presente legado ficaria sem efeito. Foi determinado, ainda, que 4 relógios existentes na residência da *de cujus* fossem partilhados entre os sobrinhos José Calimério da Cunha, João Calimério da Cunha, Sebastião Calimério da Cunha e Maria Xavier Ribeiro; e, ainda, que fossem partilhados entre eles, os demais bens, inclusive ramais telefônicos. Não foi feita menção aos imóveis ou ao dinheiro deixado pela testadora, entendendo o autor que teria direito ao imóvel rural de propriedade da falecida tia e que é nulo o testamento por favorecer pessoas não legitimadas a suceder.

Data venia, não há que se falar em nulidade por incapacidade, sendo o Código Civil expresso no sentido de que:

> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.
> Art. 139. O erro é substancial quando:
> I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;
> [...]
> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
> I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
> II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
> [...]
> Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:
> I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
> II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;
> III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;
> IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.
> Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.
> [...]
> Art. 1.903. O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se.

Não há demonstração, neste caso, de que o testamento tenha emanado de erro substancial da falecida; ou de que esta, quando da feitura do testamento, estava incapaz ou que o objeto testado fosse ilícito, impossível ou indeterminável.

Tal como leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> [...] A velhice, por si só, não gera incapacidade. Enquanto houver discernimento, há capacidade. O mesmo se diga a respeito do enfermo, ainda que moribundo. [...] A capacidade de testar requer a capacidade de mente, não do corpo. Da mesma forma a ira, a cólera, o ódio ou euforia e alegria não constituem fatores isolados de nulidade.
> A questão sempre se resumirá no exame do discernimento no momento da feitura do testamento e, em última análise, poderá servir de auxiliar na interpretação da vontade testamentária (*Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed., São Paulo: Atlas Ed., 2005, p. 206).

Deve ser ressaltado que as testemunhas ouvidas foram unânimes ao afirmar que a Sr.ª Salvina era perfeitamente lúcida (f. 73/78).

De outro lado, ainda nos termos do Código Civil em vigor:

> Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.
> [...]
> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
> § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.
> § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.
> [...]
> Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.
> Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.
> Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.
> [...]
> Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

> [...]
> Art. 1.900. É nula a disposição:
> I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;
> II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
> III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
> IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
> V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.
> [...]
> Art. 1.909. São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.
> Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.
> Art. 1.910. A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.
> [...]
> Art. 1.977. O testador pode conceder ao testamenteiro a posse e a administração da herança, ou de parte dela, não havendo cônjuge ou herdeiros necessários.
> Parágrafo único. Qualquer herdeiro pode requerer partilha imediata, ou devolução da herança, habilitando o testamenteiro com os meios necessários para o cumprimento dos legados, ou dando caução de prestá-los.

A testadora era casada com Raimundo Crscoulo em regime de separação de bens e quando de sua morte já estava dele separada judicialmente (f. 09). Ela é filha de Francisco Leopoldino Chaves e Maria Lina Chaves e faleceu em 20.05.2005 (f. 09).

O autor, por sua vez, é filho Olímpio José Chaves, irmão da testadora, e de Maria Laudelina da Silva.

Temos, portanto, que é a testadora tia do apelante. Têm eles um parentesco em 3º grau, não sendo ele herdeiro necessário da falecida, pois, nos termos do art. 1.845 do CC, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Assim, tinha a falecida plena liberdade para dispor sobre seus bens da forma que bem entendesse, não tendo ela deixado descendentes, ascendentes ou cônjuges.

O autor poderia não ser contemplado no testamento, nos exatos termos do art. 1.977 c/c 1.845 e 1.850 do CC, não havendo nenhuma nulidade ou ilegalidade neste ato.

De outro lado, os arts. 1.897 e 1.903 admitem a nomeação de herdeiro ou legatário sob condição. A condição imposta a Maria das Graças Santana, que trabalhava como sua empregada doméstica, não pode ser considerada ilícita, impossível, incompreensível ou contraditória. O art. 1.901, aliás, admite expressamente o legado "em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado" (inciso II). Assim, não merece acolhida a tese de que "[...] disposições testamentária não podem ser feitas sob condições".

Inúmeros testamentos - até mesmo alguns historicamente conhecidos, como o de Marília de Dirceu - assim já dispunham a respeito, desde há séculos.

De qualquer forma, a legatária, Maria das Graças Santana, não figura no polo passivo da presente ação, tendo optado o autor por ajuizá-la apenas contra os sobrinhos da falecida beneficiados com o testamento. Assim, não pode ser analisada a questão da nulidade do legado na presente ação.

A autora fez menção a todos os seus bens e à forma como queria distribuí-los; e as testemunhas ouvidas foram unânimes em afirmar que a falecida Salvina, quando de seu óbito, gozava de perfeita saúde mental (f. 73/78).

A tese de que ela "[...] não fez menção aos bens imóveis que deixara e nem mesmo ao dinheiro", que, em regra, deveria ser "[...] dividido com os demais herdeiros, inclusive o autor", tampouco merece acolhida. A testemunha ouvida à f. 73 afirma que era vontade da falecida deixar seus bens para os 4 requeridos arrolados na inicial e a casa de morada para sua empregada; e, segundo informação da Promotora de Justiça (f. 130/135) e do Juiz, no testamento ela afirmou expressamente que todos os bens que ali não estavam especificados - os demais bens, sejam eles móveis ou imóveis - passariam a pertencer aos quatro sobrinhos mencionados no testamento.

Não se justifica, assim, a invalidação do testamento. Ao contrário do que foi afirmado, a testadora, quando do ato, estava em pleno gozo de suas capacidades mentais e tinha pleno discernimento de seus atos, sendo a prova testemunhal unânime nesse sentido.

De outro lado, não se desincumbiu o autor do ônus de demonstrar que teria ocorrido erro quanto ao objeto principal da declaração contido no ato testamentário, não havendo necessidade de o testador descrever minunciosamente todos os seus bens. Pode ele afirmar que os bens não relacionados individualizadamente no ato de última vontade sejam partilhados entre os beneficiados pelo mesmo ato.

Não há, tampouco, provas de que houve erro na designação dos herdeiros, legatários ou da coisa legada, lembrando que, nos termos do art. 333 do CPC e dos artigos da lei civil já mencionados, caberia ao autor comprovar a existência de tais vícios.

Sem essa prova, é de ser julgado improcedente o pedido contido na inicial.

Mutatis mutandis:

> Agravo interno. Ação de anulação de testamento cerrado. Inobservância de formalidades legais. Reexame de prova. Súmula 7/STJ.
> I - A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado aos

autos, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o Enunciado 7 da Súmula desta Corte.
II - Em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos. (STJ - AgRg no Ag 570748/SC - Relator Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Julg. em 10.04.2007 - Data da publicação/fonte: *DJ* de 04.06.2007, p. 340/ *RNDJ*, v. 92, p. 97.)

Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do *de cujus*, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia. (STJ - REsp 828616/MG - Relator Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Julg. em 05.09.2006 - Data da publicação/fonte: *DJ* de 23.10.2006, p. 313 - *RB*, v. 517, p. 23.)

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo com o Relator.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Agravo de instrumento - Liminar - Titular de marca - Registro no INPI - Semelhança de nomenclaturas - Empresa diversa - Utilização - Confusão entre os consumidores - Abstenção do uso da marca

Ementa: Agravo de instrumento. Liminar. Titular de marca registrada no INPI. Utilização de nomenclatura semelhante por outra empresa. Confusão entre os consumidores. Abstenção do uso da marca.

- Tendo em vista que a utilização das marcas "Lisa pé" de propriedade da agravante e "Alisa pé", utilizadas pela agravada, cujo registro lhe foi indeferido, tem causado confusão entre os consumidores ante a semelhança das nomenclaturas, é lícito que a agravante obtenha a suspensão do uso da referida marca pela agravada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.0309-93-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Elza Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda. - Agravada: Depelderme Produtos de Beleza Ltda. - 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 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, 23 de março de 2010. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Elza - Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda. a fim de reverter a decisão proferida pelo douto Juízo *a quo*, Genil Anacleto Rodrigues Filho (f. 54-TJ), que indeferiu o pedido liminar em que pretendia o autor que fosse determinado à ré que suspendesse o uso da marca "Lisa pé" em todos os seus produtos, papéis, impressos, propagandas e quaisquer artigos do gênero, até decisão final do recurso, sob pena de multa diária no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), ao argumento de que é proprietária da referida marca e que a semelhança entre as nomenclaturas lhe tem gerado transtornos, uma vez que confunde os consumidores.

A parte agravante requer o provimento do presente recurso para que seja deferida a liminar requerida ordenando à agravada que suspenda o uso da marca "Lisa pé" em todos os seus produtos, sob pena de multa diária no valor de R$10.000,00 (dez mil reais). Alega que deve ser deferida a liminar com fulcro no disposto no art. 209 da Lei 9.279/96, e não nos termos do art. 273 do CPC.

Foi indeferido o pedido de tutela antecipada recursal.

Restou dispensada a intimação da parte agravada para apresentar resposta, tendo em vista que a relação processual ainda não se havia aperfeiçoado.

É o relatório. Passo a decidir.

A agravante sustenta a necessidade de deferir a liminar pleiteada com fulcro no art. 209 da Lei 9.279/96, que trata dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Com razão a agravante.

O direito à proteção da marca é assegurado pela Constituição da República, no art. 5º, inciso XXIX, da Carta Magna de 1988, *in verbis:*

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liber-

> dade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A finalidade da proteção conferida pela lei é proteger os direitos do consumidor bem como a clientela da empresa, impedindo a prática da concorrência desleal.

Sobre o tema, oportuna a lição da ilustre professora Izabel Vaz:

> Uma marca de fábrica ou de comércio é um sinal destinado a distinguir os produtos de uma empresa industrial ou comercial ou de um grupo de tais empresas, tal qual o fazem as 'marcas de serviço' em relação aos serviços. Este sinal pode ser constituído por uma ou várias palavras, letras, números, desenhos ou imagens, emblemas, monogramas ou assinaturas, cores ou combinações de cores distintas. De acordo com algumas legislações, ele pode igualmente configurar uma forma ou qualquer outro detalhe de apresentação do produto ou da embalagem destinada ao produto, contanto que não sejam unicamente ditados por sua função. O sinal pode ainda consistir em combinações de qualquer dos elementos citados.
> Quando uma marca é protegida, nenhuma pessoa ou empresa, senão a que a possui, pode usá-la, ou usar a marca apresentando semelhanças capazes de provocar confusão no espírito do público - ao menos quanto a produtos e serviços suscetíveis de prestar-se a tal confusão (in: *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 429).

O art. 129 da Lei 9.279/96 dispõe sobre a aquisição do direito de uso exclusivo das marcas:

> Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Compulsando-se os autos e em consulta feita ao *site* do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, verifica-se que, de fato, a agravante possui o registro da marca "Lisa pé", sob os números 824427815 e 900286172.

E, conforme é sabido, o princípio da especificidade deve ser respeitado no processo de registro de marca junto ao INPI. Ou seja, não haverá o registro da marca se esta implicar confusão entre os consumidores acerca dos produtos ou serviços disponíveis no mercado. Assim, a proteção da marca registrada é restrita ao segmento dos produtos ou serviços a que pertence o objeto marcado.

Assim, a agravante sustenta que enviou à agravada a notificação extrajudicial de f. 49/51-TJ, requerendo que esta suspendesse o uso da marca "Lisa pé", retirando-a das embalagens, impressos, etiquetas, cartazes, tabuletas, letreiros, anúncios e propagandas.

Entretanto, alega a agravante que a agravada não tomou qualquer medida a respeito da sua solicitação, sendo que os consumidores continuam confundindo os produtos da marca "Alisa pé" e "Lisa pé".

A agravante colacionou ainda às f. 42/43-TJ uma reclamação apresentada por uma consumidora que adquiriu o produto "Lisa pé", e este não produziu o efeito desejado. Entretanto, a consumidora informou que se tratava de um produto fabricado por "Depelderme produtos de beleza", e não pela agravante, o que comprova que, de fato, as nomenclaturas "Lisa pé" e "Alisa pé" podem gerar confusão aos consumidores, induzindo-os a erro.

O § 1° do art. 209 da Lei 9.279/96, por sua vez, assim dispõe:

> Art. 209. [...]
> § 1° Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

Assim, entendo que, no presente caso, estão presentes os requisitos necessários à concessão da liminar requerida, isso porque restou demonstrado que o registro da marca "Lisa pé" é de propriedade da agravante, e que a utilização da marca "Alisa pé" pela agravada tem causado confusão nos consumidores, conforme se observa da reclamação formulada pela consumidora às f. 42/43-TJ.

Além disso, cumpre ressaltar que, à f. 39-TJ, verifica-se que o pedido de registro da marca "Alisa pé", formulado pela agravada foi indeferido, sendo tal pedido arquivado ante o decurso do prazo para interposição de recurso, com fulcro nos incisos VI e XIX do art. 124 da Lei 9.279/96 em razão do registro anterior de n° 824427815, pertencente à agravante.

Assim dispõem os incisos VI e XIX do art. 124 da lei supracitada:

> Art. 124. Não são registráveis como marca:
> [...]
> VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
> [...]
> XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.

Dessa feita, tem-se que foi indeferido pelo INPI o pedido de registro da marca "Alisa pé" requerido pela agravada ante a impossibilidade de se registrar como marca a reprodução ou imitação de marca alheia registrada.

Assim, deve-se deferir o pedido liminar para que a agravada suspenda a utilização da marca "Lisa pé" em todos os seus produtos, uma vez que a sua utilização tem causado confusão entre os consumidores.

Esse é o entendimento do nosso eg. TJMG:

> Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Marca. Colidência. Concorrência desleal. Não configuração. Improcedência do pedido. Decisão que se mantém. - O direito à proteção da marca constitui garantia constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXIX, sendo ainda assegurado pela Lei 9.279/96 e tem por finalidade resguardar os direitos do consumidor bem como a clientela da empresa. Entende-se por marca o sinal ou expressão destinados a individualizar produtos ou serviços. A similitude das marcas de produto farmacêutico em razão da utilização de radical indicativo do princípio ativo do medicamento não configura concorrência desleal. Número do processo: 1.0027.02.005399-0/001. Relator: Selma Marques; j. em 28.02.2007; p. em 11.04.2007.
>
> Ementa: Nome comercial. Registro anterior na junta comercial. Pedido de registro da marca no INPI. Utilização do nome por outra empresa. Mesma atividade. Registro posterior. Garantia de proteção à primeira. Abstenção de nome. - A autorização para o uso do nome comercial depende apenas de seu cadastro e arquivamento em uma das Juntas Comerciais de um dos Estados da Federação, diversamente da marca que exige registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). A doutrina e jurisprudência sedimentadas primam pela proteção da marca, com o objetivo de reprimir a concorrência desleal, evitando possibilitar a confusão do consumidor no momento de adquirir produtos ou serviços. Tendo determinada empresa registrado o nome em uma das juntas comerciais do País e, igualmente, requerido o registro da marca perante o INPI, assiste-lhe o direito de exigir que outra empresa, especialmente no exercício da mesma atividade, se abstenha de se utilizar do mesmo nome ou marca. Número do processo: 1.0024.06.035115-2/001. Relator: Antônio de Pádua; j. em 05.06.2008; p. em 1º.07.2008.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e conceder o pedido liminar para determinar que a agravada promova a imediata suspensão do uso da marca "Lisa pé" em todos os seus produtos, papéis, impressos, propagandas e quaisquer artigos do gênero, sob pena de multa diária no importe de R$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R$10.00,00 (dez mil reais), que deverá incidir a partir do 10º dia contado da intimação desta determinação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Reintegração de posse - Agravo retido - Justiça gratuita indeferida - Mérito - Transferência de permissão de táxi - Não constitui objeto da lide - Impossibilidade de transferência sem consentimento do Poder Público

Ementa: Apelação. Embargos de terceiro. Reintegração de posse. Agravo retido. Justiça gratuita. Indeferida. Mérito. Transferência de permissão de táxi. Não constitui objeto da lide. Impossiblidade de transferência sem consentimento do Poder Público. Apelação provida.

- O requerimento da justiça gratuita pode ser feito a qualquer tempo e grau de jurisdição. Contudo, tratando-se de reiteração de pedido já indeferido, mister que o requerente prove mudança na sua situação financeira de modo a merecer o benefício.

- O cumprimento da sentença deve-se ater aos limites da decisão a ser cumprida, não se incluindo no pedido nem na condenação a transferência da permissão de táxi, deve ser excluído do mandado de reintegração tal determinação.

- A permissão é ato administrativo negocial, discricionário e precário deferida *intuitu personae* e, como tal, não admite a substituição do permissionário, nem possibilita o trespasse do serviço permitido a terceiros sem prévio consentimento do permitente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.197342-6/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Pedro Amaro de Moura - Apelado: Luiz Eugênio Vieira - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DE F. 147/151-TJ E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 4 de agosto de 2010. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES (Relator) - Cuida a espécie de apelação interposta por Pedro Amaro de Moura em face da r. sentença de f. 220/227-TJ, que, nos autos dos embargos de terceiro opostos a Luiz Eugênio Vieira, julgou improcedentes os embargos de terceiro e condenou o embargante, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Foram aviados embargos de declaração, sendo os primeiros pelo réu (f. 225/230-TJ) e os últimos pelo autor (f. 232/234-TJ). Pela decisão de f. 235-TJ foram acolhidos os primeiros embargos para sanar erro material na sentença e rejeitados os embargos do autor.

Em suas razões de f. 237/245-TJ, o apelante insurge-se contra a r. sentença ao argumento de que, na ação de reintegração de posse, a questão girou exclusivamente em torno da propriedade do veículo Opala Comodoro SLE, então emplacado como táxi, não abarcando a placa/permissão, tanto que à f. 238-TJ foi indeferido o pedido de expedição de mandado em relação à placa. Mas alega que, estranhamente, após renovação pelo requerido, tal pedido foi deferido à f. 244-TJ e expedido mandado neste sentido (f. 262-TJ). E, depois de alertar o juízo acerca do equívoco, houve retratação à f. 261-TJ, mantendo a decisão de f. 238-TJ. Ocorre que o impedimento sobre a placa permanece até hoje, impossibilitando o verdadeiro detentor da permissão de geri-la da forma que melhor lhe convém. Salienta que o DER/MG tem se recusado a reintegrar o apelado na posse da permissão ao argumento de que ele nunca fora detentor da mesma. Assim, alega que os mandados de reintegração da permissão ultrapassam os limites do mandamento jurisdicional exarado nos autos da reintegração de posse do veículo. E, diante da tentativa ardilosa do apelado de se apoderar da permissão de táxi, requer a aplicação das sanções por litigância de má-fé. Pugna pelo provimento do recurso.

Preparo à f. 246-TJ.

Contrarrazões às f. 296/304-TJ, requerendo preambularmente a apreciação do agravo de instrumento retido (*sic*) de f. 147/151-TJ e o desentranhamento dos documentos juntados com apelação que não se tratam de documentos novos. No mérito, em síntese, pela negativa de provimento ao recurso.

Foi interposto agravo de instrumento pelo apelante contra a decisão de f. 292-TJ, que recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo, dando a 10ª Câmara Cível provimento ao agravo (f. 331/336-TJ) para receber o apelo em ambos os efeitos.

Vieram-me os autos conclusos, oportunidade em que determinei a redistribuição do feito em razão da prevenção da 10ª Câmara Cível (f. 343-TJ).

Recebidos os autos pelo em. Des. Cabral da Silva, o nobre Colega entendeu pela prevenção do em. Des. Aluízio Pacheco, remetendo os autos a este (f. 347-TJ). À f. 353-TJ, foi suscitado conflito de competência.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 362/365-TJ opinando pela competência do em. Des. Caetano Levi Lopes ou, alternativamente, de quem lhe faça as vezes na 10ª Câmara Cível.

Não obstante, a primeira Vice-Presidência decidiu monocraticamente pela competência da 11ª Câmara Cível, especificamente deste Relator, por prevenção (f. 367/368-TJ).

Deixando de lado maiores digressões, acolho a competência.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Agravo retido de f. 147/151-TJ.

O agravante interpôs agravo de instrumento retido (*sic*) contra a decisão de f. 136-TJ, que manteve o indeferimento do benefício pelos próprios fundamentos da decisão de f. 09 do Processo nº 0024.02.682422-7.

Inicialmente insta ressaltar que o agravo é de instrumento ou retido, nunca os dois ao mesmo tempo. Assim, incorreta a nomenclatura dada ao recurso pelo agravante. Não obstante, considerando o seu processamento pelo Juiz singular como retido, assim o considero.

Pois bem.

Na verdade, trata-se de pedido de reconsideração, tanto que o Juiz afirmou que se cuida de pedido reiterado, mantendo a decisão anterior. Portanto, em se tratando de reconsideração, o agravo não deveria ser conhecido, pois o recorrente deveria ter se insurgido a tempo e a modo contra a primeira decisão que lhe negou o benefício. Assim não o fazendo, opera-se a preclusão.

Ocorre que, em se tratando de justiça gratuita, que pode ser requerida a qualquer tempo e grau de jurisdição, há que se fazer uma exceção à preclusão do direito, qual seja aquele que requer o benefício deve provar a mudança de sua situação econômica, de modo a fazer jus ao deferimento do beneplácito pleiteado. Assim, vem decidindo a reiterada jurisprudência.

Entrementes, no caso, embora o agravante alegue que não tem condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu sustento e de sua família, nenhuma prova trouxe aos autos acerca da mudança de sua situação financeira em relação àquele período em que o benefício lhe fora outrora indeferido.

Frise-se que a mera declaração de pobreza não tem o condão de garantir ao agravante o direito ao benefício, deve provar efetivamente ser merecedor de tanto, ônus do qual não se desincumbiu, nem mesmo uma declaração de imposto de renda trouxe aos autos. A declaração de f. 152-TJ não tem força probante suficiente e não substitui documentos.

Nesse passo, nego provimento ao agravo retido mantendo a decisão agravada de f. 136-TJ por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Desentranhamento de documentos.

Requer o apelado o desentranhamento dos documentos acostados à peça recursal ao fundamento de não se tratar de documentos novos, inclusive alguns sendo repetição de outros já existentes nos autos.

Com razão o apelado.

Deveria o apelante se atentar para a norma inserta no art. 397 do Código de Processo Civil. Não sendo este o caso dos autos, determino o desentranhamento dos documentos de f. 247/291-TJ.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia ao direito do apelado de ser reintegrado na posse da permissão de táxi nº CA-5232, asseverando o apelante que esta não constituiu objeto da

ação de reintegração de posse e não está inclusa no mandamento judicial que determinou a reintegração.

Pois bem.

Antes de adentrar ao mérito propriamente dito, insta ressaltar que os embargos de terceiro se revelam ação própria e tempestiva para o intento do apelante, ficando afastada a alegação do apelado de inadequação da via eleita e malferimento da coisa julgada.

Como ressaltado na sentença, o trânsito em julgado da ação de reintegração de posse não impede o ajuizamento dos embargos, mormente quando ainda não cumprida a liminar ali deferida.

Nesse sentido, precisa a jurisprudência do STJ:

> Ação de reintegração de posse. Embargos de terceiro. Tempestividade. Coisa julgada. Precedentes da Corte.
> - 1. Já decidiu a Corte que o trânsito em julgado de sentença adotada em ação de reintegração de posse não impede o ajuizamento dos embargos de terceiro, cabíveis, assim, contra o mandado reintegratório, presente o fato de não estar cumprida a liminar antes deferida.
> - 2. O dissídio está afastado diante da Súmula nº 83 da Corte.
> 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 260002/ES - Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Órgão Julgador: Terceira Turma - Data do julgamento: 20.03.2001 - Data da publicação/fonte: *DJU* de 04.06.2001, p. 173 - *RSTJ*, v. 154, p. 290.)

A questão é de simples desate, cinge-se a verificar se a permissão de táxi foi objeto da ação reintegratória ou apenas o veículo.

Pela leitura da inicial de f. 02/05-TJ dos autos da ação reintegratória, restou claro que o pedido autoral se dirigia ao veículo automotor que não foi devolvido pelo demandado, ora apelado. Tanto que foi requerido:

> *Ex positis*, espera o autor pela total procedência do feito, sendo de imediato reintegrado na posse de seu automóvel, liminarmente, determinando-se a expedição do competente mandado de busca e apreensão, a ser cumprido no endereço do réu (f. 04-TJ).

Frise-se que não se requereu reintegração da permissão CA-5232, tanto que a mesma ainda se encontrava apenas em reserva para o adquirente do automóvel (José Francisco de Souza) até o dia 22.01.1993, conforme f. 09-TJ. Então, restou claro que a lide reintegratória se restringia apenas ao automóvel Opala Comodoro SL/E, ano 1992. Tanto que a sentença de f. 116/121-TJ sempre fundamentou no sentido de a posse ser do autor da reintegratória e, por isso, lhe deferiu a reintegração na posse do automóvel. E, conquanto a sentença tenha sido reformada pelo acórdão de f. 143/149-TJ para julgar improcedente o pedido autoral, nada se manifestou acerca da permissão de táxi, o que era de se esperar, pois esta não era objeto do pedido.

Reforça tal assertiva o documento de f. 251/252-TJ assinado pelo Procurador Chefe do DER/MG, salientando que o ora apelado nunca foi detentor da permissão em questão, logo, não haveria mesmo como ser reintegrado na posse daquilo que nunca possuiu. E ainda a decisão de f. 261-TJ revogando o despacho de f. 244-TJ, que deferia a reintegração da permissão ao apelado.

Enfim, não há nada que comprove ser a posse da permissão objeto da decisão judicial ora executada.

Por fim, registre-se que o documento de f. 25-TJ dos autos da reintegratória não tem o condão de infirmar os documentos de f. 31/38-A-TJ, pois nestes últimos a cessão da placa de táxi obedeceu aos trâmites administrativos devidos e teve publicidade garantida a terceiros, conforme publicação de f. 38-A-TJ.

E segundo doutrina autorizada:

> A permissão é ato administrativo negocial, discricionário e precário 'deferida *intuitu personae* e, como tal, não admite a substituição do permissionário, nem possibilita o trespasse do serviço permitido a terceiros sem prévio consentimento do permitente', como bem ensina Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171 e 356).

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Obrigação de fazer. Revelia. Inexistência. Julgamento *extra petita*. Alteração do pedido. Inadmissibilidade. Transferência de permissão de táxi. Ato administrativo *intuitu personae*. Inexistência de intervenção do órgão permitente. Inviabilidade. Destruição do objeto. Direito inexistente. [...] Inexistindo intervenção do órgão permitente no contrato celebrado entre o autor e o *de cujus*, inviável a pretensão de transferência da permissão de serviço de táxi, porque é ato administrativo *intuitu personae*. Hipótese em que, ademais, refere-se o contrato aos 'direitos, vantagens, obrigações e responsabilidades' de um veículo que foi destruído antes mesmo do falecimento do cedente. (TAMG - 3ª CC - Ap. 2.0000.00.349456-6/000 - Relator: Des. Edilson Fernandes - Data do julgamento: 06.03.2002 - Data da publicação: 16.03.2002.)

Logo, eventual prejuízo suportado pelo apelado em razão da conduta do proprietário da placa de vendê-la para outra pessoa posteriormente deve ser reclamado em ação própria e contra quem de direito.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido e dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando da reintegração deferida à f. 17-TJ (embargos à execução) a permissão de táxi nº CA-5232.

Determino o desentranhamento dos documentos de f. 247/291-TJ.

Custas processuais e recursais a serem suportadas pelo embargado. Inverta-se a condenação em honorários de sucumbência.

DES. MARCOS LINCOLN (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Presidente - Apelação Cível nº 100240619734260-03, Belo Horizonte: "NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DE F. 147/151-TJ E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO".

. . .

Locação - Fiança - Contrato por prazo determinado - Cláusula de responsabilidade até a desocupação do imóvel - Ausência de aditamento - Prorrogação do contrato por prazo indeterminado - Aluguéis inadimplidos - Pagamento - Fiador - Responsabilidade até a efetiva entrega das chaves - Súmula 214 do STJ - Inaplicabilidade

Ementa: Cobrança. Aluguéis e encargos locatícios. Fiança. Prorrogação do contrato por prazo indeterminado. Cláusula de responsabilidade até a entrega das chaves. Legalidade.

- Na hipótese de prorrogação automática de contrato de locação com prazo determinado para indeterminado - sem aditamento, pois -, patente a inaplicabilidade da Súmula 214 do colendo Superior Tribunal de Justiça, cumpre ao fiador a responsabilidade pelo pagamento dos aluguéis inadimplidos até a desocupação real e efetiva do imóvel, se assim houver manifestamente consentido, tanto mais se não tiver expressado a intenção de se exonerar do encargo, autorizada pelo art. 835 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.06.211397-0/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Casa Nova Locadora Ltda. - Apelada: Espólio de Nilda Pires Ribeiro Guimarães, representado pelo inventariante, Marco Túlio Pires Guimarães - 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, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2010. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Inconformados com a r. sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de cobrança de aluguéis e acessórios de locação ajuizada em face de espólio de Nilda Pires Ribeiro Guimarães, neste ato representado por seu inventariante, Marco Túlio Pires Guimarães, insurge-se a autora, Casa Nova Locadora Ltda., buscando reverter a decisão através do recurso de apelação de f. 87/93.

Aduz a apelante não poder prevalecer a r. sentença atacada, pois que, em se tratando de cobrança contra fiador em contrato de locação que estava vigorando por prazo indeterminado, estende-se a responsabilidade dos fiadores até a entrega efetiva das chaves, já que assim se obrigaram no contrato e somente se exonerariam em caso de manifestação expressa, através de notificação ao locador, o que não foi feito no caso dos autos, sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ao que se verifica dos autos, pretende a autora, ora apelante o reconhecimento da responsabilidade do fiador em relação ao inadimplemento do locatário, de forma solidária e até a devolução das chaves a ele, locador.

Cumpre destacar que, malgrado meu conhecido posicionamento de que, mesmo na hipótese de o contrato de locação dispor que a fiança prestada somente se extinguiria com a real e efetiva entrega das chaves, os fiadores não teriam qualquer responsabilidade por débitos originados a partir de tal data, se não houvesse a anuência expressa dos fiadores quanto à prorrogação do contrato de locação, entendo que, diante da consolidação de entendimento diametralmente oposto no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, curvo-me ao entendimento daquela Corte Superior, cuja competência constitucional é de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça imprimiu novos contornos à matéria, com respaldo nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, e atento à inexistência de aditamento do contrato primitivo nos casos em que se constata tão somente a alteração do prazo de determinado para indeterminado, firmou posicionamento no sentido de lhes ser inaplicável a Súmula 214, que trata especificamente de aditamento contratual, revelando-se válida a cláusula que responsabiliza os fiadores por débitos constituídos até a devolução do imóvel.

A propósito, cita-se a unânime jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> Locação. Fiança. Exoneração. Prorrogação contratual. Enunciado 214/STJ. Inaplicabilidade.
> 1. Na linha da atual jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de 214 de nossa Súmula.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1164633/SP - Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Publ. em 23.11.09.)
> Agravo regimental. Locação. Fiança. Exoneração. Prorrogação contratual. Distinção. Súmula 214/STJ. Inaplicabilidade.

1. O entendimento predominante neste Superior Tribunal de Justiça era de que o contrato de fiança, por ser interpretado restritivamente, não vincula o fiador à prorrogação do pacto locativo sem sua expressa anuência, ainda que houvesse cláusula prevendo sua responsabilidade até a entrega das chaves.
2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência 566.633/CE, em 22.11.2006, acórdão pendente de publicação, assentou, contudo, compreensão segundo a qual não se confundem as hipóteses de aditamento contratual e prorrogação legal e tácita do contrato locativo, concluindo que 'continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos arts. 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época em que firmaram o acordo'.
3. Na linha da recente jurisprudência da Terceira Seção, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, tem-se como inaplicável o enunciado de 214 de nossa Súmula, sendo de rigor a manutenção do julgado. (AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 562477/RJ - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - Publ. em 25.2.08.)

Embargos de divergência. Locação. Fiança. Prorrogação. Cláusula de garantia até a efetiva entrega das chaves. - Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos arts. 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época em que firmaram a avença. (Embargos de divergência a que se dá provimento. EREsp 566633/CE - Rel. Min. Paulo Medina - Publ. em 12.3.08.)

Locação. Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução contra fiadores. Embargos à execução. Contrato locatício por prazo certo prorrogado automaticamente. Cláusula de efetiva entrega das chaves. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ. Agravo regimental desprovido. 1. A Terceira Seção deste Tribunal firmou entendimento no sentido da validade de cláusula de contrato de locação por prazo certo que prorrogue a fiança até a entrega das chaves do imóvel, se expressamente aceita pelo fiador que não se exonerou do encargo na forma do o art. 835 do Diploma Civil atual, correspondente ao art. 1.500 do Código Civil de 1916. Precedentes. (AgRg nos EREsp. 921.723/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 21.8.2009.) (AgRg no Ag 1182791/SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Publ. em 15.12.09.)

Dessarte, a anuência do garante fiador é concomitante à elaboração e subscrição do ajuste, denotando-se desnecessário obter nova concordância daqueles se, na pactuação, restou avençado, de forma manifesta, a responsabilidade pelas contraprestações decorrentes do contrato de locação até a efetiva desocupação do imóvel, com devolução das chaves ao locador.

Coadunando-se com tal posicionamento, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Ação de cobrança de aluguéis. Prorrogação de contrato. Cláusula expressa. Responsabilidade dos fiadores até a entrega das chaves atraso no pagamento dos alugueis. Multa moratória. Percentual. Legalidade.
- Conforme recente entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao rever a Súmula 214, é válida cláusula expressa no contrato de aluguel dispondo que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, ainda que o contrato tenha sido prorrogado por prazo indeterminado.
- Não se mostra ilegal a multa moratória estipulada no contrato de locação, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito, visto que não viola disposições contidas no Código Civil Brasileiro e também não se mostra abusiva, ressaltando não serem aplicáveis normas do CDC aos contratos de locação. (Apelação Cível 1.0223.06.191438-6/001 - Rel. Des. Alvimar de Ávila - Publ. em 28.9.09.)

Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Contrato de locação por tempo determinado. Prorrogação legal por prazo indeterminado. Fiança. Cláusula expressa estendendo a responsabilidade dos fiadores até a efetiva entrega das chaves. Existência. Exoneração automática do fiador. Impossibilidade. Súmula 214 do STJ. Não aplicação. Recurso conhecido e não provido.
- Havendo cláusula expressa no contrato de locação de que a responsabilidade dos fiadores prevalecerá até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação deste, ainda que o contrato se tenha prorrogado por prazo indeterminado, uma vez que continua vigente a fiança.
- A Súmula 214 do STJ somente é aplicável em caso de aditamento contratual, o que não se verifica no presente caso.
Recurso conhecido e não provido. (Apelação Cível 1.0707.08.171773-8/001 - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - Publ. em 9.9.09).

No caso dos autos, conforme disposto na cláusula 15ª do contrato de locação (f. 08):

Cláusula 15ª - Como fiador (es) e principal (ais) pagador (es) deste contrato, nos termos do art. 1.481 do Código Civil, apresentam o Locatário: Nilda Pires Ribeiro Guimarães, brasileira, viúva, do lar, CPF nº 433.103.626-04 e Maria José de Mirando Freitas, brasileira, viúva, aposentada, CPF nº 038.216.736-80.
O (s) qual (ais) se obriga (m) a cumprir com todas as obrigações atribuídas ao locatário, desde que este não cumpra regularmente e na forma deste contrato, cuja responsabilidade perdurará até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel locado, mesmo no caso de prorrogação da locação por prazo indeterminado ou por determinação legal, cujas responsabilidades se estendem a todos os aumentos que vierem a ocorrer nos aluguéis e encargos, inclusive quanto às obrigações de todas as cláusulas do presente, que incluem os danos ou estragos que porventura se verifiquem no aludido imóvel ou respectivas instalações durante as ocupações pelo locatário e demais ocupantes, bem como pelas custas processuais e honorários de advogado e de ação de despejo por falta de pagamento movida contra o Locatário sem necessidade de notificação judicial ou qualquer espécie de aviso, e com o que o(s) fiador (es) está (ão) de pleno acordo. Renuncia (m) ainda o(s) fiador (es) o benefício de ordem instituído em seu favor pelo art. 827 do novo Código Civil, bem como a faculdade contida no art. 835 do mesmo diploma legal. Por exigência leal, com ele (s) fiador (es), assina (m) seu (s) cônjuge (s).

Por fim, convém ressaltar que, muito embora o art. 835 do Código Civil (correspondente ao art. 1.500 do antigo Código Civil) faculte aos fiadores a exoneração da

garantia prestada, a qual tiverem assinado sem limitação de tempo, esse direito, no caso dos autos, além de não exercido, sobejou, inclusive, renunciado pelos seus destinatários (cláusula 15ª do contrato colacionado à f. 08).

Isso posto, caracterizando-se o espólio apelado como devedor solidário da obrigação pelo pagamento de aluguéis proveniente da relação contratual de locação prorrogada por prazo indeterminado, e tendo em vista a expressa dicção contratual no sentido de que se obrigaram os fiadores ao pagamento dos aluguéis e encargos da locação, até a entrega das chaves, impõe-se a reforma da r. sentença.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial, condenando o espólio apelado ao pagamento dos aluguéis e encargos locatícios contidos na vestibular, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da causa, pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, arcando ainda com as custas do processo e com os honorários do procurador da parte autora, que fixo em 15% do valor da condenação.

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Casa Nova Locadora Ltda. contra espólio de Nilda Pires Ribeiro Guimarães, julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que houve a prorrogação do contrato de locação sem anuência da então fiadora, Nilda Pires Ribeiro Guimarães.

Inconformada, recorre a autora buscando reverter a decisão, ao argumento de que há cláusula expressa pela qual os fiadores renunciam ao direito de obter exoneração da fiança. Salienta que a decisão está em confronto com a jurisprudência dominante do STJ.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Em análise dos autos, pude verificar que consta do contrato de locação entabulado entre as partes litigantes cláusula de fiança que dispõe que os fiadores:

> [...] se obrigam a cumprir todas as obrigações atribuídas ao locatário, desde que este não cumpra regularmente e na forma deste contrato, cuja responsabilidade perdurará até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel locado, mesmo no caso de prorrogação da locação por prazo indeterminado ou por determinação legal (cláusula 15ª - f. 08).

Em sendo assim, permanece a fiadora responsável pelos encargos locatícios posteriores ao termo final do contrato, até a efetiva entrega do imóvel locado, o que se deu em fevereiro/2006.

O contrato de locação, que teria, inicialmente, prazo certo de 30 meses, prorrogou-se por tempo indeterminado e, em havendo, repito, a estipulação contratual de que a fiadores permanecem como garantidores "até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel locado", entende-se que não há limitação de tempo para a obrigação assumida pelos fiadores. Enquanto o locatário ocupar o imóvel, estão os fiadores vinculados à garantia prestada.

Nesse sentido, se os fiadores se responsabilizaram até a efetiva entrega do imóvel, desnecessário avisá-los de que o período inicial da locação findou e ocorreu prorrogação. Cabem a eles, fiadores, diligenciar e pleitear a exoneração, se melhor lhes convier.

Assim dispõe a Lei 8.245/91, em seu art. 39:

> Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva desocupação do imóvel.

Como lecionou Pontes de Miranda:

> Uma das cláusulas, a cláusula até a devolução (ou entrega) das chaves, tem de ser considerada, na dúvida, como abrangente de todo o tempo em que o locatário permaneça.

E asseverou Clóvis Beviláqua:

> O art. 1.500 do CC é muito claro. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo. Limitação de tempo o mesmo é que prazo determinado; um ano, até o dia tal de certo mês e ano, ou fórmula semelhante, em que seja prefixado tempo certo para a obrigação assumida. Na cláusula - até a entrega das chaves - não há limitação de tempo; não há prazo determinado, não se diz o tempo certo em que se extinguirá a obrigação assumida. Equivale a esta outra: enquanto morar na casa. Seja por um ano, seja por dez, por cem.

Ainda, em decisões recentes e contrárias ao disposto na Súmula 214, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental em recurso especial. Locação. Fiança. Prorrogação. Cláusula de garantia até a efetiva entrega das chaves. - A questão foi sedimentada no âmbito da 3ª Seção, quando do julgamento, em 22.11.06, dos Embargos de Divergência - EREsp nº 566.633/CE. Ficou acordado que continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos arts. 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 792195/SP ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2005/0178595-7 Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).

> Locação. Fiança. Prorrogação do contrato. Cláusula que prevê a obrigação até a entrega das chaves. Exoneração do fiador. Impossibilidade. Entendimento consolidado a partir do julgamento do EREsp nº 566.633/CE. Precedentes.
> 1. A Egrégia Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, havendo, no contrato locatício, cláusula expressa de responsabilidade do garante até a entrega das chaves, responde o fiador pela prorrogação do contrato, a menos que tenha se exonerado na forma do art. 1.500 do Código Civil de 1916 ou do art. 835 do Código Civil vigente, a depender da época da avença.
> 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 923347 / RS;

Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0025778-5 Ministra Laurita Vaz.)

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial, condenando Nilda Pires Ribeiro Guimarães, falecida após a interposição da presente ação, representada, portanto, pelo seu inventariante, ao pagamento dos aluguéis e encargos locatícios descritos na inicial, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da ação, incidindo juros de mora a partir da citação. Invertam-se os ônus da sucumbência.

Custas recursais, pelos apelados.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Consumidor - Queda em restaurante - Agressões físicas sofridas por preposto do estabelecimento - Dano moral - Falha na prestação dos serviços - Ausência de culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Danos físicos. Queda em restaurante. Omissão do estabelecimento. Ausência de culpa exclusiva da vítima.

- Havendo falha na prestação dos serviços contratados, nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor, no mercado de consumo, pelos serviços, opera-se independentemente de concorrência de culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.574043-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rafael El Huaich Sirio Maciel - Apelado: Restaurante Churrascaria Fazenda Mineira Ltda. - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo* (f. 59/60) por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

O feito principal refere-se à ação de indenização por danos relativos a agressões sofridas pelo apelante nas dependências da apelada e por prepostos desta.

Trata-se de apelação interposta por Rafael El Huaich Sirio Maciel, às f. 62/65, contra sentença de f. 59/61, proferida pela MM. Juíza de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte nos autos da ação ordinária de indenização, a qual julgou improcedentes os pedidos iniciais condenando a apelante a pagar custas e honorários advocatícios no importe de R$ 1.000,00 (mil reais), suspendendo, entretanto, a exigibilidade.

Em suas razões recursais (f. 62/65), o autor pugna pela reforma da sentença *a quo*. No mérito, combate a sentença recorrida ao argumento de que o Juízo não examinou corretamente as provas dos autos. Aduz que a vítima foi agredida por seguranças do restaurante réu. Afirma que o boletim de ocorrência, o termo circunstanciado de ocorrência, o laudo indireto de lesões corporais e a prova testemunhal corroboram com a tese autoral; que o evento danoso ocorreu dentro das dependências da apelada; que o nexo causal restou comprovado; que é evidente a culpa da requerida e de seus seguranças; que se encontram comprovados os supostos danos sofridos. Por fim, pugna pelo provimento da apelação com a consequente fixação de justa indenização por danos morais.

Em sede de contrarrazões (f. 67/68), o apelado, por óbvio, impugna as teses recursais. Pugna pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Esse é o breve relatório.

A meu sentir e ver, o cerne da questão gira em torno da culpa ou não da apelada e de seus prepostos, seja em relação aos danos sofridos pelo apelante, seja por omissão.

No caso em tela, interessa a abordagem das questões atinentes à responsabilidade extracontratual subjetiva.

Do exame da legislação pertinente, extraem-se os requisitos ou elementos necessários para o acolhimento da pretensão indenizatória embasada na responsabilidade subjetiva, quais sejam a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente, o dano e o nexo causal existente entre a conduta e o resultado lesivo. Sem a presença de todos esses requisitos, não há que se falar em indenização.

Caio Mário da Silva Pereira preleciona:

> Na etiologia da Responsabilidade Civil, como visto, são presentes três elementos ditos essenciais na doutrina subjetiva, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre um e outro. (*Instituições de direito civil*, 1989, p. 83.)

Continuando, o notável civilista, dissertando sobre a questão, preleciona que de tal conceito legal, aplicado para os danos materiais e morais, extraem-se os seguintes requisitos, *verbis*:

> a) Em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de mal fazer;
> b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial;
> c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico. (*Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 457.)

Assim, é fundamental, para que se configure ato ilícito, uma conduta consciente que afronte o objeto do Direito. Essencial à antijuridicidade é à subjetividade, ou seja, a vontade do autor de ferir o mundo jurídico, o que faz da culpa *lato sensu* o fundamento da responsabilidade. A meu sentir e ver, todos os critérios encontram-se presentes, *in casu*.

Nas palavras de Rui Stoco:

> para que haja o ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito desse. Esse comportamento deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico, seja uma obrigação em concreto. (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 63.)

No presente caso, a meu sentir e ver, as condutas antijurídicas, conscientes e o excesso alegado estão evidentes.

Compulsando os autos, o dano se consubstancia em supostas agressões sofridas pelo autor/vítima ao sair do restaurante réu, bem como a suposta conduta antijurídica dos prepostos da requerida, que, supostamente, agrediram o autor.

Os seguranças são contratados para manter a ordem e a disciplina no estabelecimento, evitando danos ao patrimônio e às pessoas. O restaurante deve zelar pela segurança do público que recebe, sendo objetiva a sua responsabilidade, nos termos do CDC. Se o consumidor é agredido injustamente por segurança contratado, ainda que este não seja funcionário do estabelecimento comercial, a empresa deve responder pelos danos sofridos.

Compulsando as provas dos autos, verifico que o boletim de ocorrência, registrado no dia dos fatos, noticia que:

> F. 11 - Sintoma de embriaguês:
> Não.
> Sintoma de uso de substancias tóxicas:
> Não [...].

Ou seja, não restou provada a tese levantada pela defesa/apelada de embriaguês e falta de controle do autor.

É incontroversa a existência dos fatos. O autor esteve no estabelecimento do réu e sofreu os danos narrados na inicial. O cerne da demanda é definir se houve culpa exclusiva da vítima ou culpa do estabelecimento. Noticia o boletim de ocorrência (f. 11 - histórico da ocorrência) o evento narrado na inicial, apresentando as versões dadas pelo autor (afirma ter sido agredido pelos seguranças do restaurante) e os seguranças da boate (afirmam que a vítima tropeçou no trilho do portão e caiu, sofrendo os danos narrados na inicial).

Pois bem. A meu ver e sentir, como já esposado em julgamento anterior, sobre a mesma matéria, sendo, inclusive o mesmo estabelecimento comercial, com fatos diversos, o restaurante deve zelar pela segurança do público que recebe, sendo objetiva a sua responsabilidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Os danos narrados pelo autor estão devidamente comprovados pelos documentos de f. 10/14. O nexo causal está devidamente comprovado pelo boletim de ocorrência de f. 11. O próprio segurança do local, no dia dos fatos, narra, voluntariamente, que o autor caiu quando saía do estabelecimento, bem como a testemunha de f. 57 afirma que o autor foi agredido.

Houve, portanto, uma falha na prestação dos serviços contratados e, nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor, no mercado de consumo, pelos serviços, se opera independentemente da concorrência de culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva.

Eis a redação do citado dispositivo:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> [...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ademais, registro que não pode ser caracterizada qualquer uma das causas excludentes de responsabilidade, nem mesmo a culpa exclusiva de terceiro, visto que o apelante estava obrigado a zelar pela qualidade dos serviços de segurança.

O ponto central da presente demanda cinge-se, a meu sentir, em saber se restou demonstrada nos autos a tríade elencada quando da tipicidade da reparação. Sendo que a solução final se prenderá às provas produzidas - arts. 131 e 333 do CPC c/c o art. 14 do CDC.

Como é consabido, para que se condene alguém ao pagamento de uma indenização por ato ilícito, 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.

No caso dos autos, todos esses elementos encontram-se reunidos, visto que a responsabilidade do estabelecimento comercial é manter a incolumidade física de seus clientes, salvo quando o acidente decorra de caso fortuito ou força maior, já que tais hipóteses quebram o nexo de causalidade.

No presente caso, não há que se falar que o acidente que vitimou o autor se configure força maior. Isso porque não se comprovou que seja inverídica a alegação de que o autor foi agredido por um dos seguranças, prepostos da requerida, ao sair do estabelecimento requerido.

É certo que o autor estava no interior do estabelecimento réu. Isso porque as provas testemunhais são apócrifas, totalmente contraditórias. Prevalece, pois, a presunção de veracidade trazida pelo boletim de ocorrência c/c o fato de o autor ter alegado tais fatos e os mesmos não terem sido nem de longe contrariados - art. 364 do CPC.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio TJMG, por esta Câmara, em feitos dessa mesma empresa requerida:

> Ementa: Indenização. Dano moral. Agressão física. Falta do dever de diligência. Segurança de restaurante. Responsabilidade do empregador. Exercício regular. Limites.
> - O restaurante deve zelar pela segurança do público que recebe, sendo objetiva a sua responsabilidade, nos termos do CDC.
> - Se o consumidor é agredido injustamente por segurança contratado, ainda que este não seja funcionário do estabelecimento comercial, a empresa deve responder pelos danos sofridos. Na fixação do *quantum* indenizatório, segundo a melhor doutrina e reiterada jurisprudência, compete ao julgador atender ao caráter reparador e pedagógico da indenização, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1.0024.07.492028-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Restaurante Churrascaria Pizzaria Fazenda Mineira Ltda. - Apelado: Alexson Inácio da Rocha - Relator: Des. Pereira da Silva - j. em 12.05.2009.)

E, restando comprovada, lamentavelmente, a grave falha na segurança do restaurante, em que um de seus clientes sofreu danos físicos ao sair do estabelecimento, seja por tropeçar na porta do estabelecimento, seja por ter sido agredido pelos seguranças do local, deve responder pelas consequências desse ato. Não existem provas que levem à conclusão de culpa exclusiva da vítima.

Com efeito, deveriam os seguranças, sem abdicar, é claro, de sua autoridade, agir com um mínimo de delicadeza, que é o que se espera de quem trata diretamente com o público. Mas, nesse caso, o que se viu foi exatamente o contrário.

Entendo, portanto, que está caracterizada a responsabilidade do apelante, motivo pelo qual passo, agora, ao exame do pedido de redução do *quantum* indenizatório.

Honra, moral, autoestima, cidadania, apreço, fama, dor, são atributos pessoais de cada cidadão, que absolutamente não têm preço, é fato que o sentido legal e específico de reparação do dano moral tem, como caractere, sentido propedêutico, a restauração da autoestima do ofendido, diante de si mesmo, em um primeiro instante, e, posteriormente, em um segundo momento, aos olhos da sociedade, da comunidade em que vive, da qual é partícipe.

Tem assim o instituto do dano moral caráter de pena, de reprimenda, de coibição a todo aquele que atrabiliariamente causar lesão à moral e honra do ofendido, e, por serem aqueles atributos subjetivos, sua mensuração, mero atributo subjetivo, não detém imediato fim ou valor econômico, e sim profilático, não podendo ou muito menos devendo ser mensurado aquele em pecúnia, sob pena de se admitir que tenha a reparação do dano moral única e especificamente conteúdo puro, de cunho eminentemente econômico, conotação que fere o espírito do instituto, conspurcando-o, equivalendo-o, tão só e unicamente, a sua reparação em direito meramente patrimonial, o que fere de morte a finalidade do instituto.

A reparação não é fim, mas mero meio de reprimenda, repito, àqueles que violaram, através de um ato ou fato, a honra, a moral ou a boa fama do lesado, não podendo ou mesmo devendo aquele que vindica pela restauração daqueles atributos tê-los como meio e finalidade objetiva única e primacial, o de obtenção de ganho patrimonial puro, assim se entender, *data venia*, constitui-se em gravosa, despicienda e inócua aleivosia aos cânones legais.

Na abalizada lição de Caio Mário da Silva Pereira haurida de sua obra *Instituições de direito civil* (80. ed. Rio de Janeiro: Forense,1989, p. 384), extrai-se o seguinte magistério sobre a *quaestio* nestes autos posta:

> [...] A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente a ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os atos jurídicos, entre os quais se inscreve o negócio jurídico, estudado acima, caracterizado como declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento jurídico. No segundo estão os atos ilícitos, concretizados em um procedimento em desacordo com a ordem legal. O ato jurídico, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É jurígeno. Mas o ato ilícito, pela sua própria natureza não traz possibilidade de gerar uma situação de benefício para o agente. O ato jurídico, pela sua submissão à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, se o negócio jurídico é gerador de direitos ou de obrigações, conforme, num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão-somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem.

Para a configuração do dano, hão que se ter como inequivocamente provadas e comprovadas pela parte ofendida as seguintes condições:

1) dano;

2) culpa ou dolo; e

3) nexo causal.

Frise-se que, para que seja configurado o dano moral, necessário que haja uma conduta ilícita atribuída ao infrator, suficiente a gerar constrangimento ou sofrimento à vítima.

Ressalve-se, contudo, o voto vencido do Ministro Orozimbo Nonato, que, com o brilhantismo de sempre, pôs a questão no seu exato plano dogmático jurídico:

> A noção de dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima, consiste numa dor que não tem qualquer repercussão no patrimônio do lesado. Deve ser arredado do tablado da discussão o caso do dano que, posto de origem moral, se reflita no patrimônio da vítima porque, do contrário, mesclaremos o efeito pela causa e, em vez de sermos ecléticos, não passaremos de negativistas. Pode-se afirmar, quanto ao dano puramente moral, que a noção da reparabilidade vai lançando raízes e prosperando nas legislações e na doutrina. (*Revista Forense*, v. 138, p. 452.)

Assim, entendo que restou configurado o dano moral à imagem do apelante.

No que tange ao *quantum* devido a título de indenização, valiosos são os ensinamentos do insigne mestre Humberto Theodoro Jr., *verbis*:

> Impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro. (*Dano moral*. 2. ed. aumentada. Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 43.)

O mesmo doutrinador, em outro artigo, assevera:

> Nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal (Código Civil Português, art. 496, III). Por isso, lembra R. Limongi França a advertência segundo a qual ´muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do *quantum* da indenização muito dependente de sua ponderação e critério (Reparação do dano moral, *Revista dos Tribunais,* v. 631, p. 36.)

Discorrendo sobre o tema, Maria Helena Diniz assevera:

> Na reparação do dano moral, o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento. (A responsabilidade civil por dano moral, *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./ fev. de 1996.)

Não prevê a lei padrão de aferição do valor indenizatório na hipótese de ressarcimento por dano moral. Assim, ao Poder Judiciário caberá o arbitramento da indenização cabível, segundo seu elevado critério, conforme disposto no art. 1.533 do vetusto Código Civil, e tal paga em dinheiro deve representar uma satisfação capaz de neutralizar em parte o sofrimento impingido, proporcionada em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa da vítima, e que, por outro lado, possa produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado.

De sorte que, hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório, em relação à vítima, conforme ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, Forense, 1989, p. 67), não devendo ser fonte de enriquecimento nem ser inexpressiva. Essa é a lição do Prof. João Casillo, em sua obra, cujo entendimento é mantido pelo Juiz Arnaldo Rizzardo, o qual, invocando lição de Cunha Gonçalves, pondera brilhantemente que:

> Não se deve, também, supor-se que o dano moral é, sempre, extrapatrimonial [...]. Além disto, há diversas classes de danos morais, a saber: a) os que necessariamente se refletem no crédito e, por isso, no patrimônio da vítima - injúria, difamação, usurpação de nome, firma ou marca; b) os que, produzindo a privação do amparo econômico e moral de que a vítima gozava, prejudicam também o seu patrimônio; c) os que, representando a possível privação do incremento duma eventual sucessão, constituem, igualmente, um atentado patrimonial; d) os que, determinando grande choque moral, equivalem ou excedem a graves ofensas corporais, ainda mais do que uma difamação ou calúnia, por serem feridas incuráveis; e esse choque moral, debilitando a resistência física ou a capacidade de trabalho, e podendo abreviar a existência de quem o sofreu, produz efeitos reflexos de caráter patrimonial. Enfim, todos esses danos, sendo suscetíveis de avaliação e indenização pecuniária, não devem ser havidos sempre como extrapatrimoniais [...].

No que concerne à fixação em questão, digo que a indenização a ser solvida não pode servir de fonte de enriquecimento sem causa. O dano pode ser aplacado através de um singelo pedido de desculpas ou através do reconhecimento de um erro, não sendo a forma pecuniária a única via para se alcançar o ressarcimento almejado. Nota-se que as coisas da alma que são ínsitas ao dano moral não são passíveis de avaliação econômica.

Desse modo, o magistrado deve agir de modo bastante consentâneo no momento de fixar a indenização, pois não pode provocar o enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, não pode deixar de incutir no valor condenatório um caráter pedagógico e propedêutico, visando desestimular o agente do ato ilícito de reiterar em tal prática, bem como deve busca alcançar valor que seja capaz de, se não de modo amplo, pelo menos, em parte, fazer com que o ofendido se sinta ressarcido. É tal tarefa das mais penosas e complexas, contudo não há como o magistrado fugir desta. Assim, o melhor critério é que a indenização seja fixada com moderação e prudência, sempre atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, no caso, utilizando os critérios acima expostos, entendo ser razoável o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais). Assim, dever-se-á reformar a r. decisão recorrida.

Ex positis, dou provimento à apelação para substituir o r. *decisum* primevo para julgar parcialmente procedente o pedido do autor, condenando a requerida ao pagamento da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais, devidamente corrigidos da data do julgamento desta ação, bem como juros da citação.

Custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização, devidamente corrigido, tudo pelo apelado.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - De acordo com o Relator.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o eminente Desembargador Relator, que dá provimento ao recurso para condenar o apelado a pagar R$ 3.000,00 como indenização pelos danos morais sofridos pelo apelante.

Apesar de não estar suficientemente comprovada a alegação de que o apelante foi agredido por preposto do apelado, o boletim de ocorrência de f. 11 não deixa dúvidas de que Rafael Maciel "tropeçou no trilho do portão vindo a cair no chão", nas palavras do próprio segurança empregado do restaurante apelado. Ainda que as provas testemunhais sejam em sentido diverso, a palavra do representante do réu, colhida na data do acontecimento dos fatos, tem maior relevância, sendo suficiente para sustentar a condenação. Assim, conforme demonstrado pelo douto Relator, é objetiva a responsabilidade do restaurante pelos danos sofridos por consumidores em suas dependências.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, julgando procedente o pedido e condenando o apelado a pagar ao apelante indenização de R$ 3.000,00, nos termos do voto do Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Usucapião - Citação dos réus, confrontantes e Fazendas Públicas - Planta do imóvel e do memorial descritivo - Cópia - Desnecessidade - Ausência de previsão legal

Ementa: Civil e processo civil. Agravo de instrumento. Ação de usucapião. Citação dos réus, confrontantes e fazendas públicas. Cópias da planta do imóvel e do memorial descritivo. Desnecessidade. Ausência de previsão legal. Decisão reformada. Recurso provido.

- Não há qualquer previsão legal que imponha ao autor da ação de usucapião apresentar cópia da planta do imóvel e do memorial descritivo para o fim de proceder à citação dos réus, confrontantes e Fazendas Públicas. Agravo de Instrumento a que se dá provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0671.09.005178-8/001 - Comarca de Serro - Agravantes: José Maria Xavier e outro - Agravados: Maria das Dores Reis e outro, herdeiros de José Valério Bispo, Maria Terezinha de Jesus Reis, herdeira de José Valério Bispo, Geraldo Valério Reis, herdeiro de José Valério Bispo, Manoel Valério Reis, herdeiro de José Valério Bispo - 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 Sebastião Pereira de Souza, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2010. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do recurso, porque próprio e regularmente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: os agravantes ajuizaram ação de usucapião especial rural em desfavor dos ora agravados, instruindo sua petição inicial com o memorial descritivo e a planta do imóvel que pretendem usucapir. Requereram a citação dos réus/agravados, dos confrontantes e dos representantes das Fazendas Públicas. Nada obstante, a r. decisão determinou suas intimações para juntarem aos autos, no prazo de 5 (cinco) dias, cópias da planta e do memorial descritivo do imóvel, visando à intimação de todas as partes, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, razão pela qual os mesmos interpõem o presente agravo de instrumento.

Alegam os agravantes, em apertada síntese, que não há qualquer previsão legal a impor o fornecimento de cópias dos documentos que instruem a petição inicial, para que sejam anexadas ao mandado de citação. Acrescentam que a petição inicial preenche todos os requisitos exigidos nos artigos 282 e 283 do CPC, não apresentando irregularidade alguma que justifique a extinção do feito. Afirmam haverem apresentado todos os documentos indispensáveis à propositura da ação, bem como cópias da petição inicial para a citação de todos os réus, confrontantes e Fazendas Públicas, nos termos do artigo 225 do CPC.

Pois bem. Compulsando detidamente os autos, infere-se que a petição inicial preencheu todos os requisitos do artigo 282 do CPC, sendo devidamente instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação de usucapião, quais sejam o memorial descritivo e a planta do imóvel, em absoluta conformidade com o disposto nos artigos 283 e 942 do referido diploma legal.

Veja-se:

> Art. 283: A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.
> [...]
> Art. 942: O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do artigo 232.

Por outro lado, não há qualquer previsão legal que imponha ao autor da ação de usucapião apresentar cópia de tais documentos para o fim de proceder à citação dos réus, confrontantes e Fazendas Públicas.

Ora, o artigo 225 do Código de Processo Civil elenca os requisitos do mandado de citação, informando seu parágrafo único que o mandado poderá ser em breve relatório, quando o autor entregar em cartório, com a petição inicial, tantas cópias desta quantos forem os réus, caso em que as cópias, depois de conferidas com a original, farão parte integrante do mandado.

Frise-se que a cópia a que alude tal dispositivo é apenas da peça exordial, não se fazendo qualquer menção à cópia de documentos, além de não se tratar de comando obrigatório.

Dessa forma, não pode o Juiz exigir a apresentação de cópia do memorial descritivo e da planta do imóvel para proceder à citação em ação de usucapião, por ausência de previsão legal. Incumbe à pessoa citada comparecer ao processo para tomar conhecimento dos expedientes que o mesmo contém.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, reformando a r. decisão, para determinar o regular seguimento do feito, sem a necessidade de apresentação de cópia dos documentos que instruíram a inicial da ação de usucapião ajuizada pelos agravantes. Custas ao final, pela parte que sucumbir.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e JOSÉ MARCOS VIEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Ônibus coletivo - Assalto - Responsabilidade objetiva - Caso fortuito externo - Dever de indenizar - Exclusão

Ementa: Indenização. Assalto ocorrido dentro de ônibus coletivo. Responsabilidade objetiva. Caso fortuito externo. Exclusão do dever de indenizar. Inteligência do art. 14, § 3º, II, da Lei nº 8.078/90 e art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

- A responsabilidade objetiva do prestador de serviço de transporte público é excluída no caso de assalto à mão armada realizado no interior do coletivo, por consistir em caso fortuito externo, a não ser que se comprove alguma contribuição do transportador para a ocorrência do evento danoso, o que não se verificou no caso em espécie.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.263839-4/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Geordânia Durães Soares, por si e representando o filho G.D.S.M. e outra - Apelado: Viação Sertaneja Ltda. - Relator: DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 28 de janeiro de 2010. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Ronaldo Poeiras Santos.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Geordânia Durães Soares, por si e representando suas filhas G.D.S.M. e G.D.S.M., em desfavor de Viação Sertaneja Ltda. Em síntese, em 16.11.2006, Romanielho Costa Machado (marido e pai das autoras) levou um tiro e foi morto durante assalto ao ônibus da ré; que o meliante, foragido da justiça, embarcou sem o documento de identificação; que não foi realizada busca, nem utilizado qualquer outro método para averiguação de armas brancas ou de fogo; que é evidente a culpa da empresa de transporte pelo homicídio; que a família residia com a vítima e dela dependia economicamente; que a morte do ente tão querido lhes causou sofrimento; ao final, pediram arbitramento de pensão alimentícia em favor das filhas até completarem maioridade, indenização por danos materiais de R$ 531.072,10, correspondente à redução da renda familiar, no valor de R$ 1.128,50, multiplicado pela expectativa de vida da vítima, 68 anos, e danos morais.

A requerida apresentou defesa às f. 58/80, negando sua culpa, atribuindo-a exclusivamente à vítima, policial rodoviário, à paisana, que tentou reagir ao assalto, descarregando sua pistola automática contra o assaltante, sendo que, após a troca de tiros, ambos morreram, causando ainda ferimentos e pavor em outros passageiros; diz que a atitude arriscada e irresponsável da vítima foi a única causa determinante de sua morte; alega que a culpa exclusiva da vítima exclui a sua responsabilidade; que não tem obrigação de indenizar, mesmo porque o fato se caracteriza como caso fortuito; eventualmente, disse que o pedido de indenização por danos materiais não está claro; que a pensão alimentícia é devida apenas até a vítima atingir 65 anos e que seu valor não pode ultrapassar 2/3 de seus rendimentos; que os danos morais não são devidos.

Frustrada a conciliação, foi proferido despacho saneador, f. 120.

A autora prestou depoimento pessoal, f. 132. Foram ouvidas cinco testemunhas, por carta precatória, f. 166/167, 178/179, 180/181 e 222.

Alegações finais às f. 139/148 e 150/153.

O Ministério Público opinou no sentido do desprovimento do recurso.

O douto Juiz da 3ª Vara Cível de Sete Lagoas, às f. 236/240, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando as autoras ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 5% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a cobrança, em razão de estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Insistem as apelantes, em suas razões recursais (f. 242/256), que a sentença merece ser reformada, sustentando que a culpa da empresa apelada é presumida e constitui risco empresarial; afirmam que o CDC e CC estabelecem que a culpa do transportador é objetiva, ou seja, independe de culpa; argumentam a ausência de caso fortuito ou força maior ou de culpa exclusiva da vítima; ao final, ratificam os requerimentos da inicial, requerendo provimento ao recurso para julgar totalmente procedente os pedidos.

A apelada contra-arrazoou às f. 260/283, pugnando pela manutenção do julgado.

Sem preliminares, adentro no mérito.

A discussão travada nestes autos se refere à pretensão das autoras de obter indenização por danos materiais e morais em decorrência da morte do marido e pai, vítima de assalto ocorrido dentro do ônibus de propriedade da apelada.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, o que ocasionou a subida dos autos a este egrégio Tribunal por força da interposição de recurso pelas autoras.

É fato incontroverso que a vítima Romanielho Costa Machado viajava no dia 16.11.2006 em ônibus da recorrida, sendo que, na altura do km 405 da BR-040, um indivíduo anunciou ao cobrador um assalto, exigindo dele todo o dinheiro, além de obrigá-lo a recolher os pertences e dinheiro dos outros passageiros. Pretendem as recorrentes, então, por meio da presente demanda, o recebimento de danos materiais no valor de R$ 531.072,10, pensão alimentícia para as filhas, além de indenização por danos morais em quantia a ser fixada pelo douto Julgador.

Certo é que o prestador de serviços de transporte coletivo responde objetivamente pelos danos causados aos seus passageiros, por força do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]

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

A intenção do constituinte, ao definir a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços públicos, foi submetê-los ao mesmo regime da Administração Pública, devendo responder em igualdade de condições com o Estado, resguardando o particular usuário do serviço e cumprindo a obrigação de levá-lo incólume ao seu destino.

No caso em tela, o ônibus foi alvo da ação de terceiro, que, mediante o uso de arma de fogo, assaltou o cobrador do ônibus, exigindo, ainda, que recolhesse os pertences e dinheiro dos demais passageiros.

O art. 14, § 3º, II, do Código do Consumidor expressamente exclui a responsabilidade do prestador de serviços pelo fato exclusivo de terceiro.

O evento narrado nestes autos consiste em caso fortuito externo, ou seja, situação inteiramente estranha aos riscos da atividade de transporte, não sendo viável que a transportadora arcasse com a indenização pleiteada, a não ser que ficasse demonstrado que algum ato de preposto da empresa tenha contribuído para o resultado.

Nesse sentido, importante transcrever lição de Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed., Editora Atlas, 2009, p. 307/308, *verbis*:

> Ressalte-se, por derradeiro, que a jurisprudência tem responsabilizado o transportador por assaltos, pedradas e outros fatos de terceiros ocorridos no curso da viagem somente quando fica provada a conivência dos seus prepostos, omissão ou qualquer outra forma de participação que caracterize a culpa do transporte. [...]
>
> Dir-se-á, a esta altura, como de fato dizem: não é justo deixar as vítimas de assalto, pedradas e outros atentados contra os meios de transporte sem qualquer indenização. Alguém tem que indenizar essas vítimas.
>
> A premissa está correta. A questão é saber quem deve indenizar. O que não me parece aceitável é simplesmente atribuir esse ônus ao transportador, sem qualquer base legal nem econômica.
>
> Sem base legal, porque, como já vimos, são fatos estranhos ao transporte, configuradores do fortuito externo, que não podem ser incluídos no risco do negócio. O transporte não é a causa do evento, apenas a sua ocasião. E, sem que alguém tenha dado causa ao resultado, não pode por ele responder, a menos que a lei, expressamente, tenha adotado a teoria do risco integral, o que, no caso, não ocorre. Se nem o Estado responde pelos assaltos que ocorrem diariamente nas ruas, às vezes 'nas barbas' da Polícia, por que haverá de por eles responder o transportador? Como impor ao transportador responsabilidade fundada no risco integral, se nem ao Estado a Constituição impõe essa responsabilidade?
>
> [...]
>
> Sem base econômica, porque o transportador não tem suporte econômico para montar um esquema de segurança capaz de evitar os assaltos e outras ocorrências desastrosas. O preço da passagem é tarifado pelo Poder Público, que estipula o seu valor. E, se esse preço for muito elevado, torna-se inviável o transporte coletivo. Ademais, não tem o transportador, e nem pode ter, um exército de policiais para colocá-los nos ônibus, trens, etc., a fim de dar segurança aos passageiros contra os marginais. Se nem o Estado pode fazer isso, como poderia fazer o transportador?

O atual posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça também afasta a responsabilidade objetiva do transportador por indenizações pleiteadas em casos de assaltos à mão armada, conforme se vê da seguinte ementa:

> Processo civil - Recurso especial - Indenização por danos morais e estéticos - Assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo - Força maior - Caso fortuito - Exclusão de responsabilidade da empresa transportadora - Configuração. 1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. 2 - Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes: REsp 435.865/RJ; REsp 402.227/RJ; REsp 331.801/RJ; REsp 468.900/RJ; REsp 268.110/RJ. 3. - Recurso conhecido e provido. (REsp 714.728/MT, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 12.12.2005, *DJ* de 1º.02.2006, p. 566.)

O mesmo entendimento também é adotado por este egrégio Tribunal:

> Ação de indenização - Assalto a ônibus - Caso fortuito ou força maior - Indenização afastada. - A responsabilidade do transportador, como consequência do contrato de transporte nas rodovias e que gera obrigação de indenizar, está ligada a fatos acontecidos com estreita ligação à empreitada assumida. - O assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estanho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora. (16ª CC, Apelação Cível nº 2.0000.00.508805-7/000, Rel. Des. Batista de Abreu, j. em 05.10.05, *DJ* de 28.10.05.)
>
> Responsabilidade civil - Transporte coletivo - Assalto à mão armada - Caso fortuito. - Certo que a responsabilidade civil, advinda do contrato do transportador perante o passageiro, é objetiva ou de risco, compreendendo o dever daquele de zelar pela segurança deste. Todavia, essa responsabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo em face da comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior. (Extinto TAMG, 8ª CC, Apelação Cível nº 2.0000.00.4576-34-7/000, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em11.03.05, *DJ* em 02.04.05.)
>
> Civil e processo civil - Apelação - Indenização por danos materiais e morais - Assalto à mão armada em ônibus de transporte de passageiros - Fortuito externo - Excludente da responsabilidade - Indenização indevida - Apelação conhecida e não provida. - A empresa concessionária de serviço público não pode ser obrigada a indenizar por assalto à mão armada em ônibus de sua propriedade, haja vista que não pode ser responsabilizada por ato de terceiro totalmente inevitável e desvinculado das atividades que exerce, caso em que incide a

excludente da responsabilidade denominada fortuito externo. - Recurso conhecido e não provido. (17º CC, Apelação Cível nº 1.0313.06.186813-6/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 05.07.07, *DJ* de 20.07.07.)

Como se vê, a responsabilização da apelada somente poderia exsurgir com a demonstração, pelas recorrentes, de que o transportador contribuiu, de alguma forma, omissiva ou comissiva, para a ocorrência do evento danoso, como, por exemplo, se algum funcionário tivesse participado do roubo, ou eventualmente se o ônibus tivesse realizado a parada em local proibido.

Importante ressaltar que a alegação das apelantes de que a apelada não garantiu a segurança dos passageiros, deixando embarcar sem maiores averiguações um foragido da polícia, não merece prosperar, haja vista que a responsabilidade do transportador é pela segurança no transporte, sendo que não está obrigada por lei a revistar os passageiros, mesmo porque não tem poder de polícia.

Por fim, como bem ressaltou o Julgador singular,

> [...] a vítima, policial rodoviário federal, foi a única responsável por sua morte. [...] Sua abordagem ao meliante, que estava armado, no escuro e no corredor apertado do coletivo, foi ato impensado, abrupto e inopinado. Ele, sozinho, não podia 'tentar impedir a ação do bandido', colocando em risco não só a sua vida, mas também as dos demais passageiros, que ficaram no meio do tiroteio (f. 238/239).

Assim sendo, com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelas apelantes, suspensas na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de indébito - Serviço público - Telefonia - PIS e Cofins - Repasse ao consumidor - Preço dos serviços - Incidência - Exclusão e restituição devidas - Prescrição decenal

Ementa: Apelação cível. Ação de indébito. Serviço público. Telefonia. PIS e Cofins. Repasse ao consumidor. Incidência sobre o preço dos serviços. Exclusão e restituição devidas. Prescrição decenal.

- A telefonia é serviço público e, portanto, a concessionária está sujeita ao princípio da legalidade; logo, não havendo previsão legal autorizadora da incidência direta ou repasse jurídico das alíquotas do PIS e da Cofins, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo.

- Afirmado ser indevido o repasse jurídico ou incidência direta, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado, todavia descabe a devolução em dobro, com base no art. 42 do CDC, pois tal legislação não se aplica quando ausente a prova da má-fé na cobrança indevida.

- A prescrição, no caso, é de 10 anos, ao influxo do art. 205 do CC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.09.283524-6/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Maria da Conceição Fernandes - Apelado: Telemar Norte Leste S.A. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2010. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Maria da Conceição Fernandes ajuizou ação ordinária em face de Telemar Norte Leste S.A., narrando ter firmado com a ré contrato de prestação de serviços de telefonia fixa.

Disse que a requerida lhe estaria repassando nas contas telefônicas os valores do PIS e da Cofins, embora tal repasse fosse ilegal, haja vista não ter havido pactuação acerca de tal pagamento nem ser ela, consumidora final, obrigada a arcar com tributos devidos pela concessionária do serviço público.

Discorreu sobre a matéria e, ao final, requereu a procedência da ação para que a ré seja obstada de cobrar nas suas contas telefônicas os valores relativos ao PIS e Cofins e, ainda, que seja condenada a devolver os valores que cobrou a tal título, desde a contratação.

Citada, a ré não apresentou contestação (f. 21).

A autora requereu o julgamento antecipado do feito (f. 25).

Sobreveio sentença às f. 32/37, que julgou improcedente o pedido, ao fundamento de ser legal o repasse dos tributos ao consumidor final.

Embargos de declaração de f. 40/41, rejeitados à f. 42.

Daí o recurso de f. 44/48, pelo qual a autora insiste na tese de ser ilegal o repasse na conta telefônica do PIS e da Cofins, transcrevendo jurisprudência sobre a matéria.

Pediu, por fim, o provimento do seu recurso, para que seja reformada a sentença, julgando-se procedente seu pedido.

Não foram apresentadas contrarrazões (f. 52).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos legais.

Cuidam os autos de matéria ligada à legalidade da prática adotada pela concessionária de serviço público de telefonia, Telemar, que repassa ao consumidor o ônus financeiro do PIS e da Cofins, na fatura mensal.

De início, importa registrar que a contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Da mesma forma, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Vejamos:

Lei 10.637/2002:

> Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Lei 10.833/2003:

> Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Força é convir, pois, que o sujeito passivo das obrigações, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 121 do CTN, é a empresa de telefonia, não o consumidor do serviço, porque este não tem qualquer relação pessoal ou direta com o fato gerador.

O que importa, então, é saber se o sujeito passivo das contribuições (PIS e Cofins) pode transferir o ônus financeiro para o consumidor do serviço de telefonia, já que não compõem o custo da tarifa anunciada pela concessionária.

A meu aviso não, porque esses tributos não incidem diretamente sobre a prestação do serviço de telefonia.

Bem de ver que a jurisprudência pacificada do STJ também assim entende, conforme exemplo:

> A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, bem como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade dessa conduta (AgRg no Ag 1102492/SP).
>
> 4. A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, bem como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade dessa conduta (REsp 910784/RJ).

Acrescente-se que, ao contrário do entendimento da sentença, o PIS e a Cofins não podem ser confundidos com ICMS (f. 62), tanto em relação a seus fatos geradores como com relação às suas bases de cálculo e suas sistemáticas de cobrança.

O fato gerador do PIS e da Cofins não é a prestação do serviço, e a base de cálculo respectiva não é o valor ou preço do serviço ou tarifa.

Ao contrário, o fato gerador é o faturamento como sinônimo da receita bruta, e a base de cálculo é o valor do faturamento como receita bruta que inclui, como acentuado, outras receitas extraoperacionais, além daquela estritamente operacional decorrente das tarifas cobradas dos consumidores.

E assim é porque não há qualquer dispositivo da legislação pertinente que determine que o tributo incida diretamente sobre o preço do serviço ou tarifa, individualmente, prestação a prestação, usuário a usuário, conta a conta. Essas duas contribuições (PIS e Cofins), como já aludido, são muito diferentes, e não se confundem com o ICMS.

E, pela mesma ordem de razões, também não há qualquer disposição da legislação que determine a cobrança do usuário consumidor na fatura da conta respectiva, como a ré/apelada arbitrariamente entendeu de proceder.

Em razão disso, o PIS e a Cofins somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.

Em face do sistema jurídico vigente e das disposições constitucionais e legais em vigor, portanto, o repasse do PIS e da Cofins somente pode ser o econômico, e nunca o repasse jurídico.

A propósito, veja-se o contido no julgamento do Recurso Especial nº 1.053.778-RS, de que foi Relator o Ministro Herman Benjamin:

> [...] Enfim, eminentes colegas, o repasse jurídico ou incidência direta, isto é, das próprias alíquotas do PIS e da Cofins sobre o valor pago a título de tarifa de telefone, além de não autorizado legalmente, incorre em tríplice equívoco: (a) contribuinte passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço, e não o valor do fatu-

ramento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1°, § 3°, da Lei 10.637/02, relativamente ao PIS, e no art. 1°, § 3°, da Lei 10.833/03, relativamente à Cofins.

No âmbito do Direito Tributário, devem ser examinados os pontos fixados pela instância de origem: há indevida alteração na sujeição passiva tributária, no fato gerador (ou no momento de sua ocorrência) e na base de cálculo dessas contribuições?

Como visto, o acórdão recorrido concluiu que a adição do PIS e da Cofins à tarifa de telefonia altera, de forma indevida, a relação jurídica tributária, tendo em vista que: (a) contribuinte passa a ser o consumidor e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação do serviço e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1°, § 3°, da Lei 10.637/02, relativamente ao PIS, e no art. 1°, § 3°, da Lei 10.833/03, relativamente à Cofins.

Entendo que a inclusão do PIS e da Cofins na fatura (conta telefônica) não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária. O usuário é tão somente contribuinte de fato, já que suporta o ônus financeiro, permanecendo a concessionária como contribuinte de direito. Note-se que esse fenômeno ocorre no ICMS e que não há, em relação a esse imposto, discussão quanto à sujeição passiva.

Assim, estou que deve ser reformada a sentença, para o acolhimento do pedido inicial.

Isso posto, dou provimento ao recurso, julgo procedente o pedido, condenando a ré/apelada a se abster de cobrar nas contas telefônicas da autora, a partir do trânsito em julgado deste acórdão, valores relativos a PIS e Cofins, sob pena de multa no valor de 10% (dez por cento) do valor da fatura em que forem cobrados, condeno ainda, a ré/apelada, ao pagamento dos valores efetivamente cobrados, desde a contratação dos serviços, observando-se a prescrição de 10 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, com correção monetária desde cada cobrança indevida e juros de mora a partir da citação, tudo conforme for apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Custas e honorários advocatícios, pela ré/apelada, esses que fixo em 10% sobre o valor da condenação, com base no art. 20, § 3°, do CPC, dada a simplicidade da matéria versada nos autos, que conta com vasta jurisprudência.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Ação de cobrança - Indenização - Dano moral - Dano material - Cumulação de ações - Agravos retidos - Veículo - Furto em via pública - Perfil do segurado - Condutor principal - Região de circulação do veículo - Agravamento do risco - Perda do direito

Ementa: Ação de cobrança c/c indenização por danos morais e materiais. Agravos retidos. Furto de veículo em via pública. Perfil do segurado. Condutor principal. Região de circulação do veículo. Agravamento do risco. Perda do direito.

- Se o segurado, ao formular a proposta de contratação, sonega informações imprescindíveis à avaliação do risco e à fixação do prêmio, resta caracterizada a hipótese prevista no art. 766 do Código Civil, isentando a seguradora de sua contraprestação, pois a boa-fé das partes é essencial ao contrato de seguro.

- Constatado que o segurado omitiu circunstância relevante, capaz de influir na aceitação da proposta pela seguradora, caracterizada restou a sua má-fé, acarretando, em consequência, a perda do direito à indenização contratada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.413789-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Márcio Thadeu Rodrigues da Fonseca - Apelada: HDI Seguros S.A. - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

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 AOS AGRAVOS RETIDOS E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2010. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Silvio Abreu.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - Este feito veio adiado, a pedido do Desembargador Relator, após sustentação oral.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Pedi vista dos autos na última sessão de julgamento para melhor análise da matéria, em vista da excelente sustentação oral proferida pelo Dr. Silvio Abreu. Ressalto que ouvi, novamente, com a devida atenção, a gravação da manifestação produzida da tribuna pelo d. advogado, a qual requisitei do serviço de taquigrafia.

Agradecendo as elogiosas referências feitas a esta Nona Câmara, registro, também, que recebi o memorial do apelante, ao qual prestei a atenção devida. As matérias abordadas pelo recorrente fazem parte do voto proferido.

Trata-se de apelação interposta por Márcio Thadeu Rodrigues da Fonseca, visando à reforma da r. sentença de f. 239/243, proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação de cobrança c/c indenização por danos morais e materiais movida pelo ora apelante contra HDI Seguros S.A.

Em suas razões - f. 246/263 -, busca o apelante, em preliminar, a apreciação do agravo retido manejado contra a decisão que indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova. No mérito, busca a reforma da r. sentença, alegando que não se houve com acerto o d. Julgador primevo no exame da questão. Afirma que teve o seu veículo furtado na cidade do Rio de Janeiro. Alega que, quanto à questão relativa ao condutor principal, entendeu o d. Sentenciante que esse fato, por si só, não ensejaria a negativa de pagamento, mas que outras declarações inverídicas foram prestadas pelo segurado, elidindo o dever da seguradora em pagar o valor do seguro. Diz que não prestou declarações falsas e que o contrato de seguro vinha sendo renovado automaticamente, sem que houvesse por parte da fundamento de que era a cidade do Rio de Janeiro, local em que foi o veículo furtado, quando, na verdade, o segurado, ora apelante, declarou que seria a cidade de Juiz de Fora, no ato da celebração do contrato de seguro, negando, por esse fato, a indenização pretendida. Afirma que, na realidade, quando da primeira contratação, o veículo era utilizado por sua mãe, que, efetivamente, reside no Rio de Janeiro, mas trabalhava em Juiz de Fora, razão pela qual a área de maior circulação era mesmo Juiz de Fora; apenas eventualmente, o recorrente utilizava-se do mesmo para ir à faculdade. Ademais, acrescenta:

> De fato, uma coisa é o principal lugar de circulação do veículo - Juiz de Fora. Outra coisa é a residência do condutor principal - Rio de Janeiro (f. 259).

Sustenta a sua condição de hipossuficiência para afirmar e reafirmar que não sabia que precisava informar à seguradora eventual alteração sobre o condutor principal ou sobre a área de circulação, ressaltando que, renovado automaticamente o contrato, jamais foi questionado pela seguradora e "não imaginava ser relevante para fins de aumento de risco do seguro" - f. 260 - além do que no questionário de risco não existe qualquer pergunta sobre viagens que eventualmente pudessem ser realizadas, e mais: o seguro, conforme estabelecido no contrato, cobre todo o território nacional, sem qualquer limitação. Ressalta que disse a verdade no ato da contratação, que agiu dentro da mais estrita boa-fé e que, se não relatou eventuais alterações quando das renovações, não o fez por má-fé, mas

> por uma simples questão de ingenuidade e ignorância, dada a sua evidente posição de hipossuficiente como consumidor (f. 263).

Intimada, a apelada trouxe suas contrarrazões - f. 266/291-, postulando a apreciação do agravo retido. No mérito, estão em evidente contrariedade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, ausente o preparo ante a gratuidade judiciária concedida à f. 77.

Passo ao exame dos agravos retidos.

Agravo retido - f. 80/86 - manejado pelo ora apelante.

Intentou o autor/apelante o presente agravo retido contra a decisão de f. 77, que indeferiu o seu pedido de inversão do ônus da prova. Alega que se trata de uma relação de consumo e que estão comprovados os pressupostos necessários para a pretendida inversão, pois que, "certamente, encontrará dificuldade em obter informações necessárias a garantir o seu direito" (f. 85).

A decisão agravada foi mantida - f. 86-v. Não houve contraminuta.

Entendo que a inversão do ônus da prova não constitui princípio absoluto, não é automática e não depende apenas da invocação da condição de consumidor, pois esse conceito não é sinônimo necessário de *hipossuficiência*, tampouco de *verossimilhança*.

A inversão do ônus da prova somente é possível quando verossímeis as alegações do consumidor, ou quando se revelar clara a sua dificuldade de acesso a determinado meio probatório, valendo observar que esta foi introduzida no nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que a instituiu como direito básico do consumidor:

> A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

E, na averiguação dos pressupostos autorizadores da inversão do ônus da prova, refiro-me à excelente orientação presente no voto do Juiz Rizzato Nunes, do 1º

Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, onde restou definida, de forma bastante precisa, a verossimilhança e a hipossuficiência. Confira-se:

> Assim, também, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova, se forem verossímeis as alegações ou for hipossuficiente o consumidor.
> Vale dizer, deverá o Magistrado determinar a inversão. E ela se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.
> Quanto à primeira, é preciso que se diga que não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial. É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o Magistrado aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação. E é essa a teleologia da norma, vez que o final da proposição a reforça ao estabelecer que a base são 'as regras ordinárias de experiência'. Ou, em outros termos, terá o Magistrado que se servir dos elementos apresentados na composição do que usualmente é aceito como verossímil.
> É fato que essa narrativa interpretativa que se faz da norma é um tanto abstrata, mas não há outra alternativa, posto que o legislador utilizou-se de termos vagos e imprecisos ('regras ordinárias de experiência'). Cai-se, então, de volta ao aspecto da razoabilidade e, evidentemente, do bom senso que deve ter todo juiz.
> A hipossuficiência, por sua vez, é característica básica de grande parte dos consumidores, que são economicamente fracos, e são, também, desinformados.
> [...]
> Da mesma maneira, a hipossuficiência depende de reconhecimento expresso do Magistrado no caso concreto. É que o desconhecimento técnico e de informação capaz de gerar a inversão tem que estar colocado no feito *sub judice*. São as circunstâncias de problema aventado e em torno do qual o objeto da ação gira, que determinarão se há ou não hipossuficiência [...]. (AI nº 951637-4, j. em 18.10.2000, Lex-TACivSP 186/24.)

Assim, a inversão do ônus da prova prevista na Lei Consumerista só é permitida se houver prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte que a pede, ou hipossuficiência real à produção de determinada prova.

Também não me parece que o agravante deva ser considerado hipossuficiente, para os fins da inversão requerida, cumprindo esclarecer que a hipossuficiência de que aqui se trata não é a mera diferença, inclusive econômica, entre as partes, mas a desigualdade técnica de tal magnitude que torne insuportável o ônus da prova.

Nesse sentido, os ensinamentos de Milton Paulo de Carvalho Filho:

> Considera-se hipossuficiente o consumidor carente de recursos culturais e materiais, ou de ambos.
> A hipossuficiência é uma característica integrante da vulnerabilidade. E vulneráveis são todos os consumidores, por força do que dispõe o art. 4º, I, do CDC, já citado. Já a hipossuficiência é a marca pessoal limitada apenas a alguns, nunca de todos os consumidores.
> A hipossuficiência deve relacionar-se com dificuldade do consumidor de desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito. Refere-se à dificuldade na tarefa de produção da prova pelo consumidor. Assim, impõe-se ao juiz decisão de inversão, em favor do consumidor, sempre que se evidencie mais fácil ao fornecedor a produção da prova.
> Por isso que a hipossuficiência de que trata a lei não é a econômica, pois nesta hipótese, desejasse o juiz inverter o ônus da prova, simplesmente atribuiria ao fornecedor os encargos financeiros da prova, em razão de sua situação econômica privilegiada. Além disto, poderia o julgador também valer-se do disposto na Lei 1.060/50 para liberar o consumidor do custo da produção de eventual prova técnica, diante da mera declaração de necessitado do consumidor.
> A hipossuficiência exigida pela lei é a técnica, aquela diminuição da capacidade do consumidor que diz respeito à falta de conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor - ou retidos por ele -, segundo o grau de instrução, o acesso à informação, educação, associação e posição social do consumidor.
> Assim, estará autorizada a inversão do ônus da prova quando existir flagrante desequilíbrio na posição do fornecedor e do consumidor e for muito mais fácil ao primeiro provar sua alegação. (*Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumido*. Revista dos Tribunais, 2003, v. 807, p. 69/71.)

Data venia, o autor/agravante-apelante não pode ser considerado hipossuficiente do ponto de vista probatório, uma vez que a prova mais relevante, no caso dos autos, a prova fundamental para se desvendar a verdade dos fatos - qual seja a apólice e as condições do seguro, o registro de ocorrência e a prova da negativa da seguradora -, já se encontra nos autos, considerando-se o constante dos documentos de f. 28/74 e 138/160 e o pedido, tal como vindo, apenas "a fim de que a isonomia da relação processual se estabeleça" (f. 12) e "no intuito de se evitar a invocação de prejuízos processuais pelos litigantes" (f. 21) ou, ainda, para propiciar "novos argumentos", tal como referido na tribuna. Sem qualquer referência a objeto sobre o qual incidiria tal inversão, não disse a que veio e não tem qualquer pertinência.

Em vista disso, não havia mesmo que se deferir a inversão do ônus probatório, por estarem completamente ausentes os pressupostos.

Ademais, conforme se pode ver à f. 207, as partes foram instadas à especificação de provas, e o autor/agravante manifestou-se sobre as que pretendia produzir (f. 210/211) e que foram deferidas pelo d. Juiz (f. 212), com exceção do depoimento pessoal do autor.

Posto isto, nego provimento ao agravo retido.

Agravo retido (f. 213/214) trazido pela ré apelada.

Em suas razões, a agravante/apelada afirmou que o indeferimento do depoimento pessoal do autor lhe

cerceou o direito de defesa, porquanto a questão discutida envolve negativa de pagamento do seguro, dada a insinceridade do segurado quando preencheu a proposta do seguro, com evidente agravamento do risco. Portanto,

> é imprescindível o depoimento pessoal do suplicante, já que somente ele pode esclarecer acerca da real utilização do veículo segurado, da guarda do mesmo em garagem ou estacionamento, sobre sua real região de circulação, sobre que, de fato, era o principal condutor do mesmo, entre outros.

Ouvido o autor/agravado, manifestou-se pelo improvimento do agravo (f. 218/219).

Pronunciando-se sobre o juízo de retratação, o d. Julgador manteve a decisão agravada (f. 220).

O art. 130 do Código de Processo Civil confere ao juiz autoridade para decidir sobre a produção de provas requeridas pelas partes, devendo afastar aquelas que se mostrarem inúteis ou desnecessárias, sem que isso implique ofensa aos ditames processuais ou aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Preleciona Moacyr de Amaral Santos:

> A prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência de fatos sobre os quais versa a lide. (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed., Saraiva, 1996.)

Este o norte do Superior Tribunal de Justiça:

> A produção de provas constitui direito da parte, a comportar temperamentos a critério da prudente discrição do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo de valor acerca da sua utilidade e necessidade, de modo a resultar no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da Justiça. (REsp 40.048/MG, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma.)

Ainda:

> A questão ou não de deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC, 130. (AI nº 56995-0/SP, Rel. Min. Assis Toledo, j. em 5.4.95.)

Ora, sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele decidir acerca da necessidade da produção de prova testemunhal, podendo dispensá-la, se a matéria posta para julgamento já estiver suficientemente demonstrada por documento, como presente na r. decisão agravada.

Assim, verificando-se que a decisão que indeferiu o depoimento pessoal do autor não trouxe qualquer prejuízo à elucidação dos fatos discutidos no feito, obrando o d. Magistrado singular de acordo com as determinações a respeito, estabelecidas no art. 130 do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo retido.

Mérito.

Registre-se, inicialmente, ser inequívoco que o contrato de seguro esteja albergado pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, cabendo interpretação de determinada cláusula ou texto em prol do consumidor, quando existir dúvida com relação ao seu exato sentido. Vejamos a hipótese dos autos.

Converge toda a controvérsia para um ponto comum, que se refere à recusa da indenização do sinistro pela seguradora ao apelante, sob fundamento de que houve má-fé nas declarações sobre o perfil do segurado, fato que isentaria a empresa de qualquer obrigação ressarcitória. Dois, pelo menos, são os fundamentos da negativa securitária; a primeira diz respeito ao fato de que a proposta de seguro indicou como condutor principal a mãe do segurado; e a segunda, relativa ao local de circulação do veículo, além do fato alusivo à sua guarda. Afirma a apelada que o segurado/apelante faltou com a verdade, pois não é a mãe do mesmo a condutora principal, e a região onde trafegaria o veículo não é Juiz de Fora, mas o Rio de Janeiro, onde, sabidamente, a ocorrência de furto de veículos é muito maior.

O autor/apelante nega que tenha agido de má-fé, afirmando que o contrato de seguro era renovado automaticamente e que, mesmo tendo ocorrido alteração da situação fática quanto ao mesmo, sem qualquer informação da seguradora sobre a necessidade de fazer outras declarações, pensou que seria desnecessário.

A r. sentença entendeu que, de fato, a questão referente ao condutor principal, por si só, não ensejaria a negativa de pagamento; entretanto, considerou que outras declarações inverídicas, prestadas pelo segurado, caracterizaram má-fé, influenciando na celebração da proposta, "falseando o modo de uso do veículo, com o objetivo de reduzir o valor do prêmio, conforme alegado pela requerida" (f. 242). Em razão disso, julgou improcedente o pedido inicial e impôs a sucumbência, com a suspensão determinada pelo art. 12 da Lei 1.060/50.

Ao exame dos autos, constata-se que as partes firmaram um contrato de seguro de veículo que garante a reposição dos prejuízos materiais ao veículo segurado, em consequência de colisão, incêndio, furto e roubo (f. 40/74), sendo certo que o manual do segurado foi colacionado com a própria inicial.

Verifica-se que o veículo segurado fora furtado no dia 26.9.2006, entre as 21 e 23h50min (f. 37), tendo o apelante pleiteado, então, a indenização pertinente, prevista no contrato de seguro de veículo firmado com a apelante (perda total decorrente de furto), que foi negada, ao argumento de que o apelante prestou declarações falsas e incorretas na contratação do seguro, visto que o mesmo teria declarado que a condutora principal era a mãe do recorrente, Sr.ª Maria de Lourdes Pinheiro Rodrigues da Fonseca, que o principal local de circulação

do veículo era Juiz de Fora e que o veículo segurado ficava guardado em garagem e/ou estacionamento - e, por ocasião, do sinistro constatou-se que o veículo estava estacionado em via pública, quando o segurado se encontrava num bar na cidade do Rio de Janeiro, e que sua mãe não era a condutora.

Como o e. Juiz primevo, entendo que o fato, por si só, de a condução principal do veículo ter sido declarada como sendo da mãe do recorrente não implicaria, de forma absoluta, falsa declaração de perfil. Entretanto, várias são as circunstâncias que não correspondem ao declarado pelo segurado e, pelo contexto do ocorrido, assiste razão à seguradora em negar o pagamento da indenização.

Em primeiro lugar, o apelante declarou que é o proprietário do veículo e que a condutora principal seria a sua mãe, Sr.ª Maria de Lourdes Pinheiro Rodrigues da Fonseca, com idade de 55 a 62 anos e habilitada desde 30.3.1973, enquanto que o segurado/apelado tinha 25 anos e habilitação desde 24.6.1998. Afirmou ainda o recorrente que o local de circulação do veículo seria Juiz de Fora, sendo que, na verdade, a mãe do apelante reside no Rio de Janeiro, e não em Juiz de Fora, como afirmado. Assevere-se, ainda, que, conforme declarado, o veículo era guardado em garagem ou estacionamento, sendo certo que o mesmo fora furtado na via pública, onde foi deixado não "por alguns instantes", como afirmou na inicial (f. 03), mas por cerca de 3 horas, pois o furto ocorreu entre 21 e 23h50min horas.

Ao renovar o contrato de seguro, o segurado foi advertido, conforme f. 28:

> A nossa proposta, apesar de ter sido preparada com base no seu seguro vigente, pode conter sugestões mais adequadas aos dias de hoje. No entanto, caso você queira fazer alguma alteração nesta proposição, ou ainda conhecer novas opções para ajustá-las à sua necessidade, ligue para a Central da HSBC Corretora de Seguros - 080007015949, impreterivelmente até o dia 18.5.2007 [...]

Acrescentando:

> Esta proposta de renovação considerou o seguinte CEC de pernoite (local onde o veículo permanece estacionado durante a noite) de seu veículo: 36.033-340. Caso não esteja correto, entre em contato com a Central de Seguros para a regularização.

Nas condições gerais do seguro, consta (f. 59) a cláusula 9ª, perda de direitos, que dispõe na letra "a":

> O Segurado, beneficiário, representante ou corretor de seguros que não fizer declarações verdadeiras e completas ou omitir circunstâncias de seu conhecimento que pudessem ter influenciado na aceitação da proposta ou na fixação do prêmio e/ou na análise das circunstâncias decorrentes do sinistro, especialmente as informações prestadas no questionário de avaliação de risco;
> [...]
> Letra j:
> ficar devidamente caracterizado que o veículo segurado circulava em região diferente da informada por ocasião da contratação do seguro, conforme definição de região de circulação constante no glossário.

Quando da sindicância realizada pela seguradora, as circunstâncias inverídicas sobre a contratação restaram claras, como se pode aferir das declarações da mãe e do próprio segurado. Confira-se:

À f. 140, a declarada condutora principal do veículo afirmou que:

> Ao ser questionada quanto à utilização do veículo segurado, disse-nos que não o conduz, e que não é a principal condutora do veículo segurado, conforme declaração por escrito em anexo.

Em f. 149/150, a referida senhora afirmou que não é a condutora principal, não usa habitualmente o veículo, que o mesmo não está em seu nome, "porque é do meu filho", que não trabalha e que reside na cidade onde o veículo foi furtado, ou seja, Rio de Janeiro, e, ainda, que a região em que o veículo habitualmente circula é a cidade de Juiz de Fora/MG.

Por outro lado, constatou-se que o segurado, ora apelante, declarou o seguinte (f. 141):

> Ao ser questionado quanto à utilização do veículo segurado, disse-nos que a condutora da apólice, sua mãe, Sr.ª Maria de Lourdes, não conduz o veículo segurado, e que é o único condutor do bem segurado.

Às f. 145/147, em declaração firmada de próprio punho, constam os seguintes quesitos:

> O veículo em referência é habitualmente conduzido por você? Sim.
> Você conduz o veículo em referência três ou mais vezes por semana? Sim.
> Caso positivo, especifique a quantidade: 7X
> Você se considera o principal condutor do veículo em referência? Sim.
> [...]
> Para que fim você utiliza o veículo em referência?
> (X) lazer; (X) no deslocamento ao trabalho; (X) na atividade profissional/visita a clientes ou fornecedores [...]

Ainda na sindicância realizada, nas declarações de f. 139/140, ficou constatado que o segurado e sua mãe "residem no Rio de Janeiro, e a residência em Juiz de Fora é utilizada para veraneio, para onde se deslocam nos finais de semana".

De qualquer forma, o segurado apelante, em suas razões recursais, alega que o fato de não relatar "a alteração deste no decorrer dos anos por uma simples questão de ingenuidade e ignorância, dada a sua evidente posição de hipossuficiência como consumidor". Tal afirmação, consideradas todas as circunstâncias presentes, não se sustenta, tendo em vista que não foi somente uma inverdade, mas várias, que, somadas, não podem ser rele-

vadas, não havendo como amparar a sua alegação de que o contrato era automaticamente renovado, tendo em vista o constante de f. 57, onde está destacado:

> A renovação do seguro não é automática.
> Para que a renovação seja providenciada, contate o seu Corretor de Seguros com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, antes do prazo final da vigência de sua apólice.

Ora, é certo que as informações prestadas pelo segurado influíram na determinação do prêmio (preço) do seguro. E, sendo elas falsas/incorretas/omissas, a seguradora não pode ser compelida ao pagamento do prêmio.

O Código Civil, na parte que trata dos contratos de seguro, dispõe:

> Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.
> Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

O que se pretende é que as partes se portem com lealdade e honestidade, buscando a manutenção do equilíbrio contratual. Assim como a boa-fé, a veracidade, exigida também pelo art. 765 do Código Civil, se refere ao objeto do seguro, às circunstâncias e às declarações referentes a este. E, no caso, o recorrente, ao efetuar o seguro em nome de sua mãe, declarando-a principal condutora e declarando ainda que o veículo circularia em Juiz de Fora, quando o furto ocorreu no Rio de Janeiro, no fim de noite de uma segunda-feira (embora sejam cidades muito próximas, como afirmado pelo d. procurador na sustentação oral), esses fatos implicam reconhecer que o mesmo buscou reduzir o valor do seguro contratado. É consabido que as seguradoras consideram maior o risco quando o condutor/proprietário do veículo tem pouca idade, é solteiro, o veículo não é guardado em garagem, interessando se possui ou não dispositivo antifurto/roubo, etc. Essas características são, via de regra, objeto do questionário no momento da contratação.

A propósito, assim se posiciona a doutrina de Clóvis Beviláqua:

> Qualquer informação falsa no contrato de seguro, presume-se de má-fé, ainda que seja apenas de expressão de mera leviandade, ou falta de zelo. Se a má-fé for do segurador, o segurado poderá anular o contrato; se for deste último, o contrato será anulado com dispensa do pagamento do prêmio vencido. (*Código Civil*, v. V, p. 104.)

> A lei obriga os contratantes a serem sinceros e verdadeiros em suas declarações, sob pena de nulidade do contrato. Quando se chama ao seguro contrato de boa-fé, expressão que perdeu, no direito moderno, sua significação romana, pretende-se indicar que o segurado está particularmente obrigado a bem informar o segurador sobre todas as circunstâncias que lhe permitam apreciar a natureza e a extensão do risco que toma a seu cargo. Deve abster-se de falsas declarações, como não deve guardar silêncio sobre seguro, presume-se de má-fé ainda que seja apenas expressão de mera leviandade, ou falta de zelo. As declarações do segurado concernentes, portanto, aos antecedentes e aos elementos do risco, como base que são do contrato, devem ser completas e verdadeiras. Qualquer inexatidão, ainda que involuntária, constitui causa de nulidade do contrato. (SANTOS, Amílcar. *O seguro*. 2. ed. Atlas, 1989.)

Sílvio Rodrigues ensina que:

> Como o seguro é um ajuste em que o segurador assume os riscos do negócio em troca de um prêmio que arbitra, mister se faz que ele conte com todos os dados necessários para avaliar tais riscos. A declaração falsa pode induzir o segurador a fixar uma taxa diversa da que fixaria, se soubesse a verdade, enfrentando, assim, um risco maior do que aquele que se dispunha a enfrentar... Imagine se pessoa que, ao fazer o seguro de vida, responda ao segurador não ter jamais tido qualquer moléstia grave, quando ainda convalesce de séria enfermidade. No caso, o mentiroso segurado conduz o segurador não só a concordar com o seguro, como lhe conceder uma taxa reduzida. O negócio, evidentemente, não pode prevalecer. (*Direito civil*. Saraiva, v. III, p. 375/376.)

E a jurisprudência:

> No contrato de seguro, se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro. Recurso provido para julgar improcedente o pedido. (AC 6310/2001 - 1ª Câmara Cível, TJRJ, Rel. Des. Marlan Marinho - J. 26.6.2001.)

Deste Tribunal, em recente julgamento:

> Ação de cobrança. Contrato de seguro. Declaração inverídica prestada pelo segurado. Perda da cobertura. Possibilidade.
> - É comum, na contratação de apólice de seguro, as pessoas prestarem informações inverídicas, de forma a reduzir os valores relativos ao prêmio, sem preocupar-se com o fato de que, futuramente, poderão ver negada a sua pretensão indenizatória, sendo certo que o contrato de seguro por perfil é modalidade especialíssima na qual a boa-fé e a veracidade das informações prestadas têm uma maior relevância.
> - São exatamente as informações feitas pelo segurado que determinam o objeto do contrato, os riscos que pelo acordo ficaram assegurados e a taxa do prêmio a pagar, na proporção das possibilidades do sinistro. Assim, quando falsas ou omitidas, não correspondentes à realidade, viciam a declaração da vontade do segurador, influenciando a validade do seguro. (Ap. 1.0701.03.060206-7/001, Rel. Des. Batista de Abreu, 16ª Câmara Cível, j. unânime em 11.2.2009.)

Da minha relatoria:

> Ação de indenização. Contrato de seguro de veículo. Informações prestadas pelo segurado dissociadas da real verdade. Perda do direito a eventual indenização. - As informações prestadas pelo segurado influem na determinação

> do prêmio (preço) do seguro e, sendo elas falsas/incorretas/omissas, isenta está a seguradora de qualquer obrigação decorrente do contrato de seguro firmado entre as partes. (Ap. 2.0000.00.438587-1/000, j. unânime em 22.2.2005.)

O d. Julgador primevo apreendeu com muita propriedade a situação dos autos, quando afirmou à f. 242:

> Não se pode aqui considerar a alegação de que o requerente desconhecia que precisava atualizar as informações do seguro, pois estas, desde o início, já foram inverídicas, visto que o local de tráfego do veículo divergia da própria residência da condutora principal indicada.
> Além disso, pelo que se verificou nos autos, o local em que se deu o sinistro não era de circulação esporádica do autor, verdadeiro condutor principal do veículo, uma vez que lá permanecia para treinamento, viagens, além de ser a residência de sua mãe.

Assim, considerando-se que informações feitas pelo segurado determinam o objeto do contrato, os riscos que pelo acordo ficaram assegurados e a taxa do prêmio a pagar, na proporção das possibilidades do sinistro, quando falsas ou omitidas, não correspondentes à realidade, viciam a declaração da vontade do segurador, influenciando a validade do seguro.

Com tais considerações, nego provimento aos agravos retidos e à apelação e mantenho o r. comando sentencial primevo, que deu correto deslinde à matéria.

Custas recursais, pelo apelante, que, amparado pela gratuidade judiciária, submete-se aos ditames do art. 12 da Lei 1.060/50.

Resumo do dispositivo (art. 506, III, CPC):

- Negar provimento ao agravo retido trazido pelo apelante.

- Negar provimento ao agravo retido trazido pela apelada.

- Negar provimento à apelação.

DES. PEDRO BERNARDES - De acordo.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E À APELAÇÃO.

...

Ação declaratória - Duplicata - Protesto - Suspensão - Tutela antecipada - Requisitos - Garantia - Modalidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória. Duplicata. Protesto. Suspensão. Tutela antecipada. Requisitos. Garantia. Modalidade.

- Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, defere-se o pedido de tutela antecipada, que tem por fim a suspensão de protesto.

- Se a lei não determina a espécie de caução, a escolha cabe ao obrigado a prestá-la, competindo ao juiz apenas apreciar a idoneidade da garantia.

- Oferecendo o requerente da cautela caução real sobre bens móveis seus, cujo valor ultrapassa o do título protestado, não há motivo para a recusa da garantia oferecida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.759865-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Schincariol Logística Distribuição Ltda. - Agravado: BR Factoring Ltda. - 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, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2010. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Schincariol Logística e Distribuição Ltda. contra a decisão de f. 80-TJ, proferida pela douta Juíza da 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que houve por bem, nos autos da "ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais", que a agravante move em desfavor da agravada, BR Factoring Ltda., indeferir o pedido de tutela antecipada formulado na inicial, que visa à suspensão dos efeitos do protesto de duplicata (f. 73-TJ) no valor de R$25.364,06.

Sustenta a agravante, em síntese, que a decisão combatida é nula, pois não foi devidamente fundamentada, conforme prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal; que a caução ofertada (f. 77-TJ) é válida, pois a escolha da espécie a ser ofertada compete à parte, cabendo ao juiz apreciar apenas a idoneidade da garantia; que o valor devido foi pago via *bank line*, o que restou comprovado à f. 65-TJ, de forma incontroversa.

Ressaltando a presença dos requisitos do art. 273 do CPC, a agravante requer a reforma do *decisum*, de modo a suspender os efeitos do protesto contra si lavrado, por ordem da agravada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Sem intimação da agravada, tendo em vista a não formação da relação processual.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo e preparado (f. 91).

O digno Juiz primevo, na decisão hostilizada pelo presente agravo (f. 80), indeferiu a antecipação de tutela, por considerar que o documento de f. 69 não é apto a comprovar a efetivação da transação financeira aduzida pela autora.

Data venia, não entendo dessa forma.

Trata-se de comprovante de transferência entre contas-correntes, ambas do Banco Itaú, gerado a partir da utilização do sistema "Itaú Bankline" (f. 88-TJ).

Conforme sabido, as operações bancárias feitas pela internet, cada vez mais frequentes, geram ao correntista, como único comprovante, documentos como o de f. 88, que contêm um código de autenticação, por meio do qual é possível verificar sua validade perante o banco que o emitiu.

Os referidos comprovantes de transferência/pagamentos realizados através da internet são aceitos, inclusive, para comprovar o recolhimento das custas judiciais perante os tribunais.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> Apelação cível - Preparo - Pagamento efetivado por intermédio de *internet banking* - Validade - Deserção não configurada. - Não há falar-se em deserção na hipótese de o recurso de apelação encontrar-se devidamente acompanhado do comprovante de recolhimento de preparo, ainda que efetivado por intermédio de serviço bancário disponível na rede mundial de computadores, uma vez constantes elementos capazes de atestar a veracidade dos dados e a autenticidade da operação. [...]. (TJSC - Apelação Cível nº 2006.016335-5. 3ª Câmara Cível. Rel. Desª. Salete Silva Sommariva. J. em 10.08.2006.)

> Processual civil - Preparo de recurso de apelação - Recolhimento através de serviço bancário via internet - Deserção reconhecida no Juízo *a quo* - Inconformismo - Pagamento via internet - Juntada da 3ª via da GRJR - Validade - Deserção inocorrente - Agravo provido. - É válido o recolhimento do preparo efetuado através de serviço bancário via internet, preferencialmente com a juntada da 3ª via da GRJR e do respectivo comprovante de pagamento. (TJSC - Agravo de Instrumento nº 2007.013035-9. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Monteiro Rocha. J. em 19.10.2007.)

Cumpre ressaltar que, caso a parte contrária duvide da autenticidade do aludido comprovante, poderá impugná-lo, momento em que o banco que o emitiu poderá ser consultado acerca da autenticidade do código nele impresso.

As condições gerais da antecipação de tutela são a existência de prova inequívoca e o convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, isto é, da procedência do que se pede.

Na ação originária, a autora alega que já pagou a dívida que deu ensejo ao protesto de duplicata mercantil, referente à prestação de serviços de Coopsert Cooperativa de Serviço e Trabalho, contratada pela ora agravante.

De fato, verifica-se que, conforme consta do documento mencionado (f. 88-TJ), a autora efetuou a transferência, no exato valor do título protestado, em favor da Coopsert Cooperativa de Serviços, cedente do crédito, no dia 13.07.2009, ou seja, 17 dias após a emissão da nota fiscal de f. 67-TJ (26.06.2009).

Verifico, ainda, através do documento de f. 71, que o protesto foi protocolado em 11.08.2009, passado pouco mais de um mês da emissão da nota, e apenas 17 dias depois do pagamento, lapsos temporais relativamente curtos para que se possa presumir que a cessão do crédito foi antecedida da devida comunicação à autora, ora agravante.

Ademais, não nos parece crível que a autora, notificada da cessão do crédito, tenha equivocadamente pagado a dívida à cedente, que, por sua vez, teria a obrigação de comunicar à cessionária, ora agravada, o recebimento da dívida, sob pena de recebê-la em duplicidade, incorrendo em enriquecimento ilícito.

Diante disso, entendo que a documentação colacionada pela autora da ação é capaz de formatar a verossimilhança de suas alegações, conduzindo à existência da prova inequívoca.

Ao mesmo tempo, presente está o perigo de lesão grave ou de difícil reparação ao direito da agravante, porquanto evidentes os prejuízos causados a partir do protesto do título.

Por outro lado, quanto à prestação da caução ofertada, indeferida pelo douto Magistrado, também nesse ponto a decisão está a carecer de reforma.

A agravante não se insurge contra sua exigência, mas sim quanto à determinação de que ela seja prestada em dinheiro.

Assevera que os bens móveis que ofereceu como garantia (f. 77-TJ) se mostram suficientes e adequados para a finalidade da caução, e que possuem maior valor, R$55.891,41 (cinquenta e cinco mil oitocentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos), que a dívida objeto da lide.

É consabido que a contracautela, em que implica a caução, não é uma imposição obrigatória e permanente da lei, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento de medida liminar.

Trata-se, apenas, de uma faculdade oferecida ao juiz, cujo exercício depende da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa, tendo o poder de impor ao requerente, quando deferir a medida *in liminis litis*, o oferecimento ou não de uma caução, que pode ser real ou fidejussória, nos termos do art. 804 do CPC, não sendo de se exigir, observadas as peculiaridades de cada caso, a sua efetiva prestação em dinheiro.

Tomando-se os valores do título protestado (R$25.364,06) e o valor dos bens dados em caução (R$55.891,41), não se constata qualquer motivo para a recusa deles como garantia, não implicando sua

aceitação quebra da idoneidade da caução, nem imposição de maior risco à agravada, ou quebra do equilíbrio processual entre as partes.

Não há, dessarte, razão para se recusar a oferta feita pela agravante e exigir-se o depósito em dinheiro, já que, enquanto se discute a origem do título protestado em ação principal, estará seu valor assegurado com a caução oferecida.

Nesse sentido, vêm decidindo nossos tribunais:

> No silêncio da lei, a escolha da espécie de caução cabe ao obrigado a prestá-la, não podendo o juiz impor que ela seja feita em dinheiro (*RJTJESP* 125/331).
>
> Medida cautelar - Sustação de protesto - Caução - Garantia real ou fidejussória. - Não se pode exigir, em face do disposto no art. 804 do CPC, que a caução seja prestada em dinheiro, sob pena de violação de direito líquido e certo do requerente (TAMG, 4ª Câmara Cível, AI 247.750-9, Rel. Juiz Célio César Paduani, j. em 2.3.1998).
>
> Medida cautelar - Sustação de protesto - Liminar - Caução - Art. 804 e 827 do CPC. - A exigência de caução para a concessão de liminar, em sustação de protesto, depende do caso e do prudente arbítrio do juiz, uma vez que, segundo o disposto no art. 804 do CPC, ela pode ser real ou fidejussória, sendo de livre escolha do devedor o objeto da garantia, consoante se extrai do disposto no art. 827 do mesmo diploma legal, estando o juiz obrigado a aceitá-la, desde que idônea (TAMG, 2ª Câmara Cível, AI 247.533-8, Rel. Juiz Manuel Saramago, j. em 17.02.1998).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para, reformando a decisão recorrida, acolher o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional formulado pela autora, deferindo a caução ofertada à f. 77-TJ e determinando que a agravada promova a imediata suspensão do protesto e seus efeitos, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada sua incidência ao prazo de 20 (vinte) dias.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e FÁBIO MAIA VIANI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto famélico - Caracterização - Andarilho - Subtração de alimento - Estado de necessidade - Absolvição

Ementa: Furtos qualificados pelo repouso noturno - Andarilho que furtou para se alimentar - Furto famélico - Caracterização.

Se fica patente que a subtração dos produtos era dirigida à alimentação do réu, que por mais de uma vez procurou emprego, não logrando êxito, patente o furto famélico, cuja definição no estágio atual de desenvolvimento humano pode ser caracterizado como a ação praticada por quem está em extremo estado de penúria e é impelido à ação pela inadiável necessidade dos bens para si ou para a própria família. Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0144.03.001066-0/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelante: Lúcio Gabriel da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 Delmival de Almeida Campos , incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de março de 2010 - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de Apelação Criminal interposta por Lúcio Gabriel da Silva, em face da sentença de f. 118/126, que julgou procedente a denúncia aviada para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 155, § 1º (por três vezes), e art. 155 c/c art. 14, II, ambos na forma do art. 71, todos do Código Penal, fixando-lhe a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Em sede de razões recursais de f. 158/161, pugna a defesa pela absolvição do condenado e, subsidiariamente, pelo decote da qualificadora presente no § 1º do artigo supracitado.

Contra-arrazoa o Ministério Público às f. 163/167, justando pela manutenção integral da sentença vergastada.

Opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e não provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Nos termos do recurso voluntário, pretende a defesa a absolvição, em razão de o réu ter furtado apenas gêneros alimentícios, o que, segundo sua ótica, configuraria o furto famélico, requerendo, alternativamente, o decote da qualificadora do repouso noturno, previsto no § 1º do citado dispositivo penal.

Segundo narra a denúncia:

> [...] Consta do incluso inquérito policial que nos idos de janeiro de 2003, do interior de um bar situado na Fazenda Chapadão do Bugre, bairro Barreiro, zona rural deste Município, o increpado agindo com *animus furandi*, subtraiu por três vezes gêneros alimentícios e produtos de bar pertencentes à vítima Arildo Pereira Guerra, avaliado em aproximadamente R$ 400,00.
>
> Consta também que por volta das 20h30 do dia 21 de fevereiro de 2003, do interior do barracão situado na Fazenda Grotão, bairro Barreiro, zona rural desta, o denunciado agindo com *animus furandi*, tentou subtrair para si gêneros alimentícios, pertencentes à vítima José dos Reis de Oliveira.
>
> Segundo apurou-se, o denunciado chegou naquele estabelecimento à procura de serviço, o que foi negado pelo proprietário; passados alguns dias, notou-se a subtração de alimentos. Fato que se repetiu por três vezes, cuja autoria revelou-se posteriormente.
>
> Apurou-se também que José dos Reis de Oliveira, ciente dos furtos praticados naquela localidade, flagrou o increpado, quando este adentrou em seu barracão objetivando reiterar seu delito, e, circunstância alheia à sua vontade, isto é, flagrante por policiais militares, impediu a consumação do crime, instante em que conduzido pelos policiais relatou ser foragido desde 1996 por prática de homicídio na cidade de Ouro Fino/MG. [...].

Inexistem dúvidas quanto à materialidade e a autoria do delito, tendo a defesa se insurgido contra a condenação, alegando que o furto praticado pelo réu se amoldaria à hipótese do furto famélico.

Nas duas oportunidades em que fora ouvido (f. 14 e 41), o réu afirmou que somente furtara os gêneros alimentícios porque não conseguia arrumar trabalho e, como estaria morando em uma grota, foi até os locais da subtração para poder furtar comida.

A versão apresentada pelo réu encontra consonância com os relatos das vítimas ouvidas no processo, eis que todas foram unânimes em relatar que fora subtraída somente comida:

> [...] Que no início de janeiro do presente ano, um andarilho abordou o depoente pedindo-lhe emprego; que não tendo condições de lhe empregar e vendo o estado do andarilho, sugeriu ao mesmo que procurasse seu irmão, pois este pode-

> ria lhe dar um lanche; que passando algum tempo, tomou conhecimento de que um indivíduo não identificado estava adentrando nas residências da redondeza e furtando alimentos; que após este indivíduo ter arrombado um bar próximo a sua residência por três vezes, em companhia do irmão o depoente facilitou a entrada de seu barracão deixando uma certa quantidade de alimentos no interior de uma geladeira que ali estava; que por uma semana assim fizeram, até o momento em que solicitaram a presença da polícia militar no local, a qual montou campana e conseguiram prender em flagrante o citado andarilho; que sabe apenas que o citado andarilho apenas furtava para se alimentar; que sabe que o andarilho estava morando no matagal das redondezas; [...] (José dos Reis de Oliveira - f. 23).

> [...] Que há dois meses atrás um andarilho chegou em seu estabelecimento comercial situado endereço acima, dizendo ser da cidade de Alfenas, mas que vinha da cidade de Passos e lhe pediu um serviço; que o depoente indicou uma outra pessoa para o citado andarilho conversar; que passado aproximadamente seu estabelecimento foi arrombado por três vezes e tendo sido furtado apenas produtos alimentícios e gêneros de bar; que tomou conhecimento através de vizinhos que havia naquela redondeza indivíduo não identificado furtando alimentos; [...] (Arildo Pereira Guerra - f. 25).

No mesmo sentido do relato das vítimas, o policial responsável pela prisão do réu não deixa dúvidas de que somente foram subtraídos das vítimas gêneros alimentícios.

Forçoso admitir que, na hipótese dos autos, está caracterizado o furto famélico, cuja definição, no estágio atual de desenvolvimento humano, pode ser caracterizado como a ação praticada por quem está em extremo estado de penúria e é impelido à ação pela inadiável necessidade dos bens para si ou para a própria família.

Não há dúvida de que o réu, ao subtrair os gêneros alimentícios, tinha a única intenção de saciar as suas necessidades, ficando patente que, no momento da ação, estaria sem condições econômicas para adquirir os essenciais produtos para a sua alimentação.

As vítimas não deixam dúvidas da subtração de gêneros alimentícios e a condição de necessidade sustentada pelo réu, que assumiu não ter conseguido arrumar qualquer emprego, estando sem condições econômicas para a aquisição de produtos básicos para a sua sobrevivência, não deixando sombra de dúvida de que a ação típica não merece a pecha de antijuridicidade, ainda que o direito positivo não lhe dê contornos definidos e mesmo que seja eu um dos ardorosos defensores da estrita legalidade penal.

Não me colocaria de acordo com a visão do digno Juízo de que o fato de o réu não apresentar família, ou de existir na comarca entidades que forneçam alimentação, seria, de fato, condições circunstanciais a darem justificativa ao afastamento de furto famélico, mesmo porque a tutela penal do patrimônio, garantida constitucionalmente, não pode sobrepor-se à vida, sendo irrelevante não ter família, porque sua própria vida é tão digna de preservação quanto a de qualquer outro, e as estruturas existentes na comarca não foram capazes de resolver o problema específico do réu.

De outro lado, não há nos autos indicação de que a faca mencionada na decisão como motivo para o afastamento do furto famélico tenha efetivamente sido furtada de uma das vítimas, sendo certo que o só fato de o réu ser andarilho colocaria a cobro as ponderações que se pudessem fazer acerca de suas dificuldades econômicas ou de suas opções naquela oportunidade.

Não me ponho, por outro lado, de acordo com as ponderações acerca da farta oferta de emprego, porque suponho veraz a assertiva de que não teria conseguido emprego pelo só fato de ser andarilho, o que suscitaria reais dificuldades para obtenção de emprego lícito. Aliás, deixo consignado que a assertiva conflita até mesmo com as provas amealhadas, porque não há dúvida de que o réu tentou se empregar na região.

Nesse contexto, não vejo em que consistiria a virtual justiça da condenação buscada, senão a negação do que se deva entender por justo.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolver o réu Lúcio Gabriel da Silva da conduta descrita na denúncia, nos termos do art. 23, I, c/c art. 24, todos do Código Penal.

Custas na forma do art. 804 do Código de Processo Penal, imune o Ministério Público.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Tortura - Crime cometido por colegas de cela - Lesão corporal grave - Perigo de vida - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Circunstância agravante - Reincidência - Utilização na primeira fase - Majoração da pena-base - *Bis in idem* - Impossibilidade - Personalidade do agente - Circunstância judicial favorável - Menoridade - Atenuante - Redução da pena

Ementa: Direito penal. Delito de tortura. Detentos que espancam colega de cela causando-lhe lesões corporais graves e perigo de vida. Prova robusta. Condenação mantida. Fixação das penas. Critério trifásico. Reincidência considerada na primeira fase. *Bis in idem*. Personalidade. Circunstância favorável. Réu menor de 21 anos na data dos fatos. Reconhecimento da atenuante. Penas. Redução. Necessidade.

- Se a prova dos autos, em seu contexto, aponta para a materialidade e a autoria do delito de tortura em desfavor dos réus, é de se manter a sentença condenatória recorrida.

- Cometem o crime de tortura detentos que usam de extrema violência contra colega de cela, causando-lhe intenso sofrimento físico e mental, inclusive produzindo nele lesões corporais graves e perigo de vida.

- Somente é apta a configurar a reincidência a sentença condenatória transitada em julgado em data anterior aos fatos que se examina.

- A reincidência é circunstância agravante, não podendo ser utilizada para majorar as penas-base, senão na segunda fase da dosimetria levada a cabo pelo critério trifásico.

- Na ausência de uma análise percuciente dos elementos que formam a personalidade do agente, tarefa complexa a cargo do julgador, deve-se reconhecer como favorável àquele tal circunstância judicial, no momento de fixar suas penas-bases.

- Se o réu possuir menos de 21 anos na data dos fatos, deve ser reconhecida em seu favor a atenuante da menoridade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0569.05.004456-3/001 - Comarca de Sacramento - Apelantes: Juscelino Ferreira de Souza ou Juscelino Ferreira da Silva, Luiz Carlos Pereira Custodio, Denicley Humberto Custódio, Antonio José Olímpio, Renato Pereira Pacífico - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Franklin dos Santos - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2010. - *Adilson Lamounier* - Relator.

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto em face da sentença, de f. 389-403, em que a douta Magistrada *a quo* condenou os réus Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza), Antônio José Olímpio, Denicley Humberto Custódio, Luiz Carlos Pereira Custódio e Renato Pereira Pacífico, cada um, às penas de 03 (três) anos de reclusão, a serem cumpridas no regime inicial fechado, pela prática do crime de tortura (Lei 9.455/97, art. 1º, §§ 1º e 3º).

O processo foi suspenso em relação ao corréu Flanklin dos Santos, f. 258.

Em suas razões de recurso, às f. 413-454, os apelantes pugnam, pela reforma da r. sentença, com as suas consequentes absolvições do delito em questão, sob a alegação de que a prova dos autos é insuficiente à condenação.

O Ministério Público, às f. 470-473, contra-arrazoou o recurso pugnando pelo seu desprovimento. Assim também opinou a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer de f. 477-482.

É o relatório do essencial.

Conheço dos recursos, uma vez que estão presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Não foi alegada e, em princípio, também não vislumbro nenhuma preliminar ou nulidade que mereça apreciação de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito recursal.

No mérito, analiso os apelos conjuntamente, em face da identidade de pleitos e de argumentos.

Narra a denúncia que, no dia 26.10.2005, no interior da cela nº 01 do pátio 02 da cadeia pública de Sacramento/MG, os réus, em união de desígnios, após combinarem impor intenso sofrimento à vítima Hélvio Marques Dutra, desfecharam-lhe diversos golpes e choques, causando-lhe graves lesões, proporcionando-lhe risco de vida, incapacidade para as ocupações habituais e debilidade de membro e função, impondo-lhe sofrimento atroz e desnecessário, deixando-a caída no solo e desalentada.

A douta Magistrada de primeira instância, conforme já relatado, julgou a denúncia procedente para condenar os réus nas iras do artigo 1º, §§ 1º e 3º, da Lei 9.455/97, o que motivou o presente recurso.

Analisando detidamente os autos, verifico que a materialidade e a autoria do crime em questão estão devidamente comprovadas pelos relatórios e folhas de internação, f. 09 e 77-84, Auto de Corpo de Delito de f. 115, prova fotográfica de f. 135/142, laudo pericial, f. 143-151, e, por fim, pelo conjunto dos depoimentos testemunhais.

Da mesma forma, a autoria é incontroversa, não obstante a negativa dos apelantes, encontrando-se consubstanciada nas declarações da vítima que, sob o crivo do contraditório, asseverou:

> ...que, na manhã seguinte, o depoente, após prestar depoimento, foi colocado na cela 01 juntamente com Denicley, José Olimpio, José Carlos, "Carioca", Renato, Juscelino e Ricardo Judice; que o depoente foi agredido por todos os detentos acima, mas quem o agrediu mais foram os detentos Juscelino, Denicley e José Olimpio; que Denicley, José Olimpio e Juscelino amarraram o depoente com um cabo de vassoura por debaixo das pernas com as mãos amarradas,

> ficando o depoente deitado de lado, amarrado um fio no dedo do pé e começaram a lhe aplicar choques, com uma toalha molhada amarrado no pescoço; que os choques eram dados por todo o corpo do depoente; que os detentos jogaram água no depoente; que José Olimpio começou a bater no depoente com um cabo de rodo; que Luis Carlos Custódio disse que era bater no depoente com uma toalha amarrada das mãos; que o depoente não se recorda de Ricardo Judice agredi-lo; que o depoente apanhou um pouco até antes da janta chegar e novamente foi agredido após servir o jantar; que a idéia de tatuar as costas e o rosto do depoente partiu de Juscelino; que Denicley, Juscelino e José Olímpio executaram o ato; que o depoente foi queimado com sacolas plásticas, garrafas pet; que o depoente foi queimado nas costas, pernas, nádegas, olhos; que o depoente gritava por socorro e não aparecia nenhum policial para ajudar; [...] que o depoente ficou com várias sequelas das agressões: marcas das agressões, queimaduras nas nádegas, escarrar sangue; que o depoente ainda sonha com os fatos e ainda tem medo; que o depoente foi agredido pelos detentos porque não levou droga para o albergue e para a cadeia; [...] que as agressões se iniciaram no salão da cela e quando o depoente começou a gritar por socorro, o arrastaram para o banheiro; que os detentos tentaram tampar a boca do depoente para não gritar; que Luis Carlos Custódio enrolou as mãos numa toalha e desferiu golpes no depoente; que Juscelino foi quem começou a mandar os demais detentos a raparem a sobrancelha do depoente, fazer tatuagens nas costas... (Hélvio Marques Dutra, f. 321-323).

Exatamente pela dificuldade probatória em crimes dessa natureza é que se deve prestigiar a palavra da vítima, mormente quando ela se apresenta em sintonia com as demais provas, testemunhal e pericial, como ocorre *in casu*.

Sobre o assunto, já se manifestou este eg. Tribunal:

> Penal. Processual penal. Apelação. Crime de tortura. Palavra das vítimas. Condenação mantida. - Em crimes de tortura, de regra praticados à clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de maior valia em relação aos relatos dos acusados, a quem compete desconstituir a autoria a eles imputada. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0470.06.026428-5/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, p. 1º.4.2009.)

Corroboram os relatos da vítima, além do relatório médico de f. 09, Auto de Corpo de Delito de f. 115 e fotos de f. 135-142, as narrativas do policial militar César Donizetti Oliveira, subscritor do BO de f. 08:

> ...que ao entrar de serviço na guarda da cadeia, tomei conhecimento que o preso Hélvio Marques Dutra havia sido espancado pelos presos da cela 1 pátio 2. Foi feito contato com o médico Dr. Renato e o mesmo compareceu na cadeia, onde examinou o preso e constatou: trauma contuso e hematoma, queimadura de segundo grau, escoriações no tórax direito, trauma contuso ocular. Foi escrito nas costas o número 24, a palavra safado, 01 pênis, tudo tatuado com tinta e agulha, segundo informações as queimaduras foram feitas com sacolas plásticas queimadas e deixavam o plástico quente cair nas nádegas do referido... (f. 08)

No mesmo sentido, asseverou o policial militar Geraldo Antônio de Miranda:

> ...que na ocasião presenciou o declarante, bem como o capitão Efízio, a oitiva de Hélvio; que Hélvio andava perfeitamente e aparentemente não apresentava novas lesões; que depois de 02 (dois) dias, aproximadamente, o declarante foi solicitado para escoltar Hélvio que se encontrava internado em estado grave na Santa Casa desta cidade; que já no hospital, o declarante presenciou Hélvio dizer à enfermeira Arlete que os presos 'haviam pingado sacolinha plástica em seu corpo, e os presos seguraram ele ao solo enquanto outros pulavam em cima'... (f. 111/112).

Dessa forma, não há dúvidas de que a vítima já se encontrava machucada quando foi presa. Esse fato é narrado de forma uníssona pelas testemunhas. Todavia, conforme apurado, nessa ocasião, não havia qualquer ferimento grave.

De fato, esclareceram as testemunhas:

> ...que no dia em que Helvio Marques Dutra foi preso e autuado em flagrante por crime de furto, ele já apresentava ferimentos no corpo e no rosto, provocado por uma queda que teria sofrido de bicicleta e por ter reagido à prisão, dando muito trabalho aos que o prenderam; [...] que quando o mesmo foi recolhido na cela onde foi espancado, não apresentava nenhum ferimento grave, pois caminhava normalmente sem reclamar (sic) de qualquer sintoma de dores..." (Antônio Efizio Emanoel, f. 85-86).

> ...o depoente presenciou o depoimento da vítima na delegacia e pôde constatar que andava perfeitamente; que a vítima apresentava escoriações pelo corpo, as mesmas que estavam ao ser preso; [...] que após o depoimento da vítima, a mesma foi colocada numa cela com os detentos Denicley, Antônio e outros que não se recorda totalizando seis ou oito no total; [...] que a vítima disse ao depoente que os detentos colocaram fogo em uma sacolinha e ficaram pingando em seu corpo; que o depoente ouviu comentários de que Denicley assumiu a autoria das agressões, porém o depoente não acredita que teria sido só ele... (Geraldo Antônio de Miranda, f. 329-330).

Ora, dos fatos narrados acima, não há como deixar de reconhecer que os detentos submeteram a vítima a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, sendo certo que tal fato configura o hediondo crime de tortura, típico dos anos de chumbo que este país tanto quer esquecer.

De relevo destacar as doutas considerações da MM. Juíza na r. sentença:

> [...] As negativas que apresentaram não encontram o menor arrimo em qualquer peça juntada. A perícia é eloquente nas descrições das cruéis lesões corporais praticadas na vítima; e, na sua análise, extrai-se a dedução lógica e transparente, que me é permitida, que referidas lesões não foram praticadas por apenas um acusado, que assumiu a responsabilidade pelos fatos, mas por todos que contribuíram com maior ou menor intensidade, até mesmo por necessidade de imobilização da vítima para a prática da tortura consistente nas

> dolorosas, cruéis e desnecessárias lesões noticiadas e visualizadas nos autos pelas fotos, que somente mentes doentias, deturpadas e voltadas para o crime seriam capazes de planejar e executar o que se descreveu nestes autos, que estarrecem profundamente qualquer pessoa de bem que dela tome conhecimento e aviva memória de notícias de tempos idos... (f. 396).

Com essas considerações, tenho que tanto a autoria quanto a materialidade dos fatos narrados são indubidosos no caso concreto, não havendo que se falar na aplicação do brocardo *in dubio pro reo* para absolver os apelantes.

Registro, apenas, que, não obstante a douta Magistrada ter condenado os réus pelo delito previsto no art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei 9.455/97, aplicou-lhes a reprimenda prevista no § 1º (combinado com o *caput*).

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
> [...]
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
> § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
> [...]
> § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

Todavia, não há como reformar a sentença recorrida, já que o equívoco contou com a inércia ministerial.

Quanto ao montante das penas fixadas, julgo que deve ser reduzido, já que levada em conta, na fixação das penas-bases de cada réu, a agravante da reincidência.

De pronto, registro que, analisando as CACs de f. 334-347 e 374-388, somente o réu Antônio José Olímpio (f. 340-341 e 381-382) é, de fato, reincidente (processo nº 569.05.003316-0) e possuidor de maus antecedentes (processo nº 569.05.001877-3), já que em suas certidões constam duas condenações com trânsito em julgado em data anterior ao delito ora em julgamento.

Todavia, sua pena deve ser reestruturada, já que, como dito, a reincidência foi valorada na primeira fase da dosimetria.

Com efeito, a reincidência, como é ressabido, é circunstância agravante da pena (art. 61, I, do Código Penal - CP) e, por isso, não pode servir para majorar as penas-base, devendo ser levada em conta, tão-somente, na segunda fase da dosimetria empreendida pelo critério trifásico.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados, *v.g.* e *mutatis mutandis*:

> Apelação criminal. Crime de furto. Diminuição da pena. Possibilidade. Reincidência que fora utilizada tanto para aumentar a pena-base como para agravar a reprimenda na segunda fase da dosimetria. *Bis in idem*. Pena recuada. Substituição. Inviabilidade. Acusado reincidente. Recurso provido em parte. (TJMG. Ap. Crim. nº 1.0051.05.013345-6/001. Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. 21.11.2007.)

> [...] A reincidência deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, não se revelando como aspecto judicial. [...]" (TAMG. Ap. Crim. nº 2.0000.00.404057-3/000. Rel. Des. Ediwal José de Morais. 30.9.2003.)

> [...] A reincidência foi considerada, na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial, e, na segunda fase, como agravante, caracterizando, dessa forma, o *bis in idem*, que é vedado pelo ordenamento jurídico." (TJMG. Ap. Crim. nº 1.0704.06.045361-7/001. Rel. Des. Fernando Starling. 1º.2.2008.)

O réu Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza), além de ser primário, é possuidor de bons antecedentes, f. 380.

Os demais, Luiz Carlos Pereira Custódio, Denicley Humberto Custódio e Renato Pereira Pacífico, apesar de primários, são portadores de maus antecedentes, f. 374-377, 383-386 e 387-388.

Nesse contexto, ressalto que me filio à corrente jurisprudencial pacificada no colendo STJ, para a qual configuram maus antecedentes as condenações com trânsito em julgado por crimes cometidos antes do delito em apuração que não caracterizam reincidência.

A propósito, veja-se:

> Ementa: Processual penal e penal. *Habeas corpus*. Reincidência e maus antecedentes. Ausência de sentença condenatória com trânsito em julgado por crime anterior ao apurado. Pena. Regime. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Direito de recorrer em liberdade.
> 1. A sentença condenatória que ainda não transitou em julgado não caracteriza reincidência nem maus antecedentes. (Inteligência do artigo 5º, LVII, da Constituição da República.)
> 2. A agravante da reincidência somente se aplica quando, na data da prática do crime que se examina, já existe um anterior com sentença condenatória já transitada em julgado.
> 3. Caracterizam-se os maus antecedentes quando sobrevém sentença condenatória com trânsito em julgado, ainda que no curso do procedimento, por fato anterior ao que se examina.
> 4. A análise favorável de todas as circunstâncias judiciais e a ausência de outras causas que modifiquem a reprimenda determina a aplicação da pena privativa de liberdade no mínimo cominado.
> 5. A imposição de pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, aliada à análise favorável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, permite a sua substituição por restritiva de direitos.
> 6. A favorável análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a quantidade de pena imposta e a ausência de reincidência do agente justificam a imposição de regime mais brando.
> 7. O direito de o condenado recorrer em liberdade somente pode ser obstado mediante a presença, fundada no caso

> concreto, de algum requisito do artigo 312 do Código de Processo Penal.
> 8. Ordem concedida. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (STJ - *HC* nº 94.024/SP - Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada Do TJMG - julgado em 18.3.2008.)

Desse modo, tendo em vista que os citados réus têm condenações com trânsito em julgado anteriormente à sentença recorrida, por fatos cometidos antes deste em apuração (processo nº 569.05.003278-2 - Luiz Carlos; processo nº 569.05.004001-7 - Denicley e processo nº 569.05.001591-0 - Renato), não há como deixar de reconhecer que estes réus possuem maus antecedentes.

Assim, em relação a estes, somente a recidiva deve ser decotada.

Verifico, ainda, que foram consideradas em desfavor de todos os réus as circunstâncias judiciais da personalidade e dos motivos.

Contudo, na ausência de uma análise percuciente dos elementos que formam a personalidade dos apelantes, porque ausentes elementos de prova que possibilitem tal exame, impõe-se reconhecer como favorável a eles esta circunstância judicial.

Ademais:

> [...] 2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. [...] (STJ. *HC* 81866 / DF. REL. Ministra Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJMG - DJ 15.10.2007, p. 325.)

Da mesma forma, ao contrário do entendimento adotado em primeira instância, não há motivos relevantes a serem considerados, seja para beneficiar ou prejudicar os réus.

Lado outro, de ofício, reconheço a atenuante da menoridade em favor do apelante Luiz Carlos, já que relativamente menor à época dos fatos (data do delito: 26.10.2005, f. 03; e data de nascimento do acusado: 9.3.85, f. 02, 246 e 342).

Em razão de todo o exposto, passo a reaplicar-lhes as penas.

Antônio José Olímpio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo as penas-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Sendo o réu reincidente, conforme revelam as CACs de f. 340-341 e 381-382, aumento a pena-base em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Luiz Carlos Pereira Custódio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Militando em seu favor a atenuante da menoridade, reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, restando a pena assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Denicley Humberto Custódio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Renato Pereira Pacífico - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza) - Considerando desfavoráveis ao apelante somente a culpabilidade e as circunstâncias do delito, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, como determina o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, sendo inadmissível a sua substituição por restritivas de direitos.

O dia-multa será calculado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à data do delito, por não haver nos autos elementos que possibilitem a aferição da capacidade financeira do condenado.

Pelo exposto, dou parcial provimento às apelações, para reduzir as penas fixadas aos réus.

Custa *ex lege*.

É como voto.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

...

Lesão corporal seguida de morte - Autoria e materialidade - Ausência de prova - *Emendatio libelli* - Desclassificação do crime - Homicídio culposo - Possibilidade - Suspensão condicional do processo - Custas - Isenção do pagamento - Concessão de ofício

Ementa: Apelação criminal. Lesão corporal seguida de morte. Ausência de provas da materialidade e da autoria. *Emendatio libelli*. Desclassificação para homicídio culposo. Possibilidade de suspensão condicional do processo. Autos baixados à origem. Isenção do pagamento de custas processuais. Concessão de ofício. Recurso provido em parte.

- "A diferença entre a lesão corporal seguida de morte e o homicídio culposo está em que, na primeira, o antecedente é um delito doloso e, no segundo, um fato penalmente indiferente, ou, quando muito, contravencional. Assim, se a morte for consequência de simples vias de fato (empurrão que causa a queda da vítima e a lesão mortal), haverá homicídio culposo" (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - *RT* 599/322).

- Diante do princípio *narra mihi factum dabo tibi jus*, contido no art. 383 do CPP, cabe ao Tribunal dar nova definição jurídica ao fato, observado o disposto no art. 617 do CPP, desde que devidamente narrado na denúncia, pois é cediço que o réu se defende do fato e não da capitulação que lhe foi dada.

- Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0720.06.032211-5/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: Anúzia Aparecida Cândido ou Anúsia Aparecida Cândido - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a presidência do Desembargador Fernando Starling, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2010. *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Visconde do Rio Branco, Anúsia Aparecida Cândido, qualificada, foi denunciada como incursa nas disposições do art. 129, § 3º, do CP, porquanto no dia 11 de novembro de 2006, por volta das 19h40min, na Rua Coronel José Mesquita, Bairro Colônia, após discutir com a vítima Sebastião Alves Rodrigues, muniu-se de um pedaço de bambu e com *animus laedendi* agrediu a vítima, causando-lhe as lesões corporais que foram as causas eficientes da morte.

Translado o conteúdo factual da exordial:

> [...] no dia dos fatos, ainda na parte da manhã, a denunciada visitou sua Irmã Roseni, que se encontrava internada na Clínica Santa Rosa com problemas cardíacos.
> Após ingerir grande quantidade de bebidas alcoólicas, a denunciada já embriagada resolveu ir à casa da vítima, que era companheiro de sua irmã Roseli, para tomar satisfação sobre o motivo pelo qual não teria ido visitar sua irmã, iniciando-se uma calorosa discussão.
> Durante o entrevero, a denunciada apoderou-se de uma vara de bambu que era utilizada para sustentar o varal da casa, passando a golpear a vítima, que, em razão das agressões, veio a desequilibrar-se, caindo ao solo e batendo a cabeça em um bloco feito de tijolo e argamassa, sofrendo traumatismo craniano.
> Urge salientar que a vítima também havia ingerido bebida alcoólica, o que certamente contribuiu para eclosão do evento.
> Com efeito, não há duvidas de que a denunciada, consciente e voluntariamente, agrediu a vítima, sobrevindo o resultado morte, pela inobservância do dever objetivo de cuidado exigível, já que era previsível que, ao golpear pessoa embriagada, esta poderia cair ao solo e bater a cabeça [...] (f. 02/03).

Finda a instrução criminal e vindo à luz a r. sentença de f. 119/124, o MM. Juiz *a quo* condenou a ré nas iras do art. 129, § 3º, do Estatuto Penal, aplicando a pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime prisional aberto. Ademais, a r. decisão fixou em 30 (trinta) salários mínimos o valor mínimo da reparação dos danos causados pelo delito.

Intimação regular do Órgão Ministerial (f. 125) e da acusada (f. 128).

Irresignado, apelou o il. causídico da sentenciada (f. 126), apresentando razões em que pugna a absolvição em face de insuficiência probatória quanto à lesão corporal sofrida pelo ofendido, à previsibilidade do resultado mais grave e ao nexo causal entre a conduta da ré e a morte da vítima (f. 131/134).

O Representante do Parquet manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 136/140).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do recurso, para que seja reformada a r. sentença, de modo a desclassificar o crime para a contravenção penal do art. 21 da LCP (f. 147/149).

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos de admissibilidade.

No vertente caso, a materialidade e a autoria são incertas.

Explico.

Em conformidade com o caderno processual, no quintal da casa da vítima, após prévia discussão, a suplicante desferiu voluntariamente uma pancada com vara de bambu no pé ou na perna do ofendido. Em razão do golpe, o ofendido desequilibrou-se, caiu ao solo e bateu a cabeça em um bloco de tijolo e argamassa. Na sequência, as testemunhas presenciais carregaram a vítima desfalecida para o seu quarto e deixaram-na deitada em sua cama. Depois, o ofendido foi transportado para o Hospital, onde ingressou morto.

Dessa forma, para responsabilizar criminalmente a suplicante, o Ministério Público deveria ter provado, em primeiro lugar, que a reclamante atacou a vítima com *animus laedendi*.

Isso, a meu ver, não está demonstrado. Nos autos, não há prova precisa da parte do corpo do ofendido que foi atingida pelo golpe de bambu. Os documentos revelam que pode ter sido o pé ou a perna. Outrossim, não há evidências relativas à intensidade da pancada e à forma desta, para se analisar a potencialidade para derrubar o ofendido. Aliás, cumpre destacar que o condutor do APFD asseverou que "(...) ao prestar socorro à vítima, ainda na cama no quarto dela (sic), verificou que não havia nenhuma lesão nas pernas (...)" (f. 06).

Em suma: não se comprovou que a increpada agiu dolosamente para ferir a integridade corporal do ofendido.

Em segundo ponto, o *Parquet* deveria ter demonstrado de forma cabal o nexo de causalidade entre a conduta da ré e a morte da vítima, excluindo qualquer relevância causal do transporte de improviso do ofendido do quintal para o quarto, bem como da condução de socorro para o Hospital. Mas, não o fez.

Nesse sentido, cumpre destacar que a única testemunha presencial ouvida em Juízo - Adriano Matias da Conceição -, em seus diversos depoimentos (f. 21/22, 36/37 e 96), não narrou com clareza que em virtude do golpe de bambu a vítima caiu ao solo e bateu a cabeça no calhau de modo a causar-lhe o traumatismo craniano.

Além disso, no feito, existem duas versões do motivo da queda do ofendido. Conforme o aludido depoente, a pancada de bambu provocou a queda. Segundo a testemunha Mário Cassemiro de Souza, ouvida apenas na Depol (f. 23/24 e 38), a vítima caiu porque levou um empurrão da apelante. Igualmente, esta versão consta do histórico do boletim de ocorrência (f. 19).

Dessarte, nos autos, não se evidenciou a materialidade e autoria da lesão corporal seguida de morte. Deveras, há insuperável dúvida da culpabilidade da increpada.

Sendo assim, o que se provou é a morte de Sebastião Rodrigues como consequência da contravenção penal vias de fato praticada pela reclamante (princípio da consunção). Ou seja, a consumação de um homicídio culposo pela ré.

A propósito:

> A diferença entre a lesão corporal seguida de morte e o homicídio culposo está em que, na primeira, o antecedente é um delito doloso e, no segundo, um fato penalmente indiferente, ou, quando muito, contravencional. Assim, se a morte for consequência de simples vias de fato (empurrão que causa a queda da vítima e a lesão mortal), haverá homicídio culposo (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - *RT* 599/322).

Realmente, a ré faltou com o devido cuidado objetivo ao empurrar ou golpear a vítima, a qual estava próxima do bloco de tijolo e de argamassa, que, pelo tamanho, era visível para a acusada, especialmente porquanto não estava escondido. Sem dúvidas, com o emprego da devida atenção, a increpada poderia prever a queda e, consequentemente, a batida da cabeça do ofendido no calhau.

Portanto, aplicando a regra do art. 383 do CPP, hei por bem dar nova definição jurídica aos fatos declinados na denúncia, alterando a capitulação da infração imputada ao apelante e, consequentemente, desclassificando o delito do art. 129, § 3º, do CP para o crime do art. 121, § 3º, do Estatuto Penal.

Assim, pela atual redação do Código de Processo Penal, cabe ao douto Magistrado de primeiro grau encaminhar os autos ao nobre representante do Ministério Público para eventual apresentação da suspensão condicional do processo, eis que, pela novel definição jurídica, o réu, em tese, faz jus a ela.

Por derradeiro, em conformidade com o art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03, isento a ré das custas judiciais.

Isso posto, dou parcial provimento ao apelo, a fim de desclassificar o crime de lesão corporal seguida de morte para o delito de homicídio culposo, bem como para isentar a ré do pagamento das custas judiciais.

Dessarte, desconstituo os efeitos da r. sentença condenatória e determino a baixa dos autos à Comarca de origem, a fim de que seja dada vista ao Parquet para se manifestar acerca da possibilidade do oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Não é necessária a expedição de alvará de soltura, haja vista que a acusada recorreu em liberdade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING e DOORGAL ANDRADA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Latrocínio - Desclassificação do crime - Homicídio simples - Nova definição jurídica do fato - Artigo 384 do Código de Processo Penal - Inobservância - Princípio da correlação - Violação - Sentença criminal - Nulidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Nulidade. Ocorrência. Inobservância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal. Violação do princípio da correlação. Sentença anulada.

- Os fatos descritos na denúncia delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional, coibindo, sob pena de nulidade, julgamento *extra* ou *ultra petita*.

- Segundo o princípio da correlação, o fato imputado ao réu, na denúncia, deve guardar correspondência com o fato reconhecido pelo Magistrado, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

- Havendo violação ao princípio da congruência entre a acusação e a sentença, outra decisão deve ser proferida, com observância do disposto no art. 384 do CPP.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0525.08.-150009-8/001 - Comarca de Pouso Alegre - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Daniel Alves Fernandes - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª 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, 17 de março de 2010. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Conheço do recurso, já que próprio e tempestivamente aviado.

Cuida-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que desclassificou a conduta imputada ao réu na denúncia (art. 157, § 3º, 2ª parte, do CP) para o delito previsto no art. 121, *caput*, do CP, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Alega o *Parquet*, preliminarmente, que a decisão deve ser declarada nula, pois que violou o disposto no art. 384 do CPP. No mérito, requer a reforma da decisão, para que o réu seja condenado pelo delito de latrocínio, visto que comprovadas a autoria e a materialidade do delito. Requer, ainda, a decretação da prisão preventiva do réu.

Passo à decisão.

Da preliminar.

Cumpre enfrentar a preliminar suscitada pelo *Parquet*, que foi, inclusive, endossada pela Cúpula Ministerial, consistente na nulidade da sentença em razão da violação do disposto no art. 384 do CPP.

Analisando detidamente os autos, verifico que razão assiste ao Ministério Público, *data venia*, diante da ausência de correlação entre a denúncia e a sentença.

A correlação entre a acusação e a sentença é a regra segundo a qual o fato imputado ao réu, na denúncia, deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo Magistrado, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Os fatos descritos na denúncia delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional, coibindo, sob pena de nulidade, julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Na proemial acusatória, o Ministério Público atribuiu ao apelado a conduta descrita no art. 157, § 3º, 2ª parte, do CP. Segundo a acusação:

> Consta dos inclusos autos do IP que, no dia 9 de outubro de 2008, por vota das 23 horas, na Rua Joaquim Gregório Filho, bairro Nossa Senhora de Guadalupe, nesta cidade e Comarca de Pouso Alegre, o denunciado, mediante atos de violência, iniciou a subtração, para si, de 01 (uma) bicicleta, marca Rally, cor amarela, 24 (vinte e quatro) marchas, aro 26, pertencente a Anderson de Andrade, somente não se consumando o crime patrimonial por circunstâncias alheias ao seu intento. Consta que, da violência exercida pelo denunciado, sobretudo para assegurar a detenção da *res* para si, resultou à vítima intenso e gravíssimo ferimento, que, por sua sede e eficiência, levaram-na a óbito.
> [...]
> O increpado, por sua vez, a fim de assegurar, para si, a detenção da bicicleta anteriormente subtraída, e com *animus necandi*, agarrou Anderson pelo colarinho e, de inopino, sacou de uma faca que portava na cintura, golpeando-o na altura do peito (tórax, lado direito), saindo do local em debandada.

No presente caso, o d. sentenciante, na verdade, não só alterou a capitulação do crime, mas também deu nova definição jurídica do fato, porque a denúncia em momento algum descreveu um delito de homicídio, mas sim de latrocínio, cujo resultado morte só teria ocorrido como forma de se assegurar a subtração da *res*.

Assim, no caso, o Julgador não observou o disposto no artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, que prevê:

> Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova exis-

> tente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

A propósito, o escólio de Guilherme de Souza Nucci, que, dissertando sobre o tema, cita a lição de Badaró:

> Nessa ótica, a lição de Badaró: 'Em síntese, o juiz não pode condenar o acusado, mudando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais da execução do delito, sem dar-lhe a oportunidade de se defender da prática de um delito diverso daquele imputado inicialmente, toda vez que tal mudança seja relevante em face da tese defensiva, causando surpresa ao imputado ('Da correlação entre acusação e sentença', p. 133-134). Muitas dessas situações devem ser resolvidas com base no disposto no art. 38' (in *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

Assim, tem-se que o ilustre Juiz monocrático incorreu em erro, por violar o princípio da congruência entre a acusação e a sentença, eivando de nulidade absoluta o *decisum*.

Diante disso, fica prejudicada a análise do mérito recursal.

Prisão preventiva.

Por fim, requer o Ministério Público a decretação da prisão preventiva do réu, ao argumento de que o crime praticado é gravíssimo, teve repercussão no local, o réu possui antecedentes e não comprovou ocupação lícita.

Neste aspecto, razão não lhe assiste.

A prisão preventiva deve ter como pressuposto legitimador a existência de situação capaz de ensejar a adoção, sempre excepcional, dessa medida constritiva. Deve ser decretada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

No caso em apreço, verifico que a decisão que concedeu ao réu a liberdade provisória foi corretamente exarada, tendo em vista que não subsistem os requisitos autorizadores da prisão.

Salientou S. Exa. que:

> Embora seja reincidente, a condenação criminal decorreu de fato cometido em 17.8.1998 (f. 159), e as informações a respeito da conduta do réu e seus antecedentes não indicam seu envolvimento com outros delitos, exceto quando do advento dos fatos ora em apuração. Assim, é correto afirmar que não se trata de criminoso habitual, e o fato de se cuidar de usuário de drogas não induz, por si só, presunção de periculosidade à ordem pública (f. 169).

Além disso, ressalto que a gravidade genérica do delito não constitui fundamentação idônea para justificar a prisão preventiva, face à ausência de elementos concretos que autorizem a medida constritiva de liberdade do recorrido, mormente porque a referida gravidade já traz aspectos subsumidos ao próprio tipo penal e vem retribuída pela pena prevista para cada delito, de acordo com o bem jurídico tutelado.

Igualmente, o clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante para justificar a prisão preventiva, já que divorciado de fatos concretos.

Assim, diante da ausência de motivos concretos ensejadores da medida cautelar, deixo de decretar a prisão preventiva do réu.

Pelo exposto, acolho a preliminar suscitada para anular a sentença, a fim de que outra seja proferida, com observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Apropriação indébita - Nulidade relativa - Defesa deficiente - Prejuízo para o réu - Ausência de prova - Súmula 523 do STF - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Privilégio - § 2º do art. 155 do Código Penal - Aplicabilidade - Pena - Redução - Substituição por restriva de direitos

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita. Preliminar. Defesa deficiente. Nulidade relativa. Ausência de demonstração. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Princípio da insignificância. Não reconhecimento. Privilégio. Cabimento. Redução da pena.

- Tratando-se de hipótese de nulidade relativa, a ineficiência técnica da defesa deve ser demonstrada, bem como o prejuízo que dela teria advindo ao acusado. Inteligência da Súmula 523 do STF.

- A apropriação da quantia de R$80,00 (oitenta reais) tipifica o crime de apropriação indébita, não encontrando agasalho no ordenamento jurídico penal a pretensão absolutória em face do princípio da insignificância, o que, de outro lado, permite a concessão do privilégio (art. 170 do CP), diante da primariedade do acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.07.194363-9/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Bento Pereira

Neto - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Fernando Starling , na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2010. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Bento Pereira Neto, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 168, § 1°, inciso III, do Código Penal, porque, na data de 17.4.06, teria recebido, na condição de despachante de veículos, a quantia de R$380,00 (trezentos e oitenta reais) da vítima Bilson Lopes Rodrigues, para que efetuasse a transferência de um veículo desta, o que de fato não ocorreu, pois o denunciado se apropriou daquela quantia.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Teófilo Otoni, ao julgar procedente o pedido contido na denúncia, condenou o recorrente ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, a ser paga à razão mínima, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos (f. 72/78).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, em cujas razões suscitou a preliminar de nulidade do processo, em razão da deficiência técnica da defesa, que até então representava o réu. No mérito, requereu a absolvição, por insuficiência probatória, ou com base no princípio da insignificância. Alternativamente, pugnou pela concessão do privilégio e dos benefícios da justiça gratuita (f. 93/101).

Em contrarrazões, o Ministério Público de primeiro grau bateu-se pelo não provimento do recurso (f. 103/112). No mesmo sentido foi o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra da ilustre Procuradora Maria Solange Ferreira de Moraes (f. 116/126).

É o relatório, em síntese.

1. Da admissibilidade.

Conheço do recurso de apelação, porquanto próprio, tempestivo e regularmente processado, estando presentes, assim, os pressupostos para sua admissão.

2. Da preliminar de nulidade do processo.

Arguiu o recorrente a preliminar de nulidade do processo por deficiência técnica da defesa, seja na defesa prévia, quando não foram arroladas testemunhas, seja nas alegações finais, quando não se formulou pleito absolutório.

Entretanto, sem razão o apelante.

Apesar de verificar que, de fato, não foram arroladas testemunhas quando da apresentação de defesa prévia (f. 49), não tenho tal ocorrência como capaz de causar a nulidade de todo o processado, na medida em que o apelante não tratou de comprovar quais testemunhas poderiam ter sido arroladas pela defesa que até então patrocinava a causa do réu e quais benefícios poderiam advir da oitiva de tais pessoas.

Ademais, como se sabe, a defesa prévia constitui peça tradicionalmente vazia, em que o defensor dificilmente apresenta teses, justamente para não adiantá-las para a acusação, que vai se manifestar em seguida, nas alegações finais.

Como se não bastasse, verifico que na defesa prévia o ilustre Defensor Público fez consignar que "deixa de apresentar o rol de testemunhas em virtude do acusado não nos ter fornecido o referido rol, até a presente data" (f. 49). Vê-se, portanto, que a desídia foi do próprio acusado, e não do ilustre Defensor Público.

Já no que tange à alegação de deficiência de defesa quando do oferecimento das alegações finais, sabe-se que esta somente anulará o feito se houver prova de prejuízo para o réu. É o que dispõe a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

No caso dos autos, a Defensoria Pública e, depois, a advogada nomeada ao acusado, estiveram presentes em todos os atos instrutórios do processo (f. 47 e 60/61).

Ademais, pelo que consta das alegações finais (f. 69/71), houve atuação suficiente da defesa, que, é verdade, se limitou a pleitear a fixação da pena no mínimo legal, diante do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mas fê-lo justamente por entender inapropriada qualquer tese absolutória, diante da absoluta consistência das provas carreadas aos autos.

Entendo, pois, que inexistiu qualquer prejuízo ao recorrente.

Rejeito, com tais considerações, a preliminar.

3. Do mérito.

No mérito, bate-se a defesa pela absolvição do apelante, seja por inexistência de provas hábeis a sustentar um édito condenatório, seja por atipicidade da conduta, em face do princípio da insignificância. Alternativamente, pugna pela concessão do privilégio e dos benefícios da justiça gratuita.

3.1 - Da tese absolutória, por insuficiência probatória:

Sem razão a defesa, *data venia*.

As provas da autoria e da materialidade do delito restaram incontroversas nos autos.

Bento Pereira Neto foi acusado de ter recebido, na condição de despachante de veículos, a quantia de R$380,00 (trezentos e oitenta reais) da vítima Bilson Lopes Rodrigues, para que efetuasse a transferência de um veículo desta, o que acabou não ocorrendo, pois ele se apropriou daquela quantia.

O próprio acusado admitiu, ao ser interrogado (f. 47), que sofreu uma quebra financeira, motivo pelo qual pagou parte das despesas referentes ao documento do veículo, mas deixou de pagar ou restituir à vítima a quantia de R$80,00 (oitenta reais), que utilizou para despesas pessoais.

Ouvida, a vítima Bilson Lopes Rodrigues confirmou ter sofrido prejuízo, dizendo que foi obrigada a contratar outro despachante para fazer o serviço de transferência de seu veículo, embora não tenha esclarecido o montante do prejuízo (f. 61).

Portanto, não há que se falar em absolvição, por insuficiência probatória, já que a prova dos autos é uníssona para fins de comprovação do delito narrado na denúncia.

3.2 - Da tese absolutória, em função do princípio da insignificância.

Agitou a defesa a tese da atipicidade da conduta, alegando que se trata de crime de bagatela, mormente em face do valor irrisório da *res*.

Muito embora seja o princípio da insignificância acolhido na jurisprudência da mais alta Corte de Justiça do País, como critério de exclusão da tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, afasto a aplicação do referido princípio, que não encontra agasalho no Estatuto Penal pátrio.

A meu ver, a absolvição pelo princípio da insignificância incute na sociedade verdadeiro sentimento de impunidade, além de incentivar a prática delitiva, trazendo insegurança quanto à efetividade da Justiça.

A legislação já prevê, em casos de subtração de pequeno valor,' a figura do privilégio, com clara diferenciação na pena, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto, como se verá logo adiante.

Dessa ótica, afasta-se a adoção da insignificância penal.

3.3 - Da concessão do privilégio e consequente redução da pena.

Neste particular, entendo assistir razão à defesa.

Apesar de não se poder considerar insignificante o valor apoderado pelo acusado, deve ele ser tido, pelo menos, como ínfimo.

Não se pôde precisar o exato valor apoderado, na medida em que, como dito, a vítima Bilson Lopes Rodrigues confirmou ter sofrido prejuízo, dizendo que foi obrigada a contratar outro despachante para fazer o serviço de transferência de seu veículo, mas não esclareceu o montante do prejuízo (f. 61).

Deve, portanto, prevalecer a versão do réu, a única existente nos autos - até porque, em nenhum momento, ao longo do processo, ele demonstrou qualquer intenção de mentir, sempre reconhecendo a responsabilidade por suas atitudes - de que pagou parte das despesas referentes ao documento do veículo, mas deixou de pagar ou restituir à vítima apenas a quantia de R$80,00 (oitenta reais).

Conforme verifico, este valor de R$80,00 (oitenta reais) é bastante inferior ao valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, que era de R$350,00 (trezentos e cinquenta reais), o que, aliado à primariedade do réu (f. 38), autoriza a concessão do privilégio pleiteado, previsto no art. 170 do Código Penal, onde se faz remissão ao art. 155, § 2º, do mesmo Códex.

Por esse motivo, tomo a pena fixada para o acusado, de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, e, por não ser muito grande o prejuízo, bem como diante da imaculada Certidão de Antecedentes Criminais do acusado (f. 38), reduzo-a no patamar intermediário de 1/2 (metade), concretizando-a em 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa, a ser paga à razão mínima.

Mesmo diante da redução da pena, ressalto não ter aperfeiçoado a prescrição, em nenhuma de suas formas.

Em função da atenuação da reprimenda, deve a substituição da pena também ser adequada, para que se dê por somente uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP), permanecendo apenas a obrigação de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, em entidade a ser designada pelo Juízo da execução.

4. Conclusão.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo ventilada pela defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao apelo, para reconhecer a figura do privilégio e, via de consequência, reformar a pena do apelante.

Verificando que o réu foi defendido, ao longo de toda a ação penal, pela Defensoria Pública ou por defensores nomeados, isento-o do pagamento das custas processuais, nos moldes do art. 10, inc. II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Ressalto que o valor estabelecido a título de honorários advocatícios (f. 78), ao contrário do alegado pela defesa, não é devido pelo acusado, e sim pelo Estado, não assistindo qualquer razão ao defensor quanto à sua irresignação, demonstrada ao final das razões recursais, acerca da incapacidade financeira do apelante de arcar com os referidos honorários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e HERBERT CARNEIRO.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Agravo em execução - Remição da pena - Trabalho e estudo - Simultaneidade - Consideração das duas atividades - Possibilidade

Ementa: Agravo em execução. Remição pelo trabalho e estudo desempenhados na mesma época. Consideração das duas atividades. Possibilidade. Recurso não provido.

- Trabalho e estudo são os dois grandes pilares da readaptação social, de modo que não há empecilho para que seja reconhecido o direito à remição pelo trabalho e estudo realizados no mesmo período, como forma de prestigiar e valorizar o preso.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.09.-510016-0/001 - Comarca de Governador Valadares - Agravante: Ministério Público do Estado Minas Gerais - Agravado: Lindolfo Jacinto de Souza Junior - 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 Fernando Starling, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2010. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público da decisão que deferiu ao sentenciado Lindolfo Jacinto de Souza Júnior o benefício da remição pelo estudo e trabalho concomitantemente. Sustenta o *Parquet* que, ao proceder ao cálculo para concessão da remição, o d. Magistrado entendeu por bem remir o mesmo período duas vezes, considerando os dias trabalhados e as horas de estudos. Alega não ser possível a remição por trabalho e por estudo simultaneamente, para remir mais de um dia de pena, pois ocorreria a violação do art. 126, § 1º, da LEP, uma vez que o mesmo dia seria computado duas vezes para fins de remição, possibilitando que fosse abatido mais de um dia de pena a cada três dias laborados/estudados. Aduz que, no caso em tela, para se calcular a remição sem violar a lei, seria necessário excluírem-se os dias de estudo referentes a períodos já utilizados para a remição anteriormente concedida em razão do trabalho. Por fim, pugna pelo provimento do presente recurso para indeferir a remição por estudo e trabalho concomitantemente (f. 03/08).

Contrarrazões do condenado, às f. 09/18, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Procedeu-se ao traslado de peças (f. 19/127). A decisão é mantida em juízo de retratação (f. 129), sendo o parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido do conhecimento e provimento do agravo (f. 138/141).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com efeito, o agravo ora interposto não está a merecer provimento.

Foi deferida ao agravado a remição de pena pelo trabalho, cumulada com as horas de estudo, levando-se em conta uma interpretação mais extensiva da norma prevista no art. 126 da LEP. Inconformado com a concessão do benefício, insurge-se o Ministério Público.

Primeiramente, há que salientar que trabalho e estudo são os dois grandes pilares da readaptação social, além do que a Lei de Execução Penal não excluiu expressamente a possibilidade da remição pelo estudo.

Ademais, o estudo, assim como o trabalho, é também um direito do preso, e, considerando que a finalidade maior da execução da pena é a recuperação e reintegração do preso à sociedade, entendo que não há empecilho para que seja reconhecido o direito à remição pelo trabalho e estudo realizados no mesmo período.

Vale lembrar que um dos maiores anseios da sociedade sempre foi a ocupação do preso. Portanto, dar ao detento, principalmente quando analfabeto, o direito à remição também pelo estudo, nada mais é do que fazer a devida justiça.

Assim, embora a remição pelo estudo não tenha sido contemplada pelo legislador ordinário, tem-se aplicado a tais casos, por analogia, o art. 126 da LEP, que trata da remição pelo trabalho.

Enfim, cabe ao Estado, enquanto órgão encarregado de processar o indivíduo que enveredou pelos caminhos tortuosos da marginalidade, executar a pena, procurando na medida do possível prestigiar e valorizar o preso, tratando-o com dignidade e dando-lhe o ensejo de gozar os benefícios que devem ser estendidos a todos, indiscriminadamente, seguindo sempre os princípios que norteiam a execução penal.

Tais medidas contribuirão para a sua ressocialização, tornando-o apto ao convívio social, de maneira útil, digna e produtiva.

Desse modo, entendo que a permissão da remição pelo trabalho e estudo simultâneos permite ao recluso a readaptação à vida em sociedade, engrandecendo e dignificando o homem, contribuindo para o progresso de toda a comunidade em que vive.

Nessa linha de entendimento estão os julgados a seguir transcritos:

> Agravo. Remição. Trabalho e estudo desempenhados concomitantemente pelo apenado. Consideração de ambas as atividades para concessão do benefício. Interpretação da Lei de Execuções Penais. Estímulo à reintegração do condenado. Recurso a que se nega provimento. - Por se ajustar aos obje-

tivos da execução penal, de reintegração do condenado, e inexistir obstáculo à sua operação, correta a decisão que determina, para fins de remição, o cômputo tanto do período trabalhado como do de estudo, cumpridos numa mesma jornada diária, premiando o esforço do reeducando. (TJMG - 1.0000.09.497567-9/001 - Rel.: Des. Herculano Rodrigues - j. em 16.7.2009 - p. 14.8.2009.)

Criminal. REsp. Remição. Frequência em aulas de alfabetização. Possibilidade. Interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Recurso desprovido. - I. A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo 'trabalho', para abarcar também o estudo, longe de afrontar o *caput* do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto. III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe *in casu*, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. IV. Recurso desprovido. (REsp 445942/RS; *DJ* de 25.8.2003, p. 00352, Rel.: Min. Gilson Dipp.)

Dessa forma, não se vislumbra qualquer irregularidade na concessão do benefício, mesmo porque foi devidamente respeitado pelo d. Magistrado o cálculo previsto no art. 33 da LEP, de dezoito horas de estudo para cada dia remido.

Em face do exposto, entendo que deva ser mantida a decisão agravada, em respeito aos princípios norteadores do processo penal moderno, o qual, naquilo que se refere à imposição de penas, deve buscar a integral ressocialização do condenado.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e FERNANDO STARLING.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra o meio ambiente - Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Destruição de floresta considerada de preservação permanente - Ausência de prova - Absolvição - Impedimento da regeneração natural da vegetação - Delito caracterizado - Condenação.

Ementa: Apelação criminal. Crime ambiental. Destruição de floresta considerada de preservação permanente. Absolvição confirmada. Ausência de materialidade. Impedir ou dificultar regeneração da vegetação. Configuração. Área de preservação permanente. Recurso parcialmente provido.

- Ausente prova de destruição ou dano a floresta considerada de preservação permanente, ainda que em formação, ou de seu uso com infringência das normas de proteção, como exige o tipo penal descrito no art. 38 da Lei 9.605/98, impõe-se a manutenção da absolvição.

- Demonstrado que as edificações do apelado estão impedindo a regeneração natural da vegetação em área de preservação permanente, tendo ele plena consciência da irregularidade, impõe-se sua condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.08.522492-2/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Edivaldo Cardoso Pereira - 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 Pedro Vergara, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto contra a r. sentença de f. 139-148, que, julgando improcedente a denúncia, absolveu o apelado da imputação dos delitos previstos no art. 38 e 48, ambos da Lei 9.605/98.

Nas razões recursais de f. 152-208, busca o apelante a reforma da r. sentença, para que o apelado seja condenado nos exatos termos da exordial.

Contrarrazões recursais, às f. 212-223.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 229-233, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, já que presentes seus requisitos de admissibilidade.

Narra a denúncia que o Sr. Edivaldo Cardoso Pereira, proprietário da gleba 07 do Condomínio de Chácaras Aroeiras do Miranda, na zona rural do Município de Uberlândia-MG, às margens da represa da Usina Hidrelétrica de Miranda, realizou intervenção em área de preservação permanente de sua propriedade,

edificando uma quadra de peteca, um quiosque de alvenaria e madeira, uma rampa de acesso ao quiosque e uma rampa de acesso ao lago, sem autorização, permissão ou licença do órgão competente, danificando floresta considerada de preservação permanente e impedindo a regeneração natural de vegetação protegida.

Após regular instrução do processo, restou o apelado absolvido por ausência de prova de prejuízo ao meio ambiente, decisão contra a qual se opõe o Ministério Público, por meio do presente recurso, esperando a condenação do apelado como incurso nas sanções do art. 38 e 48, ambos da Lei 9.605/98.

Registro, inicialmente, que não há dúvida de que parte da propriedade do apelante está inserida em área de preservação permanente (APP), eis que

> a propriedade localiza-se às margens da represa do Miranda e, segundo Lei 14.309, de 2002, art. 10, § 2º, no caso de reservatório artificial com área superior a 20 ha a área de preservação permanente é de 100 m desde o seu nível mais alto (cota de inundação), medido horizontalmente, em faixa marginal (vide laudo pericial de f. 25-26).

E não se diga que o apelado desconhecia tal condição, pois tanto na escritura pública de compra e venda, de f. 14-15, como na averbação, de f. 66-66-v, ela foi expressamente consignada.

Outrossim, é certo que, dentro dessa área de preservação, na propriedade do acusado existe "um quiosque aberto com tablado de madeira em frente, acima deste uma área gramada com palmeiras e uma quadra de esportes com parquinho", tendo sido feita "terraplanagem na área onde existe a quadra. Neste local o solo foi impermeabilizado" (f. 25-26).

Resta saber se, em razão disso, incorreu o apelado nos crimes ambientais a ele imputados.

As disposições dos arts. 38 a 53 da Lei 9.605/98 voltam-se à proteção da flora, que pode ser compreendida como o conjunto da vegetação de uma determinada região, abrangendo todas as espécies que a compõem.

O art. 38, por sua vez, limita sua proteção às florestas consideradas de preservação permanente, ainda que em estágio de formação, a saber:

> 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.

É bem verdade que o conceito de floresta é bastante polêmico; enquanto para uns seria a vegetação cerrada, composta por árvores de grande porte em grande extensão de terras, para outros o termo abrange, também, formas de vegetação menos exuberante.

Contudo, sem adentrar nessa discussão, importa, *in casu*, que o laudo pericial de f. 25/26, a despeito de se referir a uma APP, é conclusivo no sentido de que não foram constatados indícios de supressão de vegetação ou de árvores.

Assim, não se pode afirmar que, com as interferências do apelado, houve destruição ou dano à floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, tampouco uso com infringência das normas de proteção.

Em caso similar, já decidiu este eg. Tribunal:

> Ementa: Meio ambiente. Destruição ou danificação de área de preservação permanente. Crime do art. 38 da Lei 9.605/1998. Ilícito penal indemonstrado. Consequente absolvição por atipicidade do fato. Se não apurada pericialmente, a destruição ou danificação de floresta formada ou em formação, e se o art. 38 da Lei 9.605/1998 limita sua proteção às florestas consideradas de preservação permanente, mesmo as em estágio de formação, evidencia-se a atipicidade do fato fundado naquele dispositivo legal (art. 38). Se não se trata de floresta, e sim de acusação de destruição de vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de proteção especial, o ilícito penal denunciável é o do art. 50 da referida lei. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Apelação nº 1.0081.05.001374-7/001(1), Rel. Des. Hyparco Immesi, v.u., j. em 02.10.2008; p. no Diário Oficial de MG de 24.10.2008.)

Destarte, ausentes indícios de destruição ou dano a floresta considerada de preservação permanente, ainda que em formação, ou de seu uso com infringência das normas de proteção, como exige o tipo penal descrito no art. 38 da Lei 9.605/98, é de rigor a manutenção da absolvição do apelado dessa imputação.

Lado outro, quanto à imputação do delito previsto no art. 48 da Lei 9.605/98, *data venia*, tenho que o pleito condenatório merece acolhida.

Dispõe o citado artigo:

> Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Este dispositivo, por seu turno, é mais amplo e busca assegurar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação devastadas.

Sobre o núcleo do tipo em questão, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> [...] impedir (obstruir, interromper) ou dificultar (tornar algo custoso) são as condutas, que têm por objetivo a regeneração natural (reconstituição produzida pela natureza) de florestas e outras formas de vegetação. Se alguma floresta foi danificada, a própria natureza incumbe-se de reparar o estrago, desde que se permita que isso ocorra. Assim, o objetivo do tipo penal é punir aquele que interfere nesse

> processo natural de recomposição do meio ambiente ao *status* anterior (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 944).

No caso em questão, não obstante o laudo técnico se mostrar bastante genérico, tenho-o por suficiente para demonstrar que as edificações do apelado, sobretudo diante da impermeabilização do solo, estão impedindo a regeneração natural da vegetação, tanto que certifica que "para recompor a cobertura vegetal é necessário que se faça remoção das estruturas que impermeabilizaram o solo, quiosque, rampa e quadra e realize o plantio de espécies nativas da região".

Noutro giro, é inegável a presença do elemento subjetivo exigido pelo tipo, o dolo genérico.

Apesar de o apelado tentar se esquivar de qualquer responsabilidade, contradizendo-se e omitindo informações, evidencia-se, de suas próprias declarações, que ele tinha plena consciência das irregularidades apontadas, mas, mesmo assim, manteve as edificações em desconformidade com a lei, e, sem nenhuma cautela. Sabendo tratar-se de APP, construiu ainda o quiosque, a quadra de peteca e mais uma passarela.

Consoante termo de declaração de f. 35, afirma o apelado

> que adquiriu a propriedade no ano de 1999; que a sede foi construída pelo declarante, há aproximadamente oito anos; que antes existiam a rampa, o tablado e uma passarela; que em sua propriedade não existe guarda-barcos de alvenaria, descrito no BO de f. 08; que, se considerar o marco da CEMIG, a quadra de peteca não está em APP; que não providenciou autorização de nenhum órgão para a realização das edificações [...].

Sob o crivo do contraditório, declara o apelado

> que a denúncia é verdadeira em parte; que a parte falsa é que não foi o interrogando quem fez as edificações no local, porque, quando adquiriu o imóvel, elas já existiam; que nenhuma providência foi tomada até agora para corrigir o problema; que há a intenção de corrigir o problema, mas estamos pedindo uma perícia no inquérito civil público para dimensionar o problema e a correspondente solução; que a rampa de acesso fica entre as chácaras das glebas 7A e 7B, razão da necessidade da perícia para definir se efetivamente a responsabilidade é do interrogando ou do vizinho, ou de ambos; que não conhece as testemunhas arroladas pela acusação; que, por último, em sua defesa própria gostaria de dizer que estamos apenas aguardando uma perícia para fazer a coisa certa e que não foi o interrogando que fez as edificações (f. 112-113).

Observa-se, ainda, que, apesar de o apelado sustentar que tem total interesse em resolver o problema, sua alegação não encontra respaldo nos autos.

Além de o laudo pericial, certificando as irregularidades em sua propriedade, datar de 15 de março de 2007, oferecida ao apelado proposta de transação penal, condicionada à resolução da questão, optou ele por prosseguir com a presente ação penal, mantendo inalterada a situação de sua propriedade.

Sobre as áreas de preservação permanente, vale destacar que elas são assim consideradas diante de sua função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora; proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. Só se admite supressão total ou parcial de sua vegetação com prévia autorização do poder público, quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Dessa forma, a meu ver, torna-se desnecessária maior investigação quanto ao tipo de vegetação afetada, sendo, também, manifesto o prejuízo ambiental. Não fosse assim, não seria despendida proteção toda especial às áreas de preservação permanente.

Nesse sentido, trago à colação:

> Criminal. REsp. Crime ambiental. Art. 40 da Lei Ambiental. Conduta perpetrada em área que não se confunde com unidade de conservação. Atipicidade da conduta. Art. 48. Conduta típica de impedir ou dificultar regeneração da vegetação. Configuração. Área de preservação permanente. Terra particular. Competência da justiça estadual. Ausência de interesse da união. Remessa dos autos à justiça estadual. Recurso parcialmente provido. I. 'Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação não se confundem, pois são regidas por leis diferentes, consubstanciando institutos diversos do Direito Ambiental.' II. Conduta perpetrada em área de preservação permanente, afastando a incidência do tipo penal do art. 40 da Lei 9.605/98, que menciona Unidade de Conservação. III. Hipótese caracterizadora da conduta típica descrita no art. 48 da Lei Ambiental, na medida em que 'a sucessão ecológica de regeneração florestal fica impedida de se manifestar e consequentemente estabelecer uma vegetação nativa típica neste local, mesmo que seja por regeneração espontânea'. IV. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime ambiental em área de preservação permanente, perpetrada em terras particulares, quando não restar demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal. V. Remessa dos autos ao Juízo Estadual para o recebimento da denúncia. VI. Recurso parcialmente provido. (REsp 849.423/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 19.09.2006, *DJ* de 16.10.2006, p. 430.)

Por fim, sem guarida as alegações defensivas de aplicação da exceção do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei nº 14.309/2002, ou da legislação municipal que previu facilidades para a regularização de sítios de recreio localizados à margem da Usina de Miranda, inclusive com licenciamento de intervenções na APP, pelo IEF.

Além de o apelado não ter tomado qualquer providência para a regularização de sua propriedade, como exigem essas leis, é evidente que elas extrapolam os limites consignados pela Lei Federal 4.772/65, que estabelece as normas gerais sobre proteção do meio ambiente (art. 24, VI, § 1º, da CR/88). Em situação semelhante, já decidiu este eg. Tribunal:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 17, incisos V, VI e VII e § 6º da Lei Estadual nº 14.710/2004. Política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Art. 19, incisos V e VII e § 6º, do Decreto Estadual nº 43.710/04. Regulamento. Reserva legal. Inconstitucionalidade manifesta. Extrapolação de competência suplementar. Disciplina contrária à legislação federal de regência. Ofensa ao art. 10, inciso V, e parágrafo 1º, I, da Constituição Estadual. Representação acolhida. Vício declarado. - A recomposição da reserva legal em imóveis rurais a ser implementada mediante compensação, consoante a legislação federal de regência, somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia. (TJMG, Corte Superior, Apelação nº 1.0000.07.456706-6/000(1), Rel. do Acórdão Des. Herculano Rodrigues, j. em 27.8.2008; p. em 7.11.2008.)

Demonstrado, pois, que as edificações do apelado estão impedindo a regeneração natural da vegetação em área de preservação permanente, tendo ele plena consciência da irregularidade, impõe-se sua condenação nas sanções do delito previsto no art. 48, da Lei 9.605/98.

Diante do exposto, passo à fixação das penas:

Observa-se que a culpabilidade do apelado é ínsita e própria do tipo penal; não registra antecedentes criminais (f. 138); não há dados para se aferir a sua conduta social, bem como sua personalidade; os motivos são comuns aos delitos dessa natureza; as circunstâncias, normais do tipo penal; não foram apuradas consequências mais graves ao meio ambiente.

Diante disso, na primeira fase, fixo a pena-base em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa; na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes a serem consideradas; na terceira fase, inexistem causas de diminuição ou aumento a serem reconhecidas, razão pela qual concretizo as penas em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, na fração de 10/30 (dez trigésimos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão da situação econômica do réu (art. 60 do CP).

Fixo o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, CP).

Satisfeitos os requisitos legais (art. 7º, da Lei 9.605/98), substituo a reprimenda corporal por uma pena restritiva de direito, consistente em demolir as edificações existentes na APP de sua propriedade (quiosque, rampas e quadra de esportes) e recuperar toda a área protegida, através do plantio de espécies nativas do cerrado, com prévia elaboração de projeto pelo IEF (Instituto Estadual de Florestas), no prazo máximo de 06 (seis) meses, sob pena de conversão da pena alternativa em aflitiva (art. 44, § 4º, do CP).

Suspendo os direitos políticos do apelado, nos termos do art. 15, III, da CR.

Feitas essas considerações, meu voto é no sentido de se dar parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o apelado, como incurso nas sanções do art. 48 da Lei 9.605/98, às penas de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, na fração de 10/30 (dez trigésimos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, sendo a reprimenda corporal substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em demolir as edificações existentes na APP de sua propriedade (quiosque, rampas e quadra de esportes) e recuperar toda a área protegida, através do plantio de espécies nativas do cerrado, com prévia elaboração de projeto pelo IEF, no prazo máximo de 6 (seis) meses, sob pena de conversão da pena alternativa em aflitiva (art. 44, § 4º, do CP).

Oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral quanto à suspensão dos direitos políticos do apelado (art. 15, III, da CR).

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Crime contra a ordem econômica - Venda de combustíveis adulterados - Julgamento - Competência - Justiça Comum - Art. 7º, II, da Lei 8.137/90 - Tipificação - Crime contra as relações de consumo - Dolo caracterizado - Condenação

Ementa: Combustíveis adulterados. Competência. Justiça Comum. Expor à venda. Dolo caracterizado. Condenação mantida.

- Prevalece a competência residual da Justiça Comum para o julgamento dos delitos contra a ordem econômica, inclusive, aqueles pertinentes à exposição à venda de combustíveis adulterados, em face de não se apresentar o interesse direto da União sobre o fato.

- Demonstrado pela prova produzida no feito que os acusados expuseram à venda combustíveis adulterados e impróprios ao consumo, não obstante a fiscalização e proibição da Agência Nacional do Petróleo, resulta patenteado o dolo na conduta dos mesmos, que se subsume ao tipo do art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90. Por isso, deverá subsistir a responsabilização penal dos acusados, conforme estabelecido na sentença condenatória.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.03.052636-3/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: 1º) Waldir Carlos Primeiro; 2º) Anderson Furlanetti da 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, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2010. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo 1º apelante, o Dr. Augusto Jacob de Vargas Neto.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Sr.ª Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - APÓS SUTENTAÇÃO ORAL, O RELATOR PEDIU VISTA DOS AUTOS.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Trata-se de dois recursos de apelação interpostos por Waldir Carlos e Anderson Furlanetti da Silva, respectivamente, contra sentença que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar o primeiro acusado a cumprir a pena de dois anos e sete meses de detenção, em regime semiaberto; enquanto o segundo acusado foi condenado a cumprir a pena de dois anos, três meses e quinze dias de detenção, em regime aberto, por incursos no art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90. O acusado Anderson Furlanetti da Silva foi beneficiado pela substituição da sua pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de pecúnia e na prestação de serviços à comunidade.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sumariamente, no relatório de f.

Conhece-se de ambos os recursos, por estarem adequados aos seus pressupostos de admissibilidade.

Prima facie, assinalo que ouvi, com a atenção necessária, a elaborada sustentação oral realizada pelo insigne advogado dos apelantes, Dr. Augusto Jacob Vargas Neto, via da qual, em caráter preliminar, aponta a nulidade deste feito, em decorrência da incompetência absoluta da Justiça Comum para o exame da matéria focalizada nestes autos. Entendem os apelantes que se patenteia o interesse jurídico da União na espécie vertente, em razão da sua autarquia Agência Nacional do Petróleo - ANP possuir as atribuições, dentre outras, de fiscalizar e aplicar sanções quanto às atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Assim, concluem que a presença do interesse da União transfere para a órbita da Justiça Federal o conhecimento e julgamento da presente lide penal.

À minha ótica, não se pode conceder guarida à preliminar em epígrafe, porquanto se trata de um delito praticado por particulares contra a ordem econômica, visando atingir outros particulares: os consumidores. Dessarte, esta situação fática é demonstrativa de que não se vislumbra o interesse direto da União, passível de atrair a competência da Justiça Federal para o desate do caso em tela, resultando certo prevalecer a competência residual da Justiça Comum.

Esta questão processual levantada pelos apelantes não é nova neste egrégio TJMG, pois analisada quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.0000.00.234628-6/000, cuja relatoria pertenceu ao Desembargador Odilon Ferreira. E, sobre o tema, calha trazer à baila os percucientes fundamentos do acórdão correspondente, *verbatim:*

> Ora, não há como acatar a referida tese, na medida em que a adulteração de combustível. Trata-se, em tese, de delito contra a economia popular tipificado no art. 1º da Lei 8.176/91, cuja competência é da Justiça Comum Estadual.
> 'Processual penal. Competência. Crime contra a ordem econômica. Lei n. 8.176/91. - É da competência do juízo comum estadual o processo de julgamento dos delitos contra a ordem econômica, definidos na Lei nº 8.176/91. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Barbacena-MG, o suscitado. (STJ - CC 15.465/MG - Min. Anselmo Santiago - 12/061996)'.
> Situação diversa seria a hipótese de adulteração de combustível realizada da refinaria, sendo que não é o caso em questão. A partir do momento em que o combustível sai da refinaria, sendo adulterado por empresas privadas de distribuição, a competência passa a ser da Justiça Comum Estadual.
> Efetivamente, dispõe o art. 1º, I, da Lei 8.176/91 que constitui crime contra a ordem econômica adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes em desacordo com as normas estabelecidas em lei.
> Por se tratar de crime contra a ordem econômico-financeira, o processo de julgamento será de competência da Justiça Federal, somente quando a lei assim o definir. Isso porque, de acordo com o art. 109, VI, da Constituição Federal de 1988, constitui competência da Justiça Federal processar e julgar crimes contra a ordem econômico-financeira, somente nos casos determinados em lei. Observa-se, entretanto, que a Lei nº 8.176/91 é omissa neste sentido, nada esclarecendo a respeito. Logo, caberá à Justiça Comum Estadual o julgamento desse delitos.
> [...]
> Assevera, ainda, o impetrante que, cabendo à autarquia federal denominada Agência Nacional de Petróleo - ANP a fiscalização da distribuição e venda de produtos combustíveis, outrossim, faleceria a competência judiciária estadual para a análise dos fatos, tudo na forma estabelecida na Lei nº 9.647, de 26.10.99.
> Sobre esta questão, como bem observou a douta Procuradoria de Justiça, há de se fazer distinção entre a

esfera administrativa e a judiciária. Compete à Agência Nacional de Petróleo a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido na Lei nº 9.478, de 06.08.97, regulamentada pelo Decreto nº 2.455, de 14.01.98. Trata-se, portanto, de uma fiscalização exercida na esfera administrativa, sem qualquer reflexo na órbita da competência de natureza processual-penal. O mesmo pode-se dizer do Inmetro, em relação à fiscalização do rompimento dos lacres nas bombas de combustíveis (*Habeas Corpus* nº 1.0000.00.234628-6/000 - Terceira Câmara Criminal - Rel. Des. Odilon Ferreira - *DJ* de 10.08.2001).

Portanto, ante tais considerações, rejeito a referida preliminar.

Ultrapassada a preliminar em apreço, verifico que, no âmbito meritório, as razões dos dois apelos são idênticas, o que possibilita o julgamento simultâneo dos mesmos, como se fará a seguir.

Os apelantes afirmam que o álcool combustível não foi objeto de análise laboratorial, mas apenas a gasolina automotiva, conforme se vê dos laudos de f. 14/15 e f. 16/17, por isso, não se provou que o primeiro combustível estivesse adulterado, pelo que não se poderá falar em conduta criminosa neste caso.

Sem razão os apelantes, uma vez que o denominado Boletim de Análise nº 611.996, de f. 81/82, noticia que o álcool combustível encontrado no estabelecimento dos mesmos é impróprio para o consumo, pois a massa específica e o teor alcoólico deste produto não se enquadram nas especificações da Agência Nacional do Petróleo. As conclusões insertas nesta prova derruem igualmente o argumento dos apelantes de que a eventual alteração encontrada neste combustível era pequena e não alterava as características do mesmo. Portanto, resulta que os apelantes não poderiam ter este combustível em estoque para comercializá-lo, sob pena de configurar o tipo penal do art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90.

Afirmam, ainda, os apelantes que a gasolina adulterada apenas estava armazenada nos tanques do seu posto e não estava sendo comercializada ou posta à venda, sendo certo que a acusação não fez prova deste fato narrado na denúncia, assim, entendem que não se caracterizou o tipo do art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90, a determinar a absolvição de ambos.

Esta alegação dos apelantes é inverossímil, pois foi efetivada uma fiscalização no posto de combustíveis dos apelantes e detectado o fato de que se encontrava em plena atividade comercial, consoante emerge dos Documentos de Fiscalização da ANP de f. 08/13. Este fato foi confirmado no depoimento da testemunha, Roberto Ramos Loreniz, colhido na instrução criminal (f. 161/162), o qual narrou, inclusive, que lacrou as bombas de combustíveis do posto dos apelantes, após efetivar a fiscalização. Esta prova também trouxe a lume as condutas dos apelantes de romperem os lacres das bombas para darem continuidade ao comércio dos combustíveis adulterados. Essas circunstâncias não se coadunam com a simples armazenagem do produto, mas sim patenteiam a conduta delineada no referenciado art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90, a ensejar a responsabilização penal dos apelantes.

Os apelantes sustentam que a adulteração nos combustíveis só é detectada em laboratório; assim, não se pode exigir conduta diversa do cidadão médio que adquire o produto das distribuidoras como se fosse autêntico. Essa circunstância, no entender dos mesmos, evidencia que não agiram com dolo, o que corrobora a inexistência do tipo penal indicado na denúncia e ocasiona a sua improcedência.

Uma vez mais não se pode conceder razão aos apelantes, pois são manifestas as suas vontades livres e conscientes de colocarem à venda combustíveis adulterados. Essa vontade, ou seja, o dolo dos apelantes é comprovado pelo fato acima focalizado na prova testemunhal (f. 162) de que, não obstante a proibição da ANP, eles romperam os lacres das bombas de combustíveis no claro intento de comercializá-los. Dessarte, presente é o elemento subjetivo na conduta ilícita dos apelantes, a teor do mencionado art. 7º, II, da Lei nº 8.137/90.

A questão acima debatida já foi objeto de julgamento por este egrégio TJMG, conforme ressai do excerto do acórdão de lavra do Des. Fernando Starling, *v.g.*

> A aduzida tese de ausência de dolo por parte do apelante, em razão de não ter ele visado lucro maior ou outra vantagem econômica com a venda do produto impróprio não merece guarida. É que o apelante revendia produto em desacordo com as normas legais de livre e consciente vontade, não podendo alegar em proveito próprio o desconhecimento dos fatos ou ausência da pretensão em lesar o consumidor. Sua desídia em manter a qualidade do produto a ser comercializado demonstra, ao menos, sua omissão delituosa, razão pela qual não há que se falar, aqui, em qualquer excludente de sua conduta ilícita (Apelação Criminal nº 1.0518.05.077722-7/001 - 1ª Câmara Criminal - *DJ* de 03.10.2008).

De outra face, os apelantes aduzem que a prova vertida no feito fixa que o deslinde da controvérsia deve se efetivar à luz do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 8.137/90, com a redução das suas penas em um terço, reformando-se, de consequência, o dispositivo sentencial respectivo.

O arcabouço probatório produzido no feito indica, de forma iniludível, que os apelantes agiram com extremo dolo ao colocarem à venda combustíveis adulterados, pois sequer a fiscalização e a proibição da ANP foram capazes de sustar a prática desse comércio ilícito. Assim, resulta que a conduta dos apelantes não se amolda ao tipo preconizado no aludido parágrafo único do

art. 7º da Lei nº 8.137/90, devendo, por isso, prevalecer a sanção estabelecida na sentença condenatória.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento aos dois apelos.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

...

Violência doméstica - Ameaça - Maus-tratos - Instigação ao suicídio - Sujeito ativo - Mulher - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade - Processo e julgamento - Competência - Justiça comum

Ementa: Processo penal. Conflito de jurisdição. Ameaça. Maus-tratos. Instigação ao suicídio. Prática contra mulher. Âmbito doméstico. Lei Maria da Penha. Violência doméstica. Justiça comum. Deram pela competência do Juízo suscitado.

- De acordo com o disposto nos arts. 33 e 41 da Lei nº 11.340/06, é competente a Justiça comum para julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica contra a mulher, enquanto não estruturados os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

- O fato de o sujeito ativo das agressões ser mulher não afasta a incidência da Lei Maria da Penha, exigindo-se, apenas, que a vítima seja mulher, para sua aplicação.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.10.001087-5/000 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Suscitante: Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial de Santa Rita do Sapucaí - Suscitado: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí - 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 Des. Fernando Starling, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2010. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Trata-se de conflito negativo de jurisdição, suscitado pela MM. Juíza de Direito do Juizado Especial da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que entende como competente para análise e julgamento do feito o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da mesma comarca.

A exordial constitui queixa-crime. A querelante alega, em síntese, que a querelada, que é sua filha e reside em sua companhia, faz-lhe constantes ameaças e agressões físicas, proferindo xingamentos e a instigando ao suicídio. A querelante requer o afastamento da agressora do lar, nos termos do art. 22, II, da Lei 11.340/2006, f. 02/04. O MM. Juiz da Vara Criminal determinou a remessa dos autos para o Juizado Especial, f. 11, por entender que se trata de fatos de menor potencial ofensivo. A douta Juíza do referido juizado, suscitou o presente conflito de jurisdição, sob a fundamentação de que os fatos ocorreram no âmbito doméstico, o que enseja a aplicação da Lei nº 11.340/2006, razão pela qual a competência é da Justiça comum, f. 12/14.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela competência do Juiz suscitado, f. 21/23.

É o relatório.

Conheço do conflito, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares arguidas nem constatadas de ofício.

Pela leitura dos autos, depreende-se que a exordial se trata, na verdade, de representação criminal, pela prática, em tese, de crimes de ameaça, maus-tratos e induzimento ao suicídio, praticados pela filha contra a mãe, as quais residem no mesmo lar, motivo pela qual se constata que esta pode estar sendo vítima de violência doméstica e familiar, o que enseja a aplicação da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha.

Logo, a controvérsia é acerca da competência para processar e julgar delito praticado contra a mulher no âmbito doméstico.

O referido diploma legal determina a criação de Juizado Especial de Violência Doméstica, e, enquanto este não for criado, ficou prorrogada a competência da Vara Criminal Comum, excluindo a competência do Juizado Especial e havendo determinação expressa de não-aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico.

Dispõe a Lei nº 11.343/2006:

> Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

> [...]
> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dessa forma, clara é a intenção do legislador em atribuir a competência à Justiça comum.

Destaca-se, ainda, que o fato de o sujeito ativo das agressões ser mulher, como no caso em análise, não afasta a incidência da Lei Maria da Penha, exigindo-se, apenas, que a vítima seja mulher, para sua aplicação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou afetiva, além da convivência, com ou sem coabitação [...] (STJ - Conflito de Competência nº 96533/MG (2008/0127028-7), Relator Og Fernandes, *DJe* de 05.02.2009).

Ante tais fundamentos, conheço do conflito de jurisdição e declaro competente para o processamento e julgamento do feito o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, ora suscitado, a quem devem ser remetidos os autos, comunicando-se à digna Juíza suscitante.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e FERNANDO STARLING.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

...

Furto qualificado - Autoria - Materialidade - Prova - Causa de aumento de pena - Repouso noturno - Inaplicabilidade - Redução da pena

Ementa: Furto. Absolvição. Impossibilidade. *Res* em poder do acusado. Prova testemunhal. Furto qualificado e majorante do repouso noturno. Incompatibilidade. Exclusão da majorante.

- Impossível falar em absolvição ante as provas dos autos da autoria delitiva, mormente havendo apreensão da *res* em poder do acusado.

- A majorante do repouso noturno aplica-se somente ao delito de furto simples, sendo incompatível com suas qualificadoras.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0137.08.008218-3/001 - Comarca de Carlos Chagas - Apelante: Lucas Dias Cantão - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA CELESTE PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Maria Celeste Porto, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2010. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de apelação interposta pelo acusado Lucas Dias Cantão contra a r. sentença de f. 116-125, que o condenou no art. 155, §§ 1º e 4º, I e II, do CP, às penas de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 13 dias-multa, em regime aberto, operando-se sua substituição.

Inconformada, recorre a defesa e, nas razões de apelo, f. 156-161, pugna pela absolvição por ausência de provas de autoria.

Contra-arrazoando o recurso (f. 163-167), o Ministério Público pugnou pelo seu desprovimento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo não provimento do recurso (f. 171-176).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, visto estarem preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo a denúncia, no dia 19/11/2007, durante a madrugada, na Rua Presidente Bernardes, nº 478, bairro Cruzeiro, na cidade de Carlos Chagas, o denunciado escalou o muro da residência da vítima William da Cruz Prates, arrombou o cadeado e subtraiu coisas alheias móveis. E, na mesma ocasião, ameaçou as vítimas William da Cruz Prates, Thayhan Mendes de Oliveira e Welvisson Gomes Brandão e, por fim, desacatou funcionário público no exercício de sua função.

O acusado foi absolvido dos crimes do art. 147 e 331 do CP, restando sua condenação somente pelo crime de furto.

E, não obstante estar provada a materialidade delitiva, tenho dúvidas quanto à sua autoria.

O acusado Lucas, nas duas oportunidades em que foi ouvido, negou os fatos, dizendo que a bermuda que usava era de sua propriedade e fora comprada em Teófilo Otoni (f. 16/17 e 68).

As testemunhas ouvidas em juízo não presenciaram o momento do furto; apenas relata a vítima que desconfiou do acusado, ante sua reputação na cidade e, no

mesmo dia, o encontrou vestindo sua bermuda e seu chinelo, o que fez presumir ser ele o autor do crime (f. 23-24 e 89), o que foi confirmado pela testemunha Aldeir, f. 93.

Certo é que o crime de furto não fora presenciado por ninguém, porém, no mesmo dia, em diligências de prosseguimento realizadas pela polícia militar, conforme consta do boletim de ocorrência - o segundo juntado aos autos -, foi o réu avistado vestindo uma bermuda e um par de chinelos que a vítima reconheceu como seus.

Desta forma, a autoria é estreme de dúvidas, tanto pelo depoimento da testemunha Aldeir, bem como pelas declarações da vítima, ante a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado, logo após a prática do crime, visto que, como consta nos autos, no local do furto foi deixada uma bermuda, que provavelmente pertencia ao réu e, já no local, resolveu trocá-la por uma "nova".

Assim, a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado logo após a prática do crime é prova suficiente da autoria delitiva.

As qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada restaram demonstradas pelo laudo pericial de f. 37/41.

Lado outro, de ofício, vejo a necessidade de se decotar da condenação a majorante de repouso noturno, haja vista que se trata de crime de furto qualificado, sendo tais institutos incompatíveis.

Em conformidade com o posicionamento majoritário, tenho que, uma vez reconhecida a forma qualificada do delito de furto (escalada e rompimento de obstáculo), tem-se por incabível a incidência da majorante do repouso noturno.

Isto porque filio-me ao entendimento de que a referida causa especial de aumento de pena só é aplicável ao furto simples, o que se constata até mesmo pela ordem em que as matérias são tratadas no diploma penal.

Confira-se o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Furto qualificado (art. 155, § 4°, IV, do CP). incidência da causa especial de aumento do § 1° (repouso noturno).impossibilidade.
> 1 - A causa especial de aumento do § 1°, do art. 155, do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4°, IV, do CP). Precedentes jurisprudenciais.
> 2 - Ordem concedida (STJ, 6ª Turma, *HC* 10240 / RS ; *Habeas Corpus* 1999/0067159-7, Rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. em 21/10/2000*, DJ* de 14/2/2000, p. 00079).

Neste sentido, entendimento também deste Sodalício:

> Criminal. Furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Privilégio. Incompatibilidade. Reparação do dano. Irrelevância para a minorante. Furto qualificado. Majorante do repouso noturno. Insubsistência. Recurso desprovido[...] Se qualificado o furto, inaplicável a majorante do repouso noturno, cabível apenas nas hipóteses de furto simples (TJMG, Ap. n° 2.0000.00.495721-9/000, Rel. Des. Eduardo Brum, publ. em 17/12/2005, ementa parcial).

> Penal. Furto qualificado e furto noturno. Incompatibilidade. A majorante do furto noturno só se aplica em furto simples, sendo incompatível com a forma qualificada, tanto que a causa especial de aumento de pena foi tratada antes das qualificadoras. Recurso parcialmente provido (Ap. 2.0000.00.440989-6/000, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, publ. em 04/09/2004).

Desta forma, por ter como incompatíveis tais institutos, não sendo aplicável ao furto qualificado decoto referida majorante, estando o apelante condenado nas sanções do art. 155, § 4°, incisos I e II, do CP.

Assim, tomando-se a pena-base fixada de dois anos e quatro meses de reclusão e 11 dias-multa, mantenho a redução de 1/6 proferida pelo juízo primevo, restando a pena concretizada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 9 dias-multa.

Justifica a pena aquém do mínimo, pois foi este o cálculo feito pelo juízo primevo, não podendo sofrer alterações por esta instância revisora, sob pena de se incorrer no abominável *reformatio in pejus*.

Ficam mantidos os demais termos da r. sentença.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para excluir a majorante do repouso noturno, restando a condenação ao apelante no art. 155, § 4°, I e II, do CP, às penas de um ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e nove dias-multa, mantidos os demais termos da r. sentença objurgada.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Homicídio qualificado - Inimputabilidade do réu - Absolvição sumária - Lei 11.689/08 - art. 574, II, do Código de Processo Penal - Revogação tácita - Recurso de ofício - Não conhecimento

Ementa: Reexame necessário criminal. Homicídio qualificado. Absolvição sumária. Inimputabilidade. Reformas trazidas pela Lei 11.689/08. Revogação tácita do art. 574, II, do Código de Processo Penal. Ausência de previsão legal para o recurso de ofício. Recurso não conhecido.

- Em atenção à intenção manifestada pelo legislador com as recentes reformas processuais voltadas à maior celeridade do processo, conclui-se que o art. 574, II, do CPP, que previa a interposição de recurso de ofício contra a decisão que absolver sumariamente o acusado, foi tacitamente revogado.

REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL Nº 1.0071.03.011-686-8/001 - Comarca de Boa Esperança - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Boa Esperança - Réu: Eli Gabriel da Silva, representado pelo Curador Silvano Silva Naves - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a presidência da Des. Márcia Milanez, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER O RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2010. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Eli Gabriel da Silva, já qualificado nos autos, foi denunciado nas iras do art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal, porquanto, em 15 de maio de 2003, por motivo fútil, de surpresa, e utilizando-se de meio cruel, desferiu golpes de faca, de enxada e com um pedaço de madeira contra a vítima Josiane Guimarães, sua amásia, causando-lhe lesões que foram a causa eficiente de sua morte.

Segundo a denúncia, o fato se deu durante a madrugada em que acusado e vítima dormiam na residência do irmão daquele, sendo que passaram eles a discutir por motivo de somenos importância. Ato contínuo, o réu teria se dirigido à cozinha, pegado uma faca e desferido diversos golpes contra a amásia, que veio a cair no chão. Não bastasse, apoderou-se de uma enxada e de um pedaço de pau, desferindo novos golpes contra a cabeça da vítima, evadindo-se em seguida.

Após a instrução criminal, o douto Magistrado julgou improcedente a denúncia e absolveu sumariamente o réu, face à constatada inimputabilidade. Não houve interposição de recurso voluntário pelas partes, sendo os autos encaminhados a esta Corte para o reexame necessário (f. 145/148).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não conhecimento da remessa (f. 156/157).

É, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, entendo ser o caso de não se conhecer da remessa.

Isso porque, ao meu sentir, a Lei 11.689/08 tacitamente revogou o art. 574, II, do Código de Processo Penal, ao trazer, no art. 415 do CPP, a previsão de outras hipóteses de absolvição sumária no procedimento do júri, suprimindo dessa decisão a necessidade de interposição de recurso de ofício.

Reza o atual art. 415 do CPP, acerca da absolvição sumária:

> O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:
> I - provada a inexistência do fato;
> II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
> III - o fato não constituir infração penal;
> IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Vê-se, pois, que o novo texto legal referente à absolvição sumária nada alude à remessa necessária, expressamente prevista na antiga redação do art. 411 do CPP, que dispunha: "o juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu [...], recorrendo, de ofício, da sua decisão". Assim, considerar que o recurso de ofício se sustenta com base no art. 574, II, do CPP não seria razoável, na medida em que patente se mostra que a ausência de sua revogação expressa decorreu de uma simples omissão do legislador, já que seu teor se refere ao antigo art. 411 do CPP, o qual, alterado, nem sequer se refere à absolvição sumária.

Isso posto, e em atenção à manifestada intenção das recentes reformas processuais, obviamente voltadas à maior celeridade do processo que hoje é buscada pelo legislador, forçoso concluir que o art. 574, II, do CPP, que previa a interposição de recurso de ofício contra a decisão que absolver sumariamente o acusado, foi tacitamente revogado.

Nesse sentido vem se orientando este Egrégio Tribunal:

> Ementa: Processual penal. Recurso de ofício. Homicídio qualificado. Absolvição sumária no rito dos crimes dolosos contra a vida. Alteração do art. 411, CPP (atual art. 415, CPP). Reforma processual que suprimiu do rol taxativo dos recursos de ofício a hipótese de absolvição sumária no rito do júri. Revogação tácita do art. 574, II, CPP. Não conhecimento do recurso, por ausência de previsão legal. - Diante das novas alterações trazidas pela Lei nº 11.689/08, suprimiu-se do ordenamento jurídico pátrio o recurso de ofício na hipótese de decretação da absolvição sumária ao fim da fase sumária do rito do júri. - Recurso não conhecido, por ausência de previsão legal (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0411.06.022250-1/001; Relator: Des. Hélcio Valentim).

Ementa: Processual penal. Absolvição sumária. Inimputabilidade do agente. Recurso de ofício não conhecido. Mesmo que o recurso de ofício tenha sido interposto antes das reformas trazidas pela Lei nº 11.689/2008, é sabido que as normas processuais têm aplicação imediata, inclusive aos casos julgados. Inexistindo no ordenamento jurídico pátrio a figura do recurso de ofício, mas tão somente o recurso voluntário, o recurso não deve ser conhecido, por falta de previsão legal. Recurso não conhecido (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0514.07.023012-3/001; Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel).

Ementa: Recurso de ofício. Alteração do código de processo penal. Recurso não mais previsto no caso de absolvição sumária. Preliminar de não conhecimento. - Considerando as recentes alterações do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei 11.689/08, não há mais recurso de ofício no caso de absolvição sumária no procedimento do júri (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0428.05.000234-7/001; Relator: Des. Renato Martin Jacob).

Ementa: Processo penal. Recurso de ofício. Homicídio. Absolvição sumária. Preliminar de não conhecimento. Art. 411 do Código de Processo Penal alterado pela Lei nº 11.689/08. Atualmente art. 415. Supressão do recurso de ofício. Não conhecer do recurso. - Considerando que a Lei nº 11.689/08 alterou o CPP e suprimiu o recurso de ofício em absolvição sumária, impõe-se o não conhecimento do presente recurso, por falta de previsão legal (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0625.99.000519-5/001; Relator: Des. Pedro Vergara).

Ementa: Processual penal. Recurso de ofício. Absolvição sumária. Legítima defesa. Recurso não conhecido. - Ainda que o recurso tenha sido interposto antes das reformas trazidas pela Lei nº 11.689/2008, é sabido que as normas processuais têm aplicação imediata, inclusive aos casos anteriormente julgados, como ocorre na hipótese em julgamento, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 2º, consagrou o princípio segundo o qual o tempo rege o ato, ao dispor que 'a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior'. Portanto, diante do princípio da imediatividade que rege a sucessão das leis processuais no tempo, não sendo mais contemplado o reexame necessário da sentença de absolvição sumária, não é possível conhecer de recurso já abolido do ordenamento jurídico. Recurso de ofício não conhecido (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0261.06.038767-5/001; Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos).

Ementa: Homicídio simples. Absolvição sumária. Reexame necessário. Não conhecimento. Reforma processual penal. Revogação do dispositivo que previa o 'recurso de ofício'. - 1. A Lei 11.689/2008 trouxe nova redação para os arts. 411 e 415 do Código de Processo Penal e, agora, nenhum dos dispositivos acolhe a necessidade do Magistrado recorrer de ofício. 2. Considera-se revogado tacitamente o art. 574, II, CPP. 3. A ausência de previsão legal impede o conhecimento da remessa necessária (TJMG; Recurso de Ofício nº 1.0686.01.017947-7/001; Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho).

Além disso, vale dizer que havia muito a doutrina já se manifestava no sentido de que se fazia imperiosa a revogação do recurso de ofício, em vista do caráter voluntário dos recursos, referindo-se àquele como mera condição de eficácia da decisão. Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, *in Curso de processo penal*:

> Saliente-se a revogação, tardia até, da existência de reexame necessário da decisão de absolvição sumária, consoante se previa no texto já revogado do art. 411 do CPP. Aplausos (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Lumen Juris, p. 571).

Todavia, não se trata aqui de consignar a supressão total do recurso de ofício, sendo ele ainda cabível nas demais hipóteses contempladas no art. 574 do CPP.

Entretanto, diante de todos os fundamentos aqui exposados, conclui-se que a ausência de previsão legal do recurso de ofício impede o seu conhecimento no caso dos autos.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, não conheço do recurso, nos termos supradelineados.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - NÃO CONHECIDO O RECURSO.

...

Homicídio duplamente qualificado - Ocultação de cadáver - Materialidade - Prova - Indícios de autoria - Sentença de pronúncia - Qualificadora - Ciúme - Motivo fútil - Não caracterização - Exclusão - Possibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio duplamente qualificado. Ocultação de cadáver. Pronúncia. Prova da existência dos crimes e indícios de autoria. Decote das qualificadoras. Possibilidade excepcional, apenas quando manifestamente improcedentes. Motivo fútil derivado de ciúmes. Sentimento que, fundado ou infundado, não se mostra fútil. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Indícios de ataque de inopino. Manutenção. Dado parcial provimento ao recurso.

- Deve ser mantida a decisão de pronúncia quando, comprovada a existência dos crimes, existam indícios suficientes de autoria em relação ao réu e do *animus necandi* em sua conduta.

- As qualificadoras contidas na denúncia devem ser mantidas na pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes, sob pena de afronta à competência constitucional do Tribunal do Júri. Precedentes.

- Considera-se manifestamente improcedente apenas aquela qualificadora que se revele, *primo ictu oculi*, inadmissível frente às provas dos autos, situação que não se demonstra quando há indícios mínimos aptos a justificar a procedência daquelas narradas na denúncia.

- Considera-se fútil o motivo mesquinho, de somenos importância, tido como de mínima significância sob o ponto de vista médio em relação ao fato que se vincula, sendo totalmente desproporcional em relação à causa que o motivou. Precedentes do STJ.

- O ciúme não constitui a qualificadora do motivo fútil, tratando-se de um sentimento violento que impulsiona as pessoas, quer seja fundado ou não.

- Presentes indícios de que a vítima teria sido golpeada de inopino, deve ser mantida a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Dado parcial provimento ao recurso.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0231.04.015505-4/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Recorrente: Raimundo Aparecido Fonseca - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - RELATORA: DES.ª JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Paulo Cézar Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JANE SILVA - Raimundo Aparecido Fonseca, inconformado com a decisão que o pronunciou pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 211, ambos do Código Penal, e 12 da Lei 10.826/2003, interpôs o presente recurso requerendo o afastamento do crime de posse de arma de fogo da pronúncia, pois esta Corte já determinou o trancamento da ação penal quanto a esse delito nos autos do *HC* 1.0000.05.431666-6/000, visto que praticado na vigência da *vacatio legis* indireta. Postulou, também, pelo decote das qualificadoras referentes ao homicídio, pois obscuro o motivo do homicídio, sendo que o ciúme não se presta para configurar a futilidade. Por fim, disse que as provas dos autos não elucidaram como se deu a execução do crime, motivo pelo qual não se sustenta a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Contrarrazões ministeriais às f. 320/322 pelo parcial provimento do recurso, apenas para que se afaste da pronúncia a acusação pelo delito de posse ilegal de arma de fogo.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no mês de julho de 1998, após as 22h, na Rua Libério Augusto Guimarães, 65, Bairro Santa Matilde, Comarca de Ribeirão das Neves, Raimundo Aparecido Fonseca, agindo com *animus necandi*, agrediu violentamente Celma Marçal Sant'Ana, sua esposa, culminando com sua morte. Segundo consta, o delito foi praticado por motivo fútil, consistente no ciúme oriundo da procura da vítima por um antigo namorado. Há notícias, também, de que ele foi executado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois praticado de inopino. Consta na denúncia, ainda, que o agente enterrou o corpo da ofendida em uma fossa existente no quintal de sua casa, improvisando, no local, uma horta, tendo a Polícia Civil o encontrado apenas em 13 de outubro de 2004. Por fim, logrou-se êxito em apreender uma espingarda "polveira" em sua residência.

Foram instauradas duas ações penais contra o acusado (nºs 0231.04.015505-4 e 0231.04.029653-6, esta em apenso), a primeira referente ao homicídio e a segunda dizendo respeito aos demais crimes.

A denúncia referente ao processo nº 015505-4 foi recebida em 6 de janeiro de 2005 (f. 151). Já aquela oferecida nos autos nº 029653-6 o foi em 5 de novembro de 2004 (f. 30/verso dos autos em apenso).

Diante da conexão, o Juiz singular determinou a reunião dos feitos para proferir julgamento conjunto (f. 295), tendo a decisão de pronúncia sido publicada em 29 de setembro de 2008 (f. 304/verso), posteriormente aclarada em 10 de outubro de 2008 (f. 309/verso).

O feito transcorreu nos termos do relatório da pronúncia, que ora adoto, tendo sido o réu dela pessoalmente intimado (f. 310 e 324).

Decisão de sustentação às f. 326/327, na qual houve parcial retratação, apenas para afastar da decisão de pronúncia a acusação quanto ao crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003.

Intimadas as partes (f. 340/verso), inclusive o réu pessoalmente (f. 341), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f. 348/349).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presentes o interesse recursal e os demais requisitos de processamento.

Não foram arguidas nulidades nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela defesa e, ao compará-las com a decisão ora combatida e com as provas dos autos, vejo que devo acolher parcialmente sua pretensão.

Saliente-se, de início, que os pedidos referentes ao crime de posse ilegal de arma de fogo perderam seu objeto, em face da retratação parcial do Magistrado singular (f. 326/327).

Cumpre-nos ressaltar, também, que a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, com o fim único de submeter o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo sua natureza meramente processual, não produzindo *res judicata*, mas mera preclusão *pro judicato*, sendo que os jurados podem contra ela decidir.

Logo, basta ao Juiz que a prolate quando estiver convencido da existência do crime e, em seguida, que existam indícios suficientes da autoria, não se exigindo de que dela se tenha certeza. Tal certeza só deve ser exigida para a condenação.

A existência do homicídio e da ocultação de cadáver restou evidenciada pelo exame de corpo de delito (f. 122/144) e pelo levantamento realizado no local dos fatos (f. 159/175).

Existem, também, indícios de autoria suficientes para ensejar a decisão de pronúncia, tanto é que a defesa nem sequer se insurgiu contra esse aspecto.

Quando inquirido em juízo, Raimundo exerceu o direito constitucional ao silêncio (f. 154). Todavia, nos autos em apenso ele confessou o homicídio, dizendo que empurrou a vítima de uma escada e ela morreu, bem como a ocultação de seu cadáver (f. 08 e 36 daqueles autos).

As testemunhas inquiridas às f. 193 a 197 disseram desconfiar de Raimundo como sendo o autor dos delitos.

Logo, percebe-se haver elementos de convicção mínimos aptos a estear a decisão de pronúncia, cabendo aos jurados decidirem da forma como melhor lhes aprouver.

Quanto às qualificadoras, tenho que assiste razão à defesa em parte.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica no que diz respeito à impossibilidade de decote das qualificadoras no momento da decisão de pronúncia, sob pena de afronta à soberania do Tribunal do Júri, salvo na hipótese de elas serem manifestamente improcedentes, isto é, quando essa característica se evidenciar *primo ictu oculi*. Vejamos:

> Processo penal. Recurso especial. Homicídio. Pronúncia. Qualificadora. Motivo fútil. Exclusão. Exame do mérito da causa. Usurpação da competência do Tribunal do Júri. Recurso provido.
>
> 1. A sentença de pronúncia, à luz do disposto no art. 408, *caput*, do CPP, deve, sob pena de nulidade, cingir-se, motivadamente, à materialidade e aos indícios de autoria, visto se tratar de mero juízo de admissibilidade da acusação.
> 2. Para manter a exclusão do motivo fútil da pronúncia, a Corte de origem ultrapassou o simples juízo de probabilidade que lhe competia realizar nesse momento processual, afastando a qualificadora que, de acordo com análise subjetiva das provas, julgou inexistir.
> 3. Não se tratando de circunstância que se mostra manifestamente improcedente, mas sim de circunstância de incidência controvertida, compete exclusivamente ao Tribunal do Júri a sua verificação após exame do mérito da causa.
> 4. Recurso provido. (STJ, REsp 686.379/DF, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJ* de 07.02.2008, p. 01).
>
> Processual penal. Recurso especial. Júri. Art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, do Código Penal. Motivo fútil. Exclusão de qualificadora. Impossibilidade. Qualificadora que não se revela manifestamente improcedente.
> I - As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do *iudicium accusationis*, se manifestamente improcedentes (Precedentes do STF e do STJ).
> II - A agressão física realizada pelo acusado no mesmo contexto em que efetuados, também por este, os disparos de arma de fogo, não pode ser tomada como causa a afastar, ainda na fase de pronúncia, a qualificadora do motivo fútil, pois esse quadro não configura situação em que resta evidenciada uma prévia animosidade entre réu e vítima. Recurso especial provido (STJ, REsp 955.903/SE, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, *DJ* de 12.11.2007, p. 293).
>
> Penal e Processual. Homicídio. Pronúncia. Participação. Culpabilidade. Qualificadoras. Exclusão. Júri. Competência. Impossibilidade.
> A sentença de pronúncia constitui juízo de admissibilidade de crimes dolosos contra a vida, que não adentra o mérito da causa.
> As qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas.
> A culpabilidade é individual. Assim, em concurso de agentes, cabe ao Juiz analisar a conduta de cada indivíduo, de modo a aferir sua reprovabilidade.
> Compete ao Tribunal do Júri, de forma soberana, julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, *c* e *d*, CRFB).
> Ordem denegada (STJ, *HC* 26.137/SP, Relator: Ministro Paulo Medina. Sexta Turma, *DJ* de 08.03.2004, p. 334).
>
> Processual penal. *Habeas corpus*. Exclusão de qualificadora. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade. Inviabilidade.
> - Se a denúncia imputa ao réu crime de homicídio qualificado, na sentença de pronúncia o Juiz monocrático somente pode excluir circunstância qualificante se esta, à luz da prova condensada no sumário, for manifestamente improcedente, pois, havendo incerteza sobre a situação de fato, deve o tema ser reservado ao Tribunal do Júri, que é o Juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, *ex vi* do art. 5º, XXXVIII, da Constituição.
> - Segundo a moldura legal do art. 408, do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, em que se exige apenas o convencimento da prova material do crime e da presença de indícios de autoria.

- *Habeas corpus* denegado. (STJ, *HC* 24.594/SP, Relator: Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, *DJ* de 17.02.2003, p. 378).

Compulsando os autos, percebo que este caso não se aplica à qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois há elementos mínimos a sustentá-la, haja vista os indícios de que o delito teria sido praticado de inopino durante a noite.

Todavia, quanto ao aventado motivo fútil, entendo que a qualificadora em questão deve ser alijada da pronúncia, pois manifestamente improcedente.

Como cediço, motivo fútil é aquele mesquinho, de somenos importância, tido como de mínima significância sob o ponto de vista médio em relação ao fato a que se vincula, sendo totalmente desproporcional em relação à causa que o motivou.

Conforme ensina Mirabete, em sua obra *Código Penal interpretado*, 3. ed., p. 802, "o homicídio é qualificado quando praticado por motivo fútil, ou seja, [...] ínfimo, mínimo, desarrazoado, em avantajada desproporção entre a motivação e o crime praticado".

Há, nesse sentido, precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso Especial. Direito Penal. Homicídio. Pronúncia. Qualificadora. Motivo fútil. Exclusão. Ausência de motivo não se equipara, à luz do princípio da reserva legal, a futilidade.
> 1. Observa-se, na hipótese, que o juízo processante, ao afastar a qualificadora do motivo fútil, fê-lo mediante o cotejo do conjunto probatório, ressaltando, expressamente, que 'as provas produzidas não identificaram o motivo que ensejou o crime em questão'.
> 2. Como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, à luz do princípio da reserva legal.
> 3. Recurso desprovido (STJ, REsp 769.651/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJ* de 15.05.2006, p. 281).

Exsurge dos autos que o motivo gerador de toda a contenda, de acordo com os debates da acusação e da defesa, foi o inconformismo de Raimundo com o fato de um ex-namorado de Celma tê-la procurado, o que resultou na briga que culminou sua morte.

Assim, essa qualificadora deve ser decotada, pois o ciúme, consoante reiterada jurisprudência desta Câmara, assim como do 1º Grupo de Câmaras Criminais, não constitui motivo fútil, mas sim um sentimento violento que impulsiona as pessoas, quer seja fundado ou não. Vejamos:

> Processo penal. Homicídio qualificado. Impronúncia. Desclassificação. Lesões corporais seguida de morte. Motivo fútil. Ciúme.
> [...].
> 2. Deve ser mantida a exclusão da qualificadora do motivo fútil, operada na sentença de pronúncia, pois ficou evidenciado que o delito teve como pano de fundo o ciúme que o réu tinha por sua companheira, que, mesmo sendo considerado um motivo egoístico na essência, não pode ser levado em conta para qualificar o crime.
> 3. Recursos desprovidos (TJMG, RSE 1.0701.05.129190-7/001, Relator: Desembargador Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, *DJ* de 18.06.2008).

> Revisão criminal. Júri. Homicídio. Qualificadora do motivo fútil reconhecida contra a prova dos autos. Decotação. Possibilidade.
> - O ciúme não é motivo fútil. Embora possa ser injusto para justificar a morte de alguém, não pode ser considerado desprezível ou insignificante.
> [...].
> Pedido parcialmente deferido (TJMG, RC 1.0000.00.351957-6/000, Relator: Desembargador Paulo Cézar Dias, 1º Grupo de Câmaras Criminais, *DJ* de 24.11.2006).

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso de Raimundo Aparecido Fonseca, apenas para decotar a qualificadora de motivo fútil contra ele reconhecida na decisão de pronúncia, mantendo, no mais, íntegra a decisão que o pronunciou pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, IV, e 211, ambos do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Crime ambiental - Art. 54 da Lei 9.605/98 - Poluição - Dano efetivo ao meio ambiente - Ausência de prova - Absolvição

Ementa: Apelação. Crime contra o meio ambiente. Poluição. Absolvição decretada em primeiro grau. Decisão correta. Insuficiência de prova. Recurso a que se nega provimento.

- Para os efeitos penais, o lançamento de matérias ou resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ainda que em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, não é típico em si mesmo; exceto se comprovado dano efetivo ou perigo de dano à saúde humana ou, segundo a dicção da segunda parte do art. 54, no caso em "que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora". O "risco de

poluição" é diferente do "resultado poluição" requerido pelo art. 54 da Lei 9.605/98 (Precedente do STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0153.04.032977-0/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Luciano Lopes Rocha - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, 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, 11 de março de 2010. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra decisão do MM. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Cataguases, que, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, absolveu o réu Luciano Lopes Rocha da acusação de prática do crime previsto no artigo 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98

> (causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que possam resultar em danos à saúde humana, através do lançamento de resíduos líquidos, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos).

Bate-se o recorrente pela condenação do réu, asseverando existir prova nos autos de que o acusado, empresário local, dono de um lava-jato para caminhões, despejava resíduos líquidos provenientes da limpeza dos veículos, nas águas do Rio Meia Pataca, que corta o Município de Cataguases.

Afirma que a responsabilidade do acusado, nesse caso, é de natureza objetiva.

Contrarrazões às f. 117/120, opinando a douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso, conforme parecer de f. 124/128.

No principal, é o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento.

Sem razão o apelante.

Como salientado no lúcido parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, para a caracterização do delito previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98 é necessária a prova da extensão dos danos causados ao meio ambiente pelo lançamento dos resíduos, de forma a aferir-se se houve dano efetivo à natureza. Para tanto, é fundamental a realização de perícia, prova apta a demonstrar a materialidade da infração.

No caso dos autos inexiste prova idônea no sentido de que a água e o xampu biodegradável lançados no rio Meia Pataca, oriundos do estabelecimento do acusado e resultantes da lavagem de caminhões, são capazes de causar danos à saúde humana, provocar a mortandade de animais ou destruição significativa da flora.

Anota, com precisão, o parecer:

> O boletim de ocorrência de f. 07/08 apenas informa o teor do relato prestado pelo apelado e constata que a empresa não possui área verde, licenciamento ambiental da Feam e não apresentou projeto de área ambiental, o que não é capaz de configurar o delito do art. 54 da Lei 9.605/98.
> O auto de infração emitido pela Fundação Estadual do Meio Ambiente comprova tão-somente que a empresa de propriedade do apelado descumpriu o art. 1º, inciso IV, da Resolução nº 273/00, do Conama, e o art. 3º, § 2º, incisos II e IV, da Deliberação Normativa nº 50/01, do Copam, o que também não é capaz de caracterizar o crime pelo qual Luciano Lopes Rocha foi denunciado (f. 127/128).

Consoante entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça,

> [...] para os efeitos penais, o lançamento de matérias ou resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ainda que em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, não é típico em si mesmo; exceto se comprovado dano efetivo ou perigo de dano à saúde humana ou, segundo a dicção da segunda parte do artigo 54, no caso em 'que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora', pois, 'risco de poluição' é diferente do 'resultado poluição' requerido pelo artigo 54 da Lei 9.605/98 (STJ, *RHC* 18.557/MG, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 1º.06.2006, *DJ* de 1º.08.2006, p. 545).

De se anotar, por fim, que não há que se falar em responsabilidade penal objetiva no direito penal pátrio. O acórdão invocado nas razões faz referência à responsabilidade objetiva no âmbito de ação civil pública, coisa inteiramente diversa, sem qualquer vínculo com a responsabilidade penal.

Incumbia, pois, ao representante do *Parquet* delinear, na denúncia, e comprovar, no curso da instrução, o nexo causal entre as condutas de responsabilidade do acusado e o evento criminoso que lhe foi imputado, o que não aconteceu.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a absolvição decretada em primeiro grau.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Crime contra a administração da Justiça - Denunciação caluniosa - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Comunicação falsa de crime - Impossibilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Pena de multa - Prestação de serviços à comunidade

Ementa: Penal. Denunciação caluniosa. Art. 339 do CP. Autoria, materialidade e tipicidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para a conduta prevista no art. 340 do *Codex*. Inadmissibilidade. Contexto probatório robusto. Exclusão da pena de multa. Não acolhimento. Recurso desprovido.

- Comprovado que o apelante imputou a prática de crime a pessoa que sabia inocente, dando causa à instauração de procedimento investigatório, resta configurado o delito previsto no art. 339 do Código Penal, não havendo que se falar em absolvição.

- Se o recorrente não só provocou a ação da autoridade em decorrência de denúncia de um fato criminoso, como também deu causa à investigação policial, indicando o ilícito, em tese, praticado por sua ex-mulher, não há falar em desclassificação do delito para o crime previsto no art. 340 do Código Penal, pois sua conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal de denunciação caluniosa.

- Impossível a exclusão da pena de multa no crime de denunciação caluniosa ao argumento de que a mesma é inconstitucional, visto que o art. 339 do Código Penal dispõe que tal delito será punido com pena privativa de liberdade e multa, independentemente da situação financeira do acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0344.07.037037-6/001 - Comarca de Iturama - Apelante: Delso Ferraz Baleeiro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2010. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Delso Ferraz Baleeiro como incurso nas sanções do artigo 339 (denunciação caluniosa) do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 25 de fevereiro de 2007, por volta das 5h10m horas, na Comarca de Iturama, o apelante deu causa à instauração de investigação policial contra sua ex-mulher, imputando-lhe crime de que sabia ser a mesma inocente, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

Recebida a denúncia, foi o apelante devidamente citado e interrogado, apresentando a defesa preliminar de f. 64; ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram essas em diligências (f. 51, 59/60, 61/62 e 77/82).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da inicial, rogando a defesa a absolvição por falta de prova (f. 84 e 91/94).

Proferida a sentença, foi o recorrente condenado nas sanções do art. 339 do Código Penal à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato no regime aberto, substituindo-se a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, em prestação pecuniária no importe de 1/4 (um quarto) do salário-mínimo em favor de entidade a ser definida pelo juízo da execução e a segunda, em prestação de serviços à comunidade em entidade a ser definida e informada em audiência admonitória (f. 96/107).

Inconformada com a decisão, recorreu a defesa pretendendo a absolvição ou, alternativamente, a desclassificação do delito para o crime previsto no art. 340 do Código Penal e a exclusão da pena de multa, por entender ser a mesma inconstitucional, contrariando o art. 7º, IV, da CR e a Súmula nº 04 do STF, rogando o Ministério Público o desprovimento do pleito, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 115/119, 121/126 e 130/135).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares. Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito. Cuida-se de crime de denunciação caluniosa cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 339 do Código Penal.

Cinge-se a questão à análise da possibilidade de absolvição ou, alternativamente, da desclassificação do delito para o crime previsto no art. 340 do Código Penal e da exclusão da pena de multa, por entender ser ela inconstitucional, contrariando o art. 7º, IV, da CR e a Súmula nº 04 do STF.

Observa-se que a materialidade se encontra suficientemente comprovada através da portaria de f. 06, do boletim de ocorrência de f. 09/11 e da prova testemunhal carreada aos autos.

Apesar da negativa do apelante, a autoria também restou comprovada pelas palavras da vítima e testemunhas.

A vítima, Flávia Ribeiro Araújo, em juízo, declarou: [...] que no dia e hora dos fatos, a depoente tinha ido a um baile, deixando seu filho aos cuidados de sua cunhada; que sempre deixou o filho com a cunhada e ela sempre cuidou direitinho dele [...] (f. 78).

Corroborando as palavras da vítima, temos o depoimento de sua cunhada Ana Lúcia de Freitas, *in verbis*:

> [...] que é cunhada de Flávia; que foi a depoente que estava tomando conta do menor no dia dos fatos; que não viu o menor saindo da casa, pois estava dormindo; que só acordou com a presença do Conselho Tutelar; que na época o menor tinha 02 anos; que nunca aconteceu do menor sair desacompanhado na rua; que o menor ficou dormindo no quarto acompanhado de seus dois irmãos; que os outros dois irmãos do menor estavam dormindo; que a porta não possuía fechadura e ficava escorada por um botijão de gás; que acredita que o menor não tinha condições de arrastar o botijão de gás ou mesmo pular a janela; que as janelas possuem grades; que acredita que o acusado tenha retirado a criança de dentro da casa, pois o menor estava com a mamadeira na mão no momento em que foi encontrado pelo conselho Tutelar; que somente uma pessoa maior e capaz poderia ter preparado a mamadeira para a criança; que a criança sozinha não poderia ter preparado a mamadeira e saído para a rua [...] (f. 81).

De igual forma, Rosimar Severo de Jesus asseverou:

> [...] que Flávia dormiu na casa da depoente no dia dos fatos; que Flávia deixou o filho com a cunhada; que a cunhada de Flávia cuida muito bem da criança, pois ela tem outros dois filhos; que acredita que a criança estava dentro da casa da cunhada de Flávia, pois seria impossível uma criança de 02 anos arrastar um botijão de gás que escorava a porta; que a porta não tinha fechadura na época [...] (f. 80).

A própria conselheira tutelar Selma Aparecida Dias disse, sob o crivo do contraditório, não acreditar na versão do recorrente, consoante se verifica:

> [...] que acredita que o acusado fez toda a denunciação por ciúmes de Flávia; que a porta da casa que o menor estava não tem fechadura; que acredita que o acusado tenha entrado na casa sorrateiramente e tenha tirado o menor do lado de dentro; que a primeira impressão que teve foi realmente acreditar na história do acusado, pois a criança estava descalça e gelada, aparentando já estar algum tempo na rua; que o relacionamento do acusado e Flávia é muito conflituoso; [...] (f. 79).

Cleiton Aparecido de Lima, pessoa indicada pelo apelante como aquele que "o abordou e disse que seu filho J.V. estava na rua chorando e pedindo para mamar [...]" (f.16/16-v.), não confirma em juízo tais declarações, como se vê:

> [...] que estava no ponto de ônibus, de repente o acusado apareceu acompanhado de seu filho; que o acusado perguntava para o filho onde estava sua mãe; que o acusado disse que teria encontrado a criança na calçada ali por perto; que não presenciou a criança sozinha próxima do local; que não sabe dizer o que o acusado fazia ali perto da vizinhança; que não sabe dizer onde o acusado morava; que o depoente foi embora e o acusado ficou falando no orelhão [...] (f. 82).

Incorre nas sanções do art. 339 do *Codex* quem der

> causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Inexiste, assim, qualquer dúvida de que o apelante praticou o crime descrito no art. 339 do Código Penal, porquanto imputou a sua ex-mulher crime do qual sabia inocente, dando causa, assim, à instauração de investigação policial.

Para a configuração do delito de denunciação caluniosa, não há exigência de nenhuma finalidade especial que motive a conduta do agente, bastando que este ao agir dê causa à instauração de investigação policial contra alguém, imputando-lhe crime, sabedor de que aquela pessoa é inocente, caracterizando, assim, a má-fé.

Ainda a respeito do dolo direto reclamado pelo tipo penal previsto no art. 339 do Código Penal, preleciona Luiz Regis Prado:

> O tipo subjetivo é integrado pelo dolo, ou seja, pela consciência e vontade de dar causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime do qual sabe ser inocente (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, v. 4, Parte Especial, p. 825).

Nessa esteira, temos o seguinte julgado:

> Apelação criminal. Delito de denunciação caluniosa. Plena ciência da falsa imputaçao de crime à vítima. Presença de dolo específico. Condenação mantida. - Se a prova dos autos aponta, de forma inequívoca, que o réu tinha plena ciência de que a imputação de crime à vítima era falsa e tal fato deu azo à abertura de investigação policial, é de manter a sentença condenatória recorrida. Se as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, são favoráveis ao réu, é de se reduzir as reprimendas fixadas em primeira instância para melhor adequá-las ao princípio da individualização da pena (Apelação Criminal nº 1.0720.05.023690-3/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 29.07.2008)

As provas produzidas nos autos, portanto, autorizam a condenação do recorrente nas sanções do art. 339 do Código Penal, afastando o decreto absolutório, já que devidamente comprovadas autoria, materialidade e tipicidade do delito.

Não há como acolher, outrossim, o pedido de desclassificação do delito para o crime previsto no art. 340 do Código Penal, pois a conduta do apelante se amolda perfeitamente ao tipo penal de denunciação caluniosa, já que não só provocou a ação da autoridade em decorrência de denúncia de um fato criminoso, como também deu causa à investigação policial, indicando o ilícito, em tese, praticado por sua ex-mulher.

Nesse sentido:

> TACRimSP: Comunicação falsa de crime. Indicação nominal de quem seria autor da cogitada infração. Não tipificação. Inteligência do art. 340 [...] Quem nominalmente aponta em representação o autor de um excogitado ilícito não pode ser condenado por 'comunicação falsa de rime ou contravenção'. É que no delito do art. 340 não há acusação contra pessoa ou contra quem pela exposição, possa ser identificado, o que ocorre na figura penal do art. 339 do mesmo Estatuto (*RJDTACrim*1/62-3).

Amparando a tese, segue a jurisprudência desta Corte:

> Apelação criminal. Denunciação caluniosa. Preliminar de cerceamento de defesa. Indeferimento de instauração de incidente de insanidade mental. Inocorrência. Absolvição. Desclassificação. Impossibilidade. Contexto probatório robusto. Diminuição da pena. Inviabilidade. Análise das circunstâncias judiciais. - O art. 149 do CPP prevê a instauração de incidente processual para a verificação da ocorrência da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu quando houver dúvida em relação à sua capacidade de compreensão do ilícito ou de determinação de acordo com esse entendimento à época da infração penal. Inexistente nos autos a demonstração convincente da ocorrência de indícios de que o agente, alegadamente portador da 'síndrome do pânico', não tivesse ciência da ilicitude dos fatos narrados na denúncia ou não se determinasse com tal entendimento à época da verificada conduta reprovável, não há que se vislumbrar no indeferimento de tal procedimento ofensa ao princípio da ampla defesa. Havendo provas induvidosas nos autos de que o agente deu causa à instauração de investigação policial, que desencadeou, inclusive, a prisão das vítimas, por denúncia de ocorrência do crime de extorsão previsto no art. 158 do CP, do qual sabia serem os acusados inocentes, caracterizada está a figura típica prevista no art. 339 do CP, não havendo que falar em absolvição, ante a inexistência de quaisquer excludentes de culpabilidade. Se o agente não só provoca a ação da autoridade em decorrência de denúncia de um fato delituoso, mas, também, dá causa a uma investigação policial, indicando o ilícito, em tese, praticado e os agentes infratores, que foram presos em razão da conduta reprovada, resta afastada a tese defensiva de desclassificação do delito de denunciação caluniosa para a conduta prevista no art. 340 do CP. A pena-base deve ser fixada ao réu com observância da disposição inserta no art. 59 do CP, que prevê como balizamento de seu *quantum* a análise das circunstâncias judiciais no caso concreto. Se observadas duas das circunstâncias desfavoráveis ao réu, justificada está a fixação da reprimenda-base um pouco acima do mínimo legal (TJMG, APCrim., Número do processo: 1.0479.02.043529-9/001; Rel. Des. Fernando Starling; *DJU* de 22.09.2009).

Inassiste razão, de igual modo, no que tange ao pedido de exclusão da pena de multa, por entender a defesa que a mesma é inconstitucional, contrariando o art. 7º, IV, da CR e a Súmula nº 04 do STF, uma vez que a pena prevista para o crime de denunciação caluniosa é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão e multa nos termos do art. 339 do Código Penal.

Não há como impor somente a pena privativa de liberdade ao agente que comete crime de denunciação caluniosa, já que a lei penal dispõe que tal delito deve ser punido com pena corporal e pecuniária, independentemente da situação financeira do acusado.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso para manter *in totum* a sentença primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Roubo majorado - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões e lesão corporal leve - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade

Ementa: Roubo majorado. Ausência de provas. Desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões c/c o delito de lesões corporais.

- Verificando-se pela prova dos autos que o apelante pretendia fazer justiça com as próprias mãos, deve a conduta denunciada ser desclassificada para as descritas nos arts. 345 e 129, *caput*, do Código Penal.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0512.09.066404-0/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Porthos de Souza Duarte - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Neife de Souza Duarte - 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 O RECURSO, COM ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 23 de março 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 Porthos de Souza Duarte, em face da sentença de f. 195/200, que o condenou nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

Bate-se o apelante, nas razões de f. 215/222, pela desclassificação da conduta denunciada para a descrita nos arts. 345 e 129 do Código Penal, porquanto

> [...] fez justiça com as próprias mãos quando levou a tarrafa para terminar de saldar a dívida; quanto às agressões essas se deram em virtude dos boatos que o César havia dito que a vítima havia proferido em desfavor da sua esposa [...].

Merece acolhida o pedido desclassificatório.

Consta dos autos que a vítima possuía uma dívida com o apelante no valor de R$ 100,00; que, em razão disso, a vítima lhe passou uma bicicleta como garantia de pagamento; que, após tomar posse da bicicleta, o apelante ficou sabendo de comentários que a vítima teria feito em relação a sua esposa; que, diante disso, retornou até a casa da vítima juntamente com terceiras pessoas, passando a agredi-la; que nesse momento subtraiu para si uma tarrafa de propriedade da vítima como forma de pagamento do restante da dívida.

A vítima, ao ser ouvida, esclareceu que:

> [...] tinha uma dívida no comércio de Porthus no valor de R$ 100,00, estava desempregado e não tinha como pagar, daí combinou de entregar a ele uma bicicleta no valor da dívida, mas a bicicleta não dava para cobrir a dívida toda; o Porthus esteve sozinho em sua casa e levou a bicicleta; após levar a bicicleta, o Antônio César esteve no bar do Porthus e fez uma fofoca, dizendo que o declarante havia difamado a mulher do Porthus; daí foram os quatro na casa do declarante e o espancaram, tendo ele levado uma tarrafa para completar o valor da dívida; que o Porthus tinha dito que o valor da bicicleta não daria para pagar a conta [...]. (f. 137/138).

No mesmo sentido, o apelante declarou que:

> [...] a vítima teria passado em seu comércio e tomado uma pinga, oportunidade em que o declarante dele cobrou uma dívida, tendo a vítima proposto entregar a bicicleta como garantia, e quando trabalhasse resgataria o bem; uns trinta minutos depois o declarante foi até a casa da vítima e pegou a bicicleta, daí a pouco chegou em seu estabelecimento o César dizendo que a vítima estaria comentando que a mulher do declarante não valia R$ 40,00; daí foi sozinho até a casa da vítima, ocasião em que esta negou ter feito tal comentário, e na oportunidade propôs a substituição da bicicleta pela tarrafa, e neste momento chegou o Neife em uma moto, e já foi logo dizendo: 'gente sem vergonha a gente faz é assim', e começou a bater na vítima com o chinelo, [...] que [...] nesta oportunidade levaram a tarrafa..., acrescentando que em momento algum teve a intenção de roubar a vítima (f. 147).

A testemunha Kethnam Cristina Alves Soares afirmou que a vítima possuía uma dívida com o apelante no valor de R$ 100,00 (f. 139).

As testemunhas Osmar Duarte Durães e Fortunato Pereira Benfica disseram que:

> [...] não é do conhecimento do depoente que este fato tratou-se de roubo; [...] conhece os acusados há uns dez anos aproximadamente, e no seu conceito eles são pessoas boas, honestas e trabalhadoras [...] (f. 140 e 141).

Sendo assim, pelo cotejo da prova constante do processo, a conclusão a que se chega é que a conduta do apelante se amolda ao delito de exercício arbitrário das próprias razões, que se caracteriza pela chamada "justiça com as próprias mãos", quando o agente satisfaz compulsoriamente um direito que crê existir e ser seu, substituindo a tutela judicial, combinado com o crime de lesão corporal leve, em razão da violência sofrida pela vítima (*vide* laudo médico de f. 17).

Segundo o doutrinador Carrara, "[...] o agente deve ter consciência de fazer uma coisa injusta na forma, porém, substancialmente justa", não sendo outro o caso desse processo, após a análise da conduta dos apelantes.

Não houve a vontade deliberada de obter vantagem ilícita - roubar -, mas sim o ressarcimento de um suposto dano, não se vislumbrando *animus necandi* na conduta do agente.

Firma-se a jurisprudência no mesmo sentido:

> Aquele que se apropria de coisa alheia para se ressarcir de prejuízo acarretado pelo dano desta não comete o delito de furto e, sim, o de exercício arbitrário das próprias razões (*RT* 522/439).
>
> Não há crime de furto quando a intenção do agente, ao se apoderar de coisa alheia móvel, foi a de se pagar da dívida que o dono se recusa a satisfazer (*RT* 554/377).

Desse modo, o crime denunciado deve ser desclassificado para de exercício arbitrário das próprias razões, combinando com o de lesões corporais leves, através da *emendatio libelli*, admitida pelo art. 383 do Código de Processo Penal.

Eis a jurisprudência: "É cabível a *emendatio libelli* quando os fatos que permitem a desclassificação do delito estão expressamente descritos na petição inicial, podendo operar-se a alteração em Segunda Instância" (*RJTACrim* 42/95).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo, para desclassificar a conduta denunciada para a prevista nos arts. 345 e 129, *caput*, do Código Penal, passando-se à dosimetria das penas:

Exercício arbitrário das próprias razões.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observa-se que a conduta do réu - vingança privada - é altamente reprovável; que ele possui antecedentes que não serão considerados nesse momento; que sua conduta social e personalidade são normais, pelo que as considero boas; que o motivo do crime foi a cobrança de uma dívida; que as circunstâncias são típicas do crime; que as consequências não são graves, visto que não houve sequela; que a vítima contribuiu para o crime; fixo-lhe a pena-base em 16 (dezesseis) dias de detenção.

Em razão da agravante da reincidência, CAC de f. 170/171, majora-se a pena em 3 (três) dias de detenção.

Não existem atenuantes ou causas especiais de diminuição ou aumento de pena, motivo pelo qual torno a reprimenda definitiva no patamar de 19 (dezenove) dias de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Lesões corporais leves.

Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observa-se que a conduta do réu - vingança privada - é altamente reprovável; que ele possui antecedentes que não serão considerados nesse momento; que sua conduta social e personalidade são normais, pelo que as considero boas; que o motivo do crime foi a cobrança de uma dívida; que as circunstâncias são típicas do crime; que as conseqüências não são graves, visto que não houve sequela; que a vítima contribuiu para o crime; fixo-lhe a pena-base em 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Em razão da agravante da reincidência, CAC de f. 170/171, majora-se a pena em 15 (quinze) dias de detenção.

Não existem atenuantes ou causas especiais de diminuição ou aumento de pena, motivo pelo qual torno a reprimenda definitiva no patamar de 4 (quatro) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Do concurso material.

As penas devem ser somadas em razão do concurso material, perfazendo-se o total de 04 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante se encontra preso desde 16 de abril de 2009, já tendo cumprido a pena que lhe foi imposta.

Expeça-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO, COM ALVARÁ DE SOLTURA.

...

Embriaguez ao volante - Crime de perigo abstrato - Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - Alteração - Lei 11.705/08 - Constitucionalidade - Absolvição sumária - Impossibilidade

Ementa: Embriaguez ao volante. Crime de perigo abstrato. Alteração legislativa. Constitucionalidade. Absolvição sumária. Impossibilidade.

- A Lei 11.705/08, que alterou o redação do art. 306 da Lei 9.503/97, não é inconstitucional. O próprio texto da Lei Maior garante dos indivíduos a proteção contra a ameaça aos direitos (art. 5º, XXXV, da CR/88), não exigindo que os bens sejam tutelados somente quando a lesão se concretiza. Destarte, deve o feito ser instruído, para que seja proferido o veredicto final.

- Apelação ministerial provida para cassar a decisão e determinar o prosseguimento do feito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.09.084611-0/001 - Comarca de Araxá - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Luciano Resende Rosa - Relator: DES. EDIWAL 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 Des. Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2010. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Referem-se os autos à ação penal pública oferecida em desfavor de Luciano Resende Rosa, como incurso nas sanções do art.

306 da Lei 9.503/97, na redação dada pela Lei 11.705/2008, pois, no dia 18.10.2008, por volta de 18:00 horas, em via pública localizada nas imediações da Av. Imbiara, Centro, em Araxá-MG, estaria conduzindo o veículo VW/Fusca, placa GRD 7019 de Araxá-MG, apresentando concentração de 0,54 miligramas de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões, superior à permitida em lei.

A sentença recorrida absolveu sumariamente o réu, julgando improcedente a denúncia, com fulcro nos arts. 386, III, e 397, III, do CPP, considerando a inconstitucionalidade da norma incriminadora (art. 306 da Lei 9.503/97, com nova redação dada pela Lei 11.705/08), e por não ter decorrido lesão ou ameaça de lesão, tampouco perigo concreto, com a conduta do réu.

Inconformado, apelou o MP, pedindo a anulação da decisão, para que fosse dado prosseguimento ao feito.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processabilidade, conheço do recurso.

Não foram alegadas preliminares, nem qualquer uma verifico que deva ser suscitada de ofício.

Insurge-se o MP contra a absolvição sumária do réu, operada porque o Magistrado primevo considerou inconstitucional a nova redação dada pela Lei 11.705/08 ao art. 306 da Lei 9.503/97.

Da análise do feito, compreende-se que lhe assiste razão, pois o crime de embriaguez ao volante foi cometido sob a égide da nova Lei, que se contenta com a mera conduta para caracterização, não exigindo a existência de perigo concreto.

Clamor maior da sociedade, que sofre atualmente em demasia com a concretização dos ilícitos criminais, não apresentam os crimes de perigo abstrato qualquer violação aos preceitos constitucionais.

O próprio texto da Lei Maior garante a proteção dos indivíduos contra a ameaça aos direitos (art. 5º, XXXV, da CR/88), não exigindo que os bens sejam tutelados somente quando a lesão se concretize, o que afasta a alegação de inconstitucionalidade suscitada.

Sobre o tema:

> Quando o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é supraindividual (*v.g.* saúde pública, segurança pública) e sua proteção depende de esforço conjunto das ciências penais, a tipificação de crime de perigo abstrato não viola o princípio da lesividade, porquanto, nessa hipótese, a orientação político-criminal preventiva seguida pelo legislador está obedecendo a outros muitos princípios e metas do Estado Democrático de Direito, dentre os quais a proteção da própria saúde e da segurança coletivas. (TJMG - 5 C - AC 1.0024.08.160706-1/001 - Rel. Hélcio Valentim - pub. 20.7.2009.)

Assim, não há se falar em absolvição sumária, devendo o feito prosseguir de forma regular:

> Ausentes as hipóteses que autorizam a absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, impõe-se o regular prosseguimento do feito, para elucidação dos fatos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ementa parcial (TJMG, Ap. Crim. nº 1.0024.08.990919-6/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. em 24.3.2009, p. em 6.4.2009).

Por todo o exposto, dou provimento à apelação ministerial, para cassar a decisão recorrida, determinando o prosseguimento regular do feito.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Violência ou ameaça de violência contra a mulher - Insuficiência de provas - Concessão *inaudita altera parte* - Impossibilidade - Audiência de justificação - Necessidade

Ementa: Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 2006. Indeferimento de medidas protetivas. Decisão fundamentada. Falta de provas suficientes para imposição. Recurso ministerial. Manutenção da decisão. Recurso desprovido.

- A simples representação da vítima, do Ministério Público ou policial basta à imposição das medidas protetivas pelo juiz, conforme dispõe o art. 19 da Lei 11.340/06.

- Estando o feito principal em sua fase inicial, não havendo maior comprovação da violência noticiada, temerária a adoção das medidas de proteção requeridas, exigindo-se maior instrução a esse respeito, não se atestando de antemão a segurança necessária para a concessão das constrições buscadas, quanto mais se requeridas tardiamente.

- Não há prova de que o recorrido tenha praticado qualquer violência física, moral e psicológica contra a interessada. Contudo, por se tratar de alegação séria que envolve suposta agressão física e moral, é prudente a realização de justificação para se verificar a verossimilhança das alegações.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.09.291041-0/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Ministério Público do

Estado de Minas Gerais - Apelado: Anatólio Geny - 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 do Desembargador Herculano Rodrigues, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2010. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão, cuja cópia se acha às f. 19/20, que indeferiu a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06.

Alega o recorrente que devem ser aplicadas as medidas protetivas de urgência, por haver provas suficientes de sua necessidade, não sendo tal embasado apenas em afirmações unilaterais da vítima.

Pede seja liminarmente determinado ao apelado o afastamento do lar; proibição de contato e proximidade da ofendida; prestação de alimentos provisionais aos filhos menores; separação de corpos e proibição temporária para celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade comum, salvo por expressa autorização judicial (f. 22/35).

Requisitei informações à d. Procuradoria à f. 41.

A d. Procuradoria, em seu parecer de f. 42/44, opina pelo conhecimento do recurso, sendo por seu provimento.

Conheço do recurso.

Inicialmente, destaco que já foi decidido pela Corte deste eg. Tribunal ser das Câmaras Criminais a competência para julgamento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/06.

Vejamos:

> Conflito negativo de competência. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. - Em sede de recurso que versa sobre a aplicação do disposto no art. 22, II, III, *a*, *b* e *c*, da Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), competentes as Câmaras Criminais deste Tribunal para apreciá-lo, em face da natureza criminal das medidas e do procedimento a ser adotado, que segue o rito sumário do processo criminal comum, versando sobre a liberdade de locomoção do 'agressor'. Sendo de competência cumulativa - cível e criminal - das varas criminais, a solução dos conflitos oriundos de violência doméstica (até a criação das varas especializadas) atrai a competência recursal das referidas Câmaras Criminais. Firmada a competência do suscitado (TJMG, Conflito de Competência nº 1.0701.08.229705-5/002 no Agravo de Instrumento nº 1.0701.08.229705-5-001, Des. Cláudio Costa, data de julgamento: 28.01.2009).

Assim, passo ao exame do presente recurso.

Visa o apelante à aplicação das medidas protetivas de urgência inseridas no art. 22 da Lei nº 11.340/06, quais sejam o afastamento do lar; proibição de contato e proximidade da ofendida; prestação de alimentos provisionais aos filhos menores; separação de corpos e proibição temporária para celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade comum, salvo por expressa autorização judicial, entendendo haver elementos suficientes para sua aplicação já liminarmente.

O art. 19 da Lei nº 11.340/2006 autoriza a concessão*, inaudita altera parte*, das medidas protetivas de urgência descritas no art. 22, entre as quais se encontram: afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

No caso em questão, conforme decisão de f. 19/20, indeferiu o d. Magistrado a aplicação das medidas protetivas de urgência solicitadas pelo Ministério Público, por entender basear-se exclusivamente tal requerimento nas declarações da suposta ofendida, inexistindo qualquer outra prova nos autos a sustentar a veracidade dos fatos e a necessidade de adoção das pretendidas medidas.

Dado o caráter restritivo de tais medidas protetivas, necessário que sua aplicação seja determinada com fundamento em provas da violência ou ameaça de violência praticada em face da mulher. Nesse sentido, as decisões abaixo transcritas:

> Lei Maria da Penha. Representação. Provas. Medidas protetivas. Pleito indeferido. Princípio da verdade real. Princípio da ampla defesa não observado. Apelos providos. - Embora seja desejável que a representação da ofendida venha acompanhada de prova pré-constituída contra o ofensor, nada impede que os fatos alegados sejam justificados perante o magistrado da causa aos fins de que a ofendida obtenha as almejadas medidas protetivas previstas, no art. 12, III, da Lei nº 11.340/2.006, pois o processo penal pátrio norteia-se pelo princípio da verdade real, bem como pela submissão ao princípio constitucional da ampla defesa (TJMG, APCR 1.0105.06.202604-9/0011, Governador Valadares, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. em 04.06.2008, *DJ* de 18.06.2008).

> Apelação cível. Ação de medidas protetivas para afastamento do agressor do lar conjugal. Lei Maria da Penha. - Ainda que o pedido liminar de afastamento do requerido do lar conjugal tenha vindo fundamentado em receio pela integridade física da autora, com base na Lei Maria da Penha, para o deferimento das medidas protetivas pleiteadas deve haver forte indício de que os ânimos entre as partes se encontram bastante alterados, comprometendo a segurança das partes

envolvidas, em especial, da autora. No caso, não constatada a verossimilhança de situação de violência doméstica e familiar, estando inclusive as partes já separadas, o simples descumprimento do acordo firmado na dissolução de união estável, por si só, não enseja o acolhimento do pedido de afastamento do requerido do imóvel que acordaram dividir quando da separação, principalmente, quando já em andamento ação para dissolução do condomínio e venda do imóvel em que residem as partes. Recurso desprovido (TJRS, AC 70023648512, Palmares do Sul, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 27.08.2008, *DOERS* 02.09.2008, p. 28).

Portanto, bem fundamentada é a r. decisão de f. 19/20, pois, em sendo insuficiente o conjunto probatório, porque lastreado apenas em declaração da suposta ofendida, e não havendo qualquer elemento nos autos a determinar, minimamente, qual a atividade laborativa do acusado ou informações sobre o eventual patrimônio dos envolvidos, melhor solução é a que não impõe a aplicação imediata das medidas protetivas na forma como requeridas pelo Ministério Público, deixando-as para momento posterior, após a devida instrução.

Do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão de f. 19/20, que indeferiu, por ora, a aplicação das medidas protetivas de urgência.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e HERCULANO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Abandono material - Pensão alimentícia - Não pagamento - Inexistência de justa causa - Dificuldade econômica - Ônus da prova - Incumbência do réu - Crime de natureza permanente - Prazo prescricional - Início - Art. 111, III, do Código Penal - Prescrição retroativa - Inocorrência - Condenação

Ementa: Penal. Abandono material. Prescrição retroativa. Crime permanente. Inocorrência de justa causa para a omissão. Suposta dificuldade econômica enfrentada pelo apelante. Ônus probatório da defesa. Ausência de elementos de convicção. Recurso improvido.

- Nos termos do art. 111, III, do Código Penal, o prazo prescricional de crimes permanentes somente se inicia após encerrada a prática dos atos de execução, isto é, após cessada a permanência.

Preliminar rejeitada.

- A prova da alegação de dificuldades econômicas, feita por indivíduo que se recusa voluntariamente a prestar alimentos à família, somente o fazendo quando compelido por meio da prisão civil, incumbe a ele, não havendo falar em justa causa para o inadimplemento, se nenhum elemento de prova, sequer testemunhal, foi produzido acerca da alegação.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0132.05.002017-2/001 - Comarca de Carandaí - Apelante: M.P.S. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de março 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 Carandaí, contra M.P.S., imputando-lhe a prática de fato tipificado como abandono material, nos termos do art. 244, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia que o denunciado é pai da criança R.B.J., residente nesta cidade. Embora tenha ficado acordado judicialmente o pagamento de pensão alimentícia por parte do denunciado à filha menor, no importe de 30% (trinta por cento) do salário-mínimo, Marcus nunca se dignou a cumprir fielmente tal compromisso, sendo necessário que a filha bata, constantemente, às portas da Justiça, para conseguir receber a verba alimentar, nem sempre obtendo êxito (f. 2/3).

A inicial acusatória veio acompanhada de cópia dos autos da ação de alimentos (f. 4/73).

Recebida a denúncia (f. 77), o acusado foi devidamente citado por edital (f. 104-v.) e interrogado (f. 144/145), ocasião em que informou estar passando por dificuldades financeiras.

Defesa prévia à f. 147.

Durante a instrução foram ouvidas duas testemunhas (f. 156/158).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação, nos exatos termos da denúncia (f.

169/171). A defesa, por sua vez, pediu a absolvição, alegando deverem-se os atrasos no adimplemento da pensão alimentícia a circunstâncias alheias à vontade do réu (f. 172-v.).

Sentença às f. 178/183, através da qual restou o réu condenado, como incurso nas iras do art. 244 do CP, a 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e multa, de 1 (um) salário-mínimo, o maior vigente no País. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

As partes, bem como a ilustre defensora, foram intimadas da sentença às f. 187-v. e 196.

Inconformado, apelou diretamente o réu (f. 186). A defesa, em suas razões de recorrer, requereu a absolvição do denunciado (f. 221/224).

Em contrarrazões, o *Parquet* rebate as teses defensivas, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (f. 226/230).

A douta Procuradoria de Justiça, por sua vez, opina pelo improvimento do recurso, ratificando os argumentos ministeriais (f. 236/238).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Prescrição retroativa.

Alega a combativa defesa a ocorrência de prescrição retroativa, razão pela qual pede, preliminarmente, o reconhecimento da extinção da punibilidade do apelante, pelo fato imputado nos presentes autos.

Contudo, razão não lhe assiste.

Como bem anotado pelo Ministério Público em ambas as ocasiões em que ouvido, o crime imputado ao acusado, muito embora praticado, inicialmente, em 27 de outubro de 1999, não esgotou, ali, a sua consumação. Isso porque o crime de abandono material é crime permanente, estendendo-se no tempo o seu instante consumativo. Nesse sentido, eis a orientação jurisprudencial:

> Os alimentos têm como finalidade última a subsistência do alimentando. Desta maneira, o dever de prestar não se exaure em uma única prestação, mas se prolonga durante um lapso temporal, pois, enquanto houver a necessidade do alimentando, haverá imperiosidade do cumprimento desta obrigação. Desta conclusão se extrai ser o crime em análise omissivo permanente. Reconhecida a procedência desta assertiva, é também imperioso afastar a possibilidade do crime continuado. Exige exata figura, para sua admissão, entre outras circunstâncias, a existência de várias condutas. Assim, é indispensável que o autor, aproveitando-se de um plano, de uma situação que se repete no tempo, realize vários delitos. Há tão somente um crime, abandono material, que se prolongou por um período de tempo, não existindo, assim, crime continuado. Não há possibilidade de se entender que a cada prestação não paga haveria um delito, pois já há o estudo de abandono. O delito já se consumou quando o devedor deixou de efetuar sua obrigação e somente irá cessar quando cumprir o que lhe é impingido (TACRIM-SP - 6ª C. - AP 1.325.269-1 - Rel. Almeida Sampaio - j. em 25.11.2002 - *Bol. IBCCRIM* 124/688).
>
> Os crimes contra a assistência familiar são crimes de natureza permanente; enquanto perdura o abandono subsiste o crime, e não se pode falar em início de prazo prescricional senão no dia em que cessou a permanência (TAMG - AC - Rel. Soares Ferreira - *RJTAMG* 8/237).

Como demonstra o acordo celebrado às f. 19/20, as prestações alimentícias devidas pelo apelante à sua família somente foram pagas em 5 de abril de 2004. Até esta data, portanto, o crime ainda se encontrava na fase de consumação.

E, nos termos do art. 111, III, do Código Penal:

> Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
> [...]
> III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Portanto, cessada a permanência em 5 de abril de 2004, recebida a denúncia em 18 de janeiro de 2006 e publicada a sentença no dia 31 de julho de 2008, não há falar em prescrição retroativa, considerada a pena de 1 ano de detenção, imposta na decisão combatida.

Isso considerado, rejeito a preliminar defensiva.

Mérito.

No mérito, não vejo como dar acolhida às alegações defensivas.

A meu ver, a alegação de falta de recursos para arcar com as despesas necessárias a proporcionar o sustento à filha, deve ser demonstrada pela parte ré, não se exigindo qualquer meio de prova específico para a comprovação dessa assertiva.

In casu, todavia, não há nos autos qualquer elemento de convicção que demonstre a suposta dificuldade econômica experimentada pelo apelante.

Podendo, omitiu-se ele em arrolar testemunhas, ajuntar documentos, extratos bancários, declarações de imposto de renda ou em trazer aos autos, por qualquer meio disponível, prova da alegada falta de recursos, algo que justificaria a recusa em prestar os alimentos à filha, R.A., prova de sua alegação, portanto, resume-se à versão do acusado, vista no interrogatório judicial, nos seguintes termos:

> que, quando saiu de Carandaí, foi morar com outra pessoa em Barroso, tendo nessa época passado por dificuldades financeiras, que o que fez com a pensão de fato atrasasse; que atualmente a pensão alimentícia está em dia; que, desde a época do nascimento de sua filha, o depoente ficou cinco anos sem pagar pensão, aproximadamente (*sic*, f. 144/145).

Tendo em vista a impossibilidade de prova negativa, tenho que a prova da existência da justa causa

incumbe à defesa, na esteira da jurisprudência dominante, que acompanho, a saber:

> Quem desatende obrigação alimentar, para ser absolvido deverá demonstrar ter justa causa para sua atitude. Presume-se possuir condições para sustentar filhos menores quem, no auge etário de suas forças, goza de saúde e tem habilitação profissional (*RIDTACRIM* 57/228).
>
> O não pagamento de prestação alimentícia tipifica o delito de abandono material, como se pode observar pelo disposto no parágrafo único do art. 244 do CP. Somente não se configura o delito quando o alimentante é insolvente e assume o ônus da prova, pois esta não é presumível (RTD*TACRIM* 7/48).

E a prova dos autos, resumindo-se às oitivas judiciais das testemunhas Fabiana Cantão, Júlio Diniz e Ana Paula Cantão Júlio, não favorece a tese defensiva.

Aliás, a prova testemunhal evidencia mais um indício em desfavor do apelante. É que, conforme se extrai dos depoimentos das testemunhas (f. 157/158), o acusado só realizava os pagamentos quando procurado pela Justiça, de forma que só o fazia para evitar prejuízos para si, não porque buscava honrar o dever de pai.

A condenação do acusado, como se vê, é medida de rigor, não havendo falar em absolvição.

No que se refere à pena aplicada, nenhum reparo lhe é devido, fixada que foi no mínimo legal cominado.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso defensivo, para manter, tal como lançada, a r. sentença condenatória, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e HERCULANO RODRIGUES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Arma ineficiente - Conduta atípica - Crime impossível - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arma ineficiente. Crime impossível. Fato atípico.

- O porte de arma de fogo inapta a disparar configura uma conduta atípica, visto que inidônea para lesar ou expor a perigo o objeto da tutela, qual seja a incolumidade pública.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0556.09.019252-8/001 - Comarca de Rio Pardo de Minas - Apelante: Wellington Meireles dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 23 de março de 2010. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de Wellington Meireles dos Santos, pela prática dos delitos previstos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03, porque, no dia 8 de junho de 2009, por volta das 21h15min, na Rua Alcides Batista, Município de São João do Paraíso, o denunciado portava um revólver calibre 38, marca Taurus, sem nenhuma numeração aparente, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, contendo seis câmaras para munição, bem como uma munição SPL, calibre 38, marca CBC, deflagrada.

Após a instrução processual, foi a denúncia julgada parcialmente procedente para condenar o denunciado Wellington Meireles dos Santos, pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 c/c art. 61, I, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão mais ao pagamento de 30 (trinta) dias multa.

Inconformado, recorre o condenado. Em razões recursais (f. 136/140) requer a absolvição, ante a inexistência de provas aptas a ensejar um decreto condenatório. Alternativamente pleiteia a desclassificação para o crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-arrazoado o apelo (f. 142/150), subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo seu parcial provimento (f. 156/158).

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

A autoria, embora negada pelo apelante, restou incontroversa nos autos, em especial pelas declarações do policial militar José Márcio Rodrigues, responsável pela retirada da arma das mãos do acusado (f. 105).

Por outro lado, a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo restou prejudicada, visto que o exame pericial nela realizado constatou sua ineficiência para produzir disparos.

O laudo pericial de eficiência e prestabilidade da arma de fogo foi conclusivo:

> Procedidos os exames na arma epigrafada no subitem, os peritos verificaram que a mesma encontra-se em péssimo estado de conservação não podendo ser efetuado disparos com eficiência para perpetração de crime, já que o sistema de engatilhamento e percussão não se encontram em perfeito estado de funcionamento (f. 84).

Como se sabe, a arma de fogo, para ser considerada como tal, deve estar apta a disparar, sem o que ela perderá a potencialidade lesiva (capacidade de ferir ou causar dano).

O fato de tratar o porte de arma de fogo de delito de mera conduta indica que independe de resultado naturalístico para sua concretização, ou dano efetivo, mas não prescinde da comprovação normativa da exposição a um potencial perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Em outras palavras, a resposta penal deve ser reservada às condutas que, de fato, lesem ou exponham a perigo o bem jurídico tutelado, o que não ocorre com o simples porte de arma inapta a disparar, que não representa risco para a segurança pública.

Ademais, a orientação doutrinária e jurisprudencial mais moderna, é no sentido de exigir a comprovação do dano ou do perigo concreto ao bem jurídico tutelado, mesmo em se tratando de delitos de mera conduta, pois, na linha dos princípios gerais de intervenção do Direito Penal, da necessidade e da ofensividade, não se deve tolerar a incriminação de condutas que não impliquem lesão efetiva ou potencial ao bem protegido.

No caso *sub examine*, a arma apreendida é totalmente inapta a disparar, caracterizando-se a hipótese de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio. Fato atípico, portanto, nos termos do art. 17 do CP.

Nesse sentido, doutrina Guilherme de Souza Nucci:

> Arma quebrada e inapta a qualquer disparo: não é crime. Carregar uma arma desmuniciada é algo diverso de ter consigo arma completamente inapta a produzir disparo, afinal, cuida-se de delito impossível; a segurança pública não corre risco nesse caso; nem argumentemos como o fato de uma arma quebrada poder intimidar alguém, em caso de roubo, pois a arma de brinquedo também pode e isso não significa ser figura enquadrável no art. 14 desta lei; depende de laudo pericial para atestar a sua imprestabilidade, o mesmo valendo para acessórios e munição (in *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo, Editora RT, 2006).

Dessa forma, ante a ausência de materialidade, não há que se falar na ocorrência do delito de porte arma.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para absolver o apelante da imputação que lhe foi feita na denúncia, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e FORTUNA GRION.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Furto qualificado - Autoria - Materialidade - Prova - Elemento subjetivo - Inexistência - Atipicidade - Furto de uso - Configuração - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Furto. Furto de uso. Caracterização. Absolvição mantida.

- O furto de uso nada mais é que uma hipótese de atipicidade formal da conduta por inexistência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 155, ou seja, o *animus furandi* que, a seu turno, caracteriza-se quando o agente subtrai coisa alheia móvel com a intenção de tê-la como própria. A ausência de prova acerca do intuito de assenhoreamento conduz à absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0629.08.043506-4/001 - Comarca de São João Nepomuceno - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Maikon Douglas Soares - 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 Des. Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2010. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra sentença oriunda do Juízo da 2ª Vara da Comarca de São João Nepomuceno que absolveu Maikon Douglas Soares das acusações de prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Narram os autos que, no dia 30 de setembro de 2008, por volta das 18 horas, o acusado subtraiu para

si, mediante abuso de confiança, uma máquina fotográfica digital, de propriedade de seu primo, Marcelo Silva de Oliveira.

Após instrução criminal, veio sentença absolutória (f. 65/66). Inconformado, recorre o *Parquet* requerendo a reforma da sentença primeva e condenação do apelado nos termos da denúncia (f. 79/82).

As contrarrazões defensivas estão acostadas à f. 83.

Instada a se manifestar no feito, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (f. 91/93).

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso em face do seu ajuste legal.

III - Mérito.

Pede o ilustre representante do Ministério Público a reforma da sentença ora guerreada e, como consequência, a condenação do apelado Luciano como incurso nas iras do art. 155, § 4°, II, CP.

No entanto, entendo que a sentença primeva que absolveu o apelado com base no art. 386, III, CPP, pela tese do furto de uso, não merece reparos.

A princípio, a conduta do réu não preenche dois requisitos exigidos para a configuração do furto de uso: o uso momentâneo da *res* e sua devolução ao proprietário.

Normalmente, a jurisprudência vincula o reconhecimento do *furtum usus* a vários requisitos de ordem objetiva, entre eles, a restituição voluntária da *res*. Não pode, todavia, a meu sentir, tal vinculação ser obrigatória, inflexível, o que insurgiria contra, até mesmo, a própria natureza jurídica desta figura do Direito Penal.

Com efeito, o furto de uso nada mais é que uma hipótese de atipicidade formal da conduta por inexistência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 155, ou seja, o *animus furandi* que, a seu turno, se caracteriza quando o agente subtrai coisa alheia móvel com a intenção de tê-la como própria.

Ora, se o furto de uso é essencialmente psicológico, anímico, como vinculá-lo a requisitos de natureza objetiva?

Como todo e qualquer elemento subjetivo, a intenção de uso temporário da coisa alheia é perceptível por atos externos que sinalizam qual a vontade que permeou a conduta do agente. Assim como parece evidente que aquele que desferiu vinte golpes de faca na vítima tencionava matá-la, também aquele que devolve o bem alheio para o legítimo dono logo depois de utilizá-lo não está, a princípio, com o ânimo de se apoderar definitivamente da *res*.

Todavia, transformar a devolução da coisa alheia de um mero indicador de qual era a intenção do agente para um requisito obrigatório para o reconhecimento da atipicidade da conduta, a meu sentir, desnatura o furto de uso.

É seguramente possível que alguém utilize um determinado bem com o dissenso da vítima e não o restitua, sem, contudo, ter desejado, um só minuto, a posse definitiva da coisa.

Analisemos o seguinte exemplo: uma pessoa, visando chegar rapidamente a uma reunião que não pode faltar nem mesmo se atrasar sob pena de perder seu emprego, subtrai uma motocicleta que estava estacionada em frente a um restaurante e se dirige para o local do encontro, deixando a moto na garagem do prédio para onde se dirigia. Após a reunião, esquece por completo do veículo, retornando direitamente para sua residência, de ônibus. Pode se falar que não houve o furto de uso?

É claro que não, muito embora não tenha ocorrido a restituição do bem ao legítimo proprietário. Assim, a não devolução da *res* é apenas mais um fator que deve ser levado em consideração para a análise do elemento subjetivo do art. 155 do *Codex*, mas nunca um requisito obrigatório para o reconhecimento do chamado furto de uso.

Nesse sentido, o julgado a seguir transcrito:

> O fato de o veículo não ter sido devolvido ao local de onde foi retirado em decorrência de acidente de trânsito, de todo imprevisto, não descaracteriza o *furtum usus*, sendo certo que os danos materiais decorrentes do desastre escapam à órbita do Direito Penal (TACRIM - SP - Rev. - Rel. Silva Leme - *JUTACRIM* 47/26).

Na hipótese dos autos, não há elementos suficientes para comprovar o *animus furandi*, com o qual teria supostamente agido o apelado. Tenho dúvidas acerca da intenção de assenhoramento, pelo que a condenação me é inviável.

O apelado, em seu interrogatório, reportando-se ao depoimento prestado perante a autoridade policial, negou o desejo de posse definitiva do bem, alegando que queria apenas revelar fotos de seu interesse armazenada na memória da mesma.

A vítima Marcelo Silva de Oliveira, às f. 68/70, consignou que referida máquina digital era utilizada pelo réu e seus familiares e afirmou que:

> [...] na máquina existiam fotos de familiares comuns ao declarante e ao acusado; que também existia uma foto do acusado com a namorada e uma foto do acusado com uma outra moça e que Gilberto não comentou com o declarante oferta de venda do objeto por parte do acusado.

Colaciono, neste momento, trecho do bem-elaborado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça que consignou:

> A testemunha Gilberto Francisco de Paula, em declarações de f. 71/72, relatou que o acusado disse-lhe ter tirado algumas fotos da namorada e lhe pediu para revelá-las. Embora tenha afirmado na fase policial que o acusado chegou a oferecer a máquina para compra (f. 34), em juízo, este fato foi negado pela testemunha.
> Penso que o contexto em que se deu o fato e a consistência da declaração de primeira hora suscitam dúvida fundada

sobre a intenção do agente, sendo muito provável que ele apenas tivesse a intenção de uso, e isso impede a condenação, quando menos, em razão de dúvida fundada - f. 93.

Assim, não havendo certeza quanto ao elemento subjetivo do delito de furto, a absolvição é medida que se impõe, razão pela qual deve ser mantida.

V - Conclusão.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso ministerial para manter a absolvição do apelado Maikon Douglas Soares, com fulcro no art. 386, III, CPP.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Furto qualificado tentado - Prova - Configuração - Crime continuado - Não caracterização

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado pelo abuso de confiança. Condenação por crime único tentado. Pretensão de reconhecimento da continuidade delitiva e crimes consumados. Impossibilidade. Recurso desprovido.

- Para que seja reconhecida a continuidade delitiva, é necessário que os outros crimes estejam devidamente individualizados, assim como lastreados em provas concretas e seguras de sua ocorrência.

- Tendo sido o agente surpreendido no momento em que tentava retirar o combustível do veículo de propriedade da empresa em que trabalhava, não resta dúvida de que o delito de furto deixou de se consumar por circunstâncias alheias a sua vontade, permanecendo na esfera da tentativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0567.03.076794-9/001 - Comarca de Sabará - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Cléber Coutinho da Silva - 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 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, 23 de março 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. 79/82, que condenou Cléber Coutinho da Silva nas penas do art. 155, § 4º, II, c/c art.14, II, parágrafo único, ambos do CP, a 10 (dez) meses de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, operada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Narrou a denúncia que, no dia 17 de outubro de 2003, na Rua Dom Pedrito, Bairro Nova Vista, Sabará, o apelado, funcionário da Cemig, abusando da confiança que lhe foi depositada, subtraiu para si combustível da viatura frota 3078, de placas GTC-6952, de propriedade da referida empresa.

Constou ainda que ele vinha constantemente subtraindo combustível dos veículos com os quais trabalhava, motivo pelo qual passou a ser investigado pela equipe de segurança patrimonial da Cemig. Assim, no dia acima, foi flagrado com várias garrafas pet, uma bombona com capacidade de 50 litros e uma mangueira, começando a retirar o combustível do veículo, momento em que foi interrompido pelos seguranças, que comunicaram à Polícia.

Intimações regulares (Ministério Público à f. 82-v. e apelado à f. 85).

Em suas razões, o *Parquet* pediu a reforma da sentença para reconhecimento do delito em sua forma consumada e continuada (f. 87/88).

Em contrarrazões (f. 96), o apelado requereu o não provimento da apelação, com a manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, emitiu parecer, f. 104/109, opinando pelo conhecimento e provimento da apelação.

É o relatório.

Pretende o *Parquet* a reforma da decisão de primeiro grau sob o argumento de que a conduta delitiva era reiterada e foi consumada.

Sua pretensão não merece acolhida, contudo.

É que, apesar de haver indícios da existência de outros crimes de furto, eles não foram individualizados na denúncia, mas apenas narrados de forma genérica, impossibilitando, assim, a defesa do apelado e até mesmo o reconhecimento da semelhança de tempo, para o fim de aferição da continuidade delitiva.

Ademais, nem sequer durante a instrução foi possível identificar e quantificar os demais crimes, o que seria imperioso, já que a condenação deve ser lastreada em provas concretas e seguras acerca da existência da infração penal.

Ressalte-se que nem mesmo a apreensão de 22 garrafas pet na casa do apelado (que nem sequer constaram no auto de apreensão de f. 13) se prestam, a meu

ver, a comprovar a reiteração da conduta delituosa, como sustenta o *Parquet*.

Dessa forma, agiu corretamente o d. Magistrado sentenciante, ao condenar o apelado somente pelo delito narrado na denúncia, praticado no dia 17.10.2003.

Ainda, apropriado foi também o reconhecimento da tentativa, visto que o delito não chegou a se consumar por circunstâncias alheias à vontade do apelado, que foi surpreendido no momento em que começaria a retirar o combustível do veículo.

Assim, nenhum reparo há de ser feito na sentença fustigada.

Deixo de reconhecer eventual prescrição, em face da inexistência do trânsito em julgado para o Ministério Público.

Nesses termos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso de drogas - Infração de menor potencial ofensivo - Alteração da competência - Não ocorrência - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Vista ao Ministério Público - Remessa dos autos à origem

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Ausência de prova da traficância. Desclassificação para posse de substância entorpecente para consumo próprio mantida. Delito de pequeno potencial ofensivo. Conversão do julgamento em diligência para fins de despenalização.

- Inexistindo prova da autoria do delito de tráfico de substância entorpecente, mas restando demonstrado que a droga apreendida se destinava ao consumo pessoal do agente, a manutenção da decisão que desclassificou a imputação para aquela prevista no art. 28 da Lei Antidrogas é medida que se impõe.

- Se, operada a desclassificação de um crime para outro, houver possibilidade de suspensão condicional do processo, a aplicação da pena ficará sobrestada até a conclusão dessa fase processual.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0362.07.082172-7/001 - Comarca de João Monlevade - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Douglas Gilvan Câmara - 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 Paulo Cézar Dias , 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, 26 de janeiro de 2010. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Douglas Gilvan Câmara, já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma do art. 71 do CP, isso porque estaria ele, em 23 de maio de 2003, na Avenida Vereador João Braga, em frente ao nº 192, Bairro Jacuí, em João Monlevade, MG, portando, para fins de mercancia, substâncias entorpecentes sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra a proemial que a Polícia Militar, após denúncia anônima de que o acusado estaria traficando drogas, saiu em patrulhamento, avistando-o quando retirava do bolso a substância entorpecente, colocando-a dentro da boca. Todavia, diante da intervenção dos milicianos, a droga, consistente em uma bucha de maconha e 5 pedras de crack, foi recuperada, sendo arrecadada, ainda, a importância de R$110,00, em dinheiro.

Por fim, narra a vestibular que o denunciado realizava a traficância no bar de seu genitor, localizado na Rua Beira Rio.

Após instrução probatória, foi a imputação contida na denúncia desclassificada para aquela capitulada no art. 28 da Lei 11.343/06, tendo o Juiz determinado a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Inconformado, apelou o Ministério Público, buscando, em suas razões recursais (f. 144-148), a condenação do réu nos exatos termos propostos da exordial acusatória.

Em contrarrazões (f. 159-166), a defesa manifestou-se pelo desprovimento do apelo, bem como pela manutenção da sentença.

Nessa instância, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 169-178, opinou pelo provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

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

Ante a ausência de preliminares, passo à análise do mérito.

O Ministério Público pretende a condenação do réu pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, nos termos propostos na exordial acusatória.

A materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão da droga (f. 19) e pelos laudos periciais toxicológicos, que concluíram que as substâncias apreendidas eram maconha e *crack* (f. 74-75).

A autoria restou categoricamente negada pelo acusado, em ambas as fases do processo.

Inquirido, sob o crivo do contraditório, o réu admitiu a posse da droga, mas afirmou que se destinava a consumo próprio.

Vejamos:

> [...] ...que foi preso aos dezoito anos por uso de maconha, tendo ficado detido por um dia; [...] que realmente foi encontrado pelos policiais no dia e hora dos fatos, de posse da droga aludida na denúncia, mas era para seu consumo; que graças a Deus nunca vendeu droga entorpecente em sua vida; [...] que o dinheiro encontrado em seu poder foi pego de sua mulher; que sua mulher recebe pelas vendas e guarda o dinheiro no guarda-roupas; que pegou o dinheiro para comprar mantimentos para casa e para o trabalho de sua mulher, mas gastou um pouco na compra de droga; [...] que nunca vendeu droga em lugar nenhum, muito menos no estabelecimento de seu pai; que nunca usou droga de seu pai, muito embora ele saiba que o interrogando é usuário; [...] que esclarece que estava voltando para casa quando foi preso, pois havia comprado a droga perto da linha e fumado um cigarro de maconha com *crack* lá mesmo, sendo que depois pegou um ônibus para Rio Piracicaba e foi acordado pelo cobrador na referida avenida, quando desceu, já no bairro Jacuí, e voltava a pé; que quando foi abordado estava andando sentido Jacuí/Centro Industrial; que não chegou a fazer compra de mantimento algum, porque foi logo comprar a droga, porque o vício 'falou mais alto'; que infelizmente não tem limite para fumar droga, sendo que quando começa só pára se acabar o dinheiro; [...] que ficava muito no bar de seu pai, porque fazia churrasquinho para lá vender; [...] que pegou o ônibus para ir para o bairro Centro Industrial, mas acabou dormindo por causa da droga e foi acordado pelo trocador no bairro Jacuí; que não chegou a fazer compra de mantimento algum, porque foi logo comprar a droga, sendo que quando começa só para se acabar o dinheiro; que se não tiver o dinheiro não fuma, porque nunca roubou e nem furtou; que ficava muito no bar de seu pai porque fazia churrasquinho pra lá vender; que pegou o ônibus para ir para o bairro Centro Industrial mas acabou dormindo por causa da droga e foi acordado pelo trocador no bairro Jacuí... [...] (Douglas Gilvan Câmara - acusado - em Juízo - f. 112-113.)

Os milicianos Celso e Wagner, que fizeram a prisão do acusado, por sua vez afirmaram ao Juízo:

> [...] que pode afirmar que o acusado presente já vendeu churrasquinho no bar do genitor; [...] que confirma como sendo de sua lavra o BO de f. 12 dos autos; que sabe que o acusado presente é usuário de drogas; que já frequentou o bar do genitor do acusado e, pelo pouco período que ali permaneceu nas vezes que lá foi, nunca viu o comércio de drogas ilícitas no local; [...] que todas as vezes que viu o acusado presente ele estava no bar do pai e parecia estar ajudando o genitor; [...] que esclarece que as vezes que vê o acusado é no bar do pai dele; que o bar do genitor do acusado é frequentado por pessoas de bem; [...] que, quando estava de férias, frequentou o bar do pai do acusado, em companhia de amigos, e não viu qualquer tipo de movimentação estranha em relação à venda de drogas; [...] que sabe que existe uma linha de ônibus Monlevade/Rio Piracicaba que passa pelo bairro Jacuí; que tem três anos que está em João Monlevade e nunca havia abordado o acusado anteriormente, não sabendo de outro companheiro policial que tenha abordado o denunciado... (Celso Alves Ferreira - testemunha - em Juízo - f. 114.)

> [...] que no momento da prisão o acusado informou ser usuário de drogas; [...] que após as denúncias foram até o bar do pai do acusado, sendo que não o encontraram, momento em que se dirigiram até o bairro Jacuí, não por denúncias, mas sim por experiência de policial; que é policial em João Monlevade há aproximadamente seis anos; que nunca ouviu dizer sobre um traficante conhecido por 'Neguinho' nesta cidade; que se lembra que no momento da prisão o acusado estava andando no sentido Jacuí/Centro Industrial... (Wagner Evaristo Silva - testemunha - em Juízo - f. 115.)

As testemunhas de defesa, por sua vez, afirmaram que sempre frequentavam o bar do genitor do acusado e nunca souberam que lá se dava o tráfico de drogas, sendo certo que Leandro sempre era visto no local, ajudando o pai e vendendo churrasquinhos:

> [...] que nunca ouviu dizer que o acusado fosse traficante; [...] que já viu o acusado presente, ajudando o pai no referido bar; que em hipótese alguma já ouviu dizer que no referido bar havia venda de drogas; que mora no bairro Jacuí desde que nasceu; que conhece o acusado desde que o depoente tinha aproximadamente 16 anos; que sabe que o acusado trabalhou na Enscon por muitos anos; que nunca ouviu nada que desabonasse a conduta do acusado presente. (Edmilson Gomes - testemunha - em Juízo - f. 116.)

> [...] que sabe que o acusado presente é usuário de drogas; que nunca ouviu falar que o acusado fosse traficante; que é freguês do bar do genitor do acusado, podendo dizer que é bem frequentado; que de forma alguma ouviu dizer que no referido bar existe venda de drogas; que sabe que o acusado presente ajudava no bar do pai, quando estava desempregado, vendendo churrasquinho; [...] que frequenta o bar referido quase todos os finais de semana; [...] que sabe que o acusado era viciado desde que ele trabalhava na Enscon... (Raimundo Nonato da Cruz - testemunha - em Juízo - f. 117.)

> [...] que pode dizer que o acusado é pessoa boa, honesta, trabalhadora, podendo dizer que o acusado é usuário de drogas, porque já o viu fumando; que nunca viu e nem ouviu dizer que o acusado seja traficante; [...] que nunca ouviu dizer que exista

> venda de droga no referido bar; que sabe que o acusado ajudava o pai no bar, vendendo churrasquinho; que sabe que o acusado estava fazendo hambúrguer, na própria casa, e ajudando um rapaz como pintor; que pode afirmar que o acusado fazia muito uso de drogas ilícitas; que já viu o acusado fumando maconha. (Érica Carvalho Moreira - testemunha - em Juízo - f. 118.)
>
> [...] que sabe que o acusado é usuário de drogas; que sabe que o acusado é usuário de maconha e de crack, porque o filho da depoente, de nome Fábio, também é usuário das mesmas drogas e já usou junto com o acusado presente; que nunca ouviu dizer que o acusado seja traficante de drogas; que conhece o bar do genitor do acusado, podendo afirmar que é muito bem frequentado, sendo que a depoente é cliente também; que sabe que o acusado já vendeu churrasquinho no bar do pai; [...] que sabe que o acusado presente faz muito uso de drogas, inclusive já o viu fumando junto com o filho da depoente; que o acusado usa gardenal; que nunca ouviu dizer que o referido bar fosse local de venda de drogas; [...] que nunca ouviu dizer que o acusado presente tenha passado droga, ainda que gratuitamente, a quem quer que fosse... (Maria Perpétua Socorro Silva - testemunha - em Juízo - f. 119.)

No mesmo sentido os depoimentos das testemunhas Francisco e Artur (f. 120 e 121), afirmando ser o acusado usuário de drogas, bem ainda que nunca tiveram notícias de que o réu praticasse o tráfico de substâncias tóxicas, tampouco no bar de propriedade de seu pai.

Ademais, os próprios milicianos que realizaram a abordagem do acusado não trouxeram notícias de estar este envolvido no tráfico de drogas.

As testemunhas civis, no mesmo passo, foram unânimes ao afirmar ser o réu usuário de drogas

De resto, insta salientar que o réu foi encontrado na posse de apenas um cigarro de maconha e cinco pedras de *crack*, não sendo arrecadado, em seu poder, nenhum outro objeto que demonstrasse fosse a droga destinada à difusão no meio social.

Cediço que desnecessária, para a caracterização do crime de tráfico, a prova da mercancia. Todavia, indispensável se extraia do contexto probatório a intenção do agente em difundir, por qualquer meio ou forma, substância entorpecente de uso proscrito no país.

Como se vê da prova coligida para os autos, impossível concluir que o imputado se dedicava, no momento de sua prisão, ao tráfico de substância entorpecente.

Assim, ao contrário do que defende o *Parquet*, a prova emergente dos autos não permite a condenação do acusado por tráfico de drogas.

Do exposto, e levando em conta que o apelante afirmou ser usuário de drogas, penso que restou acertada a decisão singular que optou pela desclassificação do delito de tráfico para o de posse de substância entorpecente para consumo próprio, devendo, pois, ser mantida.

Nessa esteira, a uníssona jurisprudência deste eg. Tribunal:

> 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. (TJMG - A.C. 1.0002.07.013148-3/001 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - j. 3.3.2009 - D.O.P.J. 23.3.2009.)
>
> Penal e processual penal. Tóxicos. Desclassificação do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes para o de porte de droga para uso pessoal. Possibilidade. Ausência de provas da prática daquele delito. Dúvidas acerca da destinação mercantil da droga apreendida. - Ausente qualquer prova de que a droga apreendida em poder dos apelantes destinava-se à mercancia, impõe-se a desclassificação para o crime tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76. (TJMG - A.C. 1.0016.05.044967-3/001 - Rel. Des. Sérgio Braga - j. 28.03.2006 - D.O.P.J. 07.04.2006.)

Doutro giro, penso que merece reparo a decisão singular no que tange à determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Com efeito, dispõe o art. 383, *caput*, do CPP que o Juiz poderá dar ao fato descrito na inicial acusatória nova definição jurídica.

Em agosto de 2008, entrou em vigor a Lei 11.719/08, que acresceu, àquele dispositivo, o parágrafo 2º, que assim dispõe:

> § 2º - Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Entretanto, penso que tal dispositivo não pode ser examinado isoladamente, senão em harmonia com as regras gerais de competência fixadas no estatuto processual penal.

Dispõe o art. 74, § 2º, do CPP:

> Se, iniciado o processo perante o juiz, houver desclassificação para a infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

Assim, a determinação da competência ocorre no momento em que a ação penal é proposta, sendo irrelevantes posteriores modificações do estado de fato ou de direito, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria, que, nessa última hipótese, se dará quando for de natureza absoluta - como nos casos estipuladas pela CF/88, ou seja, militar, eleitoral, júri, comum e federal - é que podemos falar em deslocamento de competência.

In haec specie, firmou-se a competência do juízo comum pela natureza da infração capitulada na denúncia (art. 33 da Lei 11.343/06), razão pela qual, tendo aquele desclassificado a imputação para outro delito também a ser julgado no âmbito da jurisdição comum

- Juizado Especial Criminal -, a competência não se desloca, perpetuando-se a inicialmente fixada, de sorte que não há falar-se na incompetência do primeiro para conhecer da matéria desclassificada.

Posto isso, e considerando que o sentenciante, ao examinar o mérito, desclassificou a imputação contida no libelo para um delito de pequeno potencial ofensivo, deveria, no mesmo ato decisório, ter cumprido o disposto no § 1º do art. 383 do CPP, determinando a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95.

Assim, equivocada a determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, sob pena de ferir o princípio do juiz natural, ou seja, aquele originariamente competente para o processo e julgamento do fato típico, em tese, praticado pelo réu.

Demais disso, não se poderia impingir ao Magistrado do Juizado Especial Criminal, sob pena de afronta ao princípio *jura novit curia*, a concluir pela mesma definição jurídica, encontrada pelo sentenciante, para os fatos descritos no libelo acusatório.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão desclassificatória operada na sentença.

Considerando, outrossim, o disposto no art. 383, § 1º, do CPP, determino o retorno dos autos à origem, para que seja aberta vista ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95, devendo o MM. Juiz proceder nos termos da Lei Especial.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Porte ilegal de arma de fogo - Concurso de pessoas - Não caracterização - Liame subjetivo - Ausência - Declaração da vítima - Relevância - Absolvição - Extensão dos efeitos do julgado ao corréu

Ementa: Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo. Crime praticado, de forma isolada, por outro denunciado. Absolvição do recorrente. Extensão dos efeitos ao corréu. Art. 580 do CPP.

- Restando comprovado que o crime, cuja prática foi atribuída ao apelante, foi praticado por um dos denunciados, de forma isolada, sem o necessário liame subjetivo entre ele e o recorrente, impõe-se a absolvição deste, com fulcro no disposto no art. 386, inciso IV, do CPP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0479.08.141856-4/001 - Comarca de Passos - Apelante: André Geraldo Thiago da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: Haroldo Rogério da Silva, Willian Flávio Alves - 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 PROVIMENTO, ESTENDENDO A FORÇA DO JULGADO AO CORRÉU WILLIAN FLÁVIO ALVES.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - André Geraldo Thiago da Silva, Haroldo Rogério da Silva, v. "Ursão" ou "Patrão", e Willian Flávio Alves foram denunciados e condenados pela Justiça Pública da Comarca de Passos, como incursos nas sanções cominadas no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, tendo, cada um, recebido a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, sendo que a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apela o sentenciado André Geraldo, almejando a absolvição, ao argumento de que não sabia que o acusado Haroldo estava portando arma de fogo (f. 217/221).

Há contrarrazões, às f. 224/228, gizando o acerto da decisão primeva.

A zelosa Procuradoria de Justiça, por meio do parecer de f. 247/250, opina no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Narram os autos que, em 4 de fevereiro de 2008, no período noturno, na Rua Coimbras, defronte ao nº 344, em Passos/MG, o casal de namorados Dani Alves e Talita Baltazar dos Reis estava se despedindo, no interior do veículo pertencente a Dani, quando foi abordado pelos denunciados Willian e André, que tentaram afugentar o casal daquele local. Não atendidos em seu comando, os denunciados chamaram o terceiro denunciado, Haroldo, v. "Patrão", que se aproximou do casal,

ameaçando-os com uma arma de fogo. Ato contínuo, Dani Alves conseguiu arrancar seu veículo e acionar a Polícia Militar, que, por sua vez, logrou êxito em localizar os acusados e apreender a arma de fogo que portavam.

A materialidade delitiva restou positivada através do auto de prisão em flagrante de f. 7/12, auto de apreensão de f. 29, laudo de vistoria do veículo, às f. 59/61 e laudo de eficiência de f. 62/64, que comprovou ser a arma de fogo apreendida eficiente para ofender a integridade física de alguém.

A autoria, por sua vez, não restou suficientemente comprovada no que diz respeito à existência de liame subjetivo entre o acusado André, ora apelante, e o denunciado Haroldo, pessoa que, efetivamente, portou a arma de fogo, de forma ilegal.

Os acusados, em seus interrogatórios de f. 10, 11, 12, 103/104 e 105/106, negaram a prática dos fatos narrados na denúncia.

Do exame da prova colhida vê-se que o apelante e o denunciado Willian se limitaram a tentar afastar o casal, alertando-os, inclusive, que, se não os atendessem, chamariam o "Patrão", alcunha do denunciado Haroldo.

Tais fatos restaram confirmados nas declarações prestadas pelas vítimas, às f. 9, 130/131 e 132/133, ambas esclarecendo que o apelante e o corréu Willian apenas conversaram com elas, indagando-lhes sobre o tempo em que residiam naquele bairro e tentando convencê-las a saírem do local. Ao não serem atendidos, os acusados gritaram algo como: "Ursão, venha até aqui!" E as vítimas ressaltaram que "Ursão" ou "Patrão" foi quem chegou portando arma de fogo, ameaçando-as.

Data venia, não se tem certeza se o ora apelante tinha consciência de que participaria do crime de porte ilegal de arma de fogo praticado por Haroldo.

Como sabido,

> somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas consequências da ação (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 226).

No mesmo sentido, o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, em *Tratado de direito penal*, 10. ed., Parte Geral 1, 2006, p. 515:

> O simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, 'conivência', que não é punível, a título de participação, se não constituir, pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou, então, constituir, por si mesma, uma infração típica.

No caso dos autos, considerando que a conduta praticada por André não demonstrou adesão voluntária ao porte ilegal de arma de fogo praticado por Haroldo, entendo que sua absolvição é medida que se impõe.

Da mesma forma, restou apurado que o denunciado Willian praticou os mesmos atos cometidos pelo ora apelante, motivo pelo qual estendo os efeitos deste julgado a ele, alicerçando-se no art. 580 do CPP, para absolvê-lo.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso interposto, para absolver o apelante, com fulcro no disposto no art. 386, inciso IV, do CPP. Estendo os efeitos do julgado ao denunciado Willian Flávio Alves, com base no art. 580 do CPP, para também absolvê-lo quanto à prática do crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura, visto que os réus se encontram em liberdade.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, ESTENDENDO A FORÇA DO JULGADO AO CORRÉU WILLIAN FLÁVIO ALVES.

...

Latrocínio - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Concurso de pessoas - Participação de menor importância - Não ocorrência - Pluralidade de vítimas - Concurso formal - Caracterização - Circunstâncias judiciais - Redução da pena

Ementa: Latrocínio. Participação de menor importância. Inocorrência. Pluralidade de vítimas. Concurso formal. Circunstâncias judiciais. Pena-base. Redução.

- Restando comprovado que o agente contribuiu ativamente para a realização dos crimes, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode a sua conduta ser classificada como de menor importância.

- O latrocínio praticado num mesmo contexto fático, mediante ação única, desdobrada contra várias vítimas, configura concurso formal e não concurso material ou crime único.

- Constatando-se que as circunstâncias judiciais dos réus foram valoradas negativamente, com excessivo rigor, sendo suas penas aplicadas com certa exasperação,

atento aos contornos da prática ilícita, impõe-se a sua redução.

Recursos parcialmente providos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0491.09.005355-5/001 - Comarca de Pedralva - Apelantes: 1º) Benedito Leandro Rodrigues, 2º) Israel Flausino, 3º) Fábio Júnior de Paula - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 9 de março de 2010. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Pedralva, Israel Flausino, Benedito Leandro Rodrigues e Fábio Júnior de Paula, alhures qualificados, foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, c/c art. 61, incisos I e II, alíneas *c, d, h* e *i*, todos do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/04 que, no dia 07.04.2009, por volta das 23h30min,

> os denunciados, utilizando de extrema violência, com *animus furandi* e *animus necandi*, previamente ajustados, tendo cada um o domínio final do fato, adentraram na residência das vítimas Antônio de Oliveira (66 anos) e João de Oliveira (75 anos) localizada no bairro acima relatado, cônscios de que as vítimas eram idosas e que receberiam o valor da aposentadoria naquele dia, para furtar dito valor, no que o fizeram, vindo a furtar também o celular de uma das vítimas, e, ainda, em razão da sobredita violência empregada, deram causa bastante aos óbitos das vítimas, vindo João de Oliveira a falecer no mesmo dia dos fatos e Antônio de Oliveira, após muito sofrimento no hospital, faleceu no dia 20.04.2009.

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 257/265, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando os réus Israel Flausino, Benedito Leandro Rodrigues e Fábio Júnior de Paula pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, impondo, ao primeiro, as penas de 40 (quarenta) anos de reclusão, em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal; ao segundo as penas de 46 (quarenta e seis) anos, em regime fechado, e 60 (sessenta) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal; ao terceiro as penas de 50 (cinquenta) anos de reclusão, em regime fechado, e 100 (cem) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal.

Inconformados com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, apelaram os réus (f. 270, 272 e 279). Em suas razões recursais (f. 280/281), o apelante Benedito Leandro Rodrigues requer a desclassificação de um dos delitos de latrocínio para o crime de homicídio ou de lesões corporais seguida de morte. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento do concurso formal entre os delitos.

Por sua vez, o apelante Fábio Júnior de Paula, através de suas razões recursais de f. 282/286, busca o reconhecimento de sua participação de menor importância nos eventos delitivos (art. 29, § 1º, CP).

Já o apelante Israel Flausino, em suas razões recursais (f. 289/290), almeja o reconhecimento da regra do concurso formal entre os delitos praticados.

O Ministério Público, em contrarrazões (f. 292/298), pugna pela manutenção da r. sentença vergastada, no que foi secundado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 306/315), em parecer subscrito pelo il. Procurador de Justiça, Dr. Mariano Guimarães Sepúlveda.

É, no essencial, o relatório do que interessa.

Presentes os pressuposto de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Não foram arguidos questionamentos preliminares, e, não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Examino, inicialmente, o pleito desclassificatório sustentado pela defesa do apelante Benedito Leandro Rodrigues, almejando a desclassificação do delito de latrocínio perpetrado contra a vítima Antônio de Oliveira (art. 157, § 3º, segunda parte, CP) para o crime de homicídio (art. 121, CP) ou de lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, CP), tendo em vista que a vítima não faleceu no momento dos fatos, mas após permanecer diversos dias internado no hospital.

Registre-se que dúvidas não há quanto à autoria e materialidade dos delitos praticados pelos apelantes, uma vez que todos confessam, em juízo (f. 227/ 232), suas participações no evento, narrando com riqueza de detalhes o ocorrido.

Diante da minuciosa análise das provas acostadas aos autos, a meu ver, não há como se acolher o pleito desclassificatório, visto que os agentes, consciente e voluntariamente, praticaram dois delitos de latrocínio autônomos, contra as vítimas João de Oliveira e Antônio de Oliveira, ainda que o último tenha falecido cerca de 13 (treze) dias após os fatos.

Com efeito, verifica-se que os agentes, previamente acordados, se dirigiram à residência das vítimas

com o intuito de subtrair-lhes certa quantia em dinheiro, proveniente de suas aposentadorias, passando, contudo, a agredi-las de forma brutal e cruel, provocando-lhes diversas lesões corporais que foram as causas eficientes de suas mortes.

Sobre o resultado mais grave, com propriedade, a orientação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

> Roubo qualificado pelo resultado morte: latrocínio.
> A segunda parte do art. 157, § 3º, trata do roubo qualificado pelo resultado morte. É o denominado latrocínio.
> No caso, ao invés da lesão corporal grave, a violência física utilizada pelo agente, para poder concretizar a subtração de coisa móvel, acarreta a morte da vítima. É claro que o agente não tem, por finalidade primeira, a intenção de matar a vítima para, depois, executar a subtração. A morte não é, portanto, querida, nem o agente assume o risco de produzi-la, porque, se assim fosse, o tipo adequado seria o do art. 121, § 2º, I e V, do CP (homicídio cometido por motivo torpe, para assegurar a execução, a impunidade, ou a vantagem de outro crime), em concurso material com o roubo simples ou agravado, na forma consumada ou tentada, dependendo do caso. 'A morte não expressa, portanto, um tipo subjetivo doloso. O resultado morte decorre de um proceder culposo do agente na execução do delito de roubo, não de explicitação de um *animus necandi*. E, por isso, o *plus* qualificador deve ser debitado a ele a título de culpa para que não seja por pura responsabilidade objetiva. Como observa Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, p. 81), nos delitos qualificados pelo resultado, 'há um misto de dolo e culpa: o crime basicamente doloso torna-se mais grave, se sobrevém resultado culposo (não querido, nem mesmo eventualmente) derivado da inobservância do cuidado exigível'. No Código Penal, são detectáveis várias figuras delituosas que obedecem a essa linha de montagem. Assim, são construídos os tipos de extorsão qualificada, de extorsão mediante seqüestro qualificada, estupro qualificado, atentado violento ao pudor qualificado, lesão corporal seguida de morte etc [...] (FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora RT, 2007, p. 804).

Ademais, destaque-se que o resultado mais grave, a saber, a morte da vítima, independe da conduta dolosa do agente, bastando apenas que o resultado seja previsível, assumindo o risco de produzi-lo. Com propriedade, preleciona Weber Martins Batista:

> Por causa disso, durante muito tempo, doutrina e jurisprudência se viram tomadas de perplexidade, não faltando quem defendesse a idéia por último exposta, ou seja, a de que o tipo descrito no § 3º do art. 157 compreendia tão-somente os casos de roubo com morte dolosa. Hoje, pode-se dizer, é mais ou menos tranqüilo o entendimento de que a norma comporta as duas hipóteses, tanto a do agente que, para cometer o roubo ou garantir seu resultado, mata a vítima dolosamente, de propósito, como a de quem causa sua morte involuntariamente, sem a querer ou sem assumir o risco de produzi-la, mas desde que tal resultado seja previsível.
> Como disse o douto Desembargador Nauro Collaço, do TJSC, interpretando o pensamento praticamente unânime da Jurisprudência, configura-se o crime previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, se, com a violência usada com o fim de roubar a vítima, o agente causa a morte desta, mesmo que o evento fatal não fosse sua intenção (Ac. un., 2ª Câmara Criminal, 18.12.1985, AD 107.609). (BATISTA, Martins Weber. *O furto e o roubo no direito e no processo penal* - doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 277.)

Na espécie, as provas amealhadas ao longo da instrução criminal demonstram, claramente, que os apelantes agiram de maneira dolosa e previamente ajustados com o intuito de praticar delitos contra o patrimônio das vítimas João de Oliveira e Antônio de Oliveira.

Contudo, em decorrência da violência empregada para a consumação da subtração, acabaram por causar diversas e graves lesões corporais nas vítimas, mediante uso de pedaços de madeira, o que ocasionou o falecimento da vítima João de Oliveira imediatamente no local dos fatos, ao passo que Antônio de Oliveira, após padecer durante diversos dias internado em um hospital, veio a falecer posteriormente.

Quanto aos fatos, o réu Israel Flausino narra com minuciosa riqueza de detalhes todo o *iter criminis*, afirmando que:

> [...] que o declarante afirma que na segunda feira, dia 06/04/09, estava junto com seu amigo Fábio, vulgo 'Binho', no bar da Cida tomando pinga; Que depois de algum tempo também chegou o seu amigo Benedito, vulgo 'Kiko', e este começou a conversar sobre uma 'fita' que ele tava querendo fazer na casa de uns 'veinho', no bairro do DER, nesta cidade; Que o declarante continuou tomando pinga com eles e o Kiko ainda lhe disse que 'os veinho' são aposentados e tem dinheiro em casa, e que inclusive sabe o dia certo que eles recebem no banco; Que o Kiko ficou alugando a cabeça do declarante e de Fábio e então combinaram de irem na casa dos 'veinho' durante a noite para fazer a parada; Que por volta das nove horas da noite do dia seguinte, terça feira, dia 08/07/09, o declarante se encontrou com Kiko e o Binho no bar da Cida; Que todos se dirigiram para a casa dos 'veinho' e próximo do local, num matinho, o declarante e Kiko pegaram um pedaço de pau; Que arrombaram a porta da cozinha e entraram na casa; Que o declarante se dirigiu até o quarto da casa e se deparou com um 'veinho' que estava de pé, dentro do quarto; Que o declarante deu três golpes de pau contra a cabeça do veinho a fim de lhe desmaiar; Que o veinho caiu no chão e o declarante se dirigiu para o outro quarto; que no outro quarto estava o Kiko, sendo que o outro veinho já estava caído no chão e sangrando; Que o declarante viu que o veinho também estava com uma fronha amordaçando o seu pescoço; Que o declarante ainda escutou o veinho que o Kiko agrediu dizer que era para ele parar com aquilo; Que o declarante viu que a cabeça do veinho estava toda suja de sangue; Que em seguida, o Binho começou a revirar o guarda roupas do quarto do veinho que o Kiko tinha agredido fisicamente e encontrou uma caixinha de madeira trancada; Que o Binho abriu a referida caixinha com um martelo e pegou todo o dinheiro que estava ali; Que segundo o declarante, o Blnho também já estava com um aparelho celular da cor prata; [...] Que o declarante, o Kiko e o Binho, saíram correndo da

> casa e se dirigiram para a torre de celular que fica em cima do morro desta cidade; Que, nesta torre, contaram o dinheiro e o declarante viu que foi roubada a quantia de quinhentos reais em dinheiro; [...] Que, na manhã seguinte, o declarante, o Kiko e o Binho se encontraram no bar da Cida, onde beberam cervejas, pinga e jogaram sinuca, com o restante do dinheiro, ou seja, cinqüenta reais roubados [...] (f. 40/42).

Desse modo, conforme se verifica das provas produzidas ao longo da instrução criminal, ainda que os agentes não almejassem a morte das vítimas, mas apenas a subtração de valores, os mesmos assumiram o risco do resultado mais grave, devendo, pois, responder pelos dois delitos de latrocínio praticados.

Ora, o fato de a vítima Antônio de Oliveira não ter falecido no exato momento da ação delitiva não tem o condão de descaracterizar o delito de latrocínio praticado, pois dúvidas não há quanto à relação de causalidade entre o evento morte e as lesões provocadas pelos agentes com o emprego de pedaços de madeira no momento da subtração patrimonial. O próprio registro de óbito apresenta como *causa mortis* "uremia; insuficiência renal agudizada; traumatismo crânio-encefálico; politraumatismo; doença policística renal + IRC" (f. 112).

Portanto, não há como se desclassificar o delito de latrocínio perpetrado contra a vítima Antônio de Oliveira para o crime de homicídio (art. 121, CP) ou de lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, CP).

Noutro norte, também não há como se acolher a tese de que o apelante Fábio Júnior de Paula atuou com somenos importância no evento lesivo (art. 29, § 1º, CP), pois a sua atuação nos crimes de latrocínio foi direta e de extrema importância para as suas consumações.

Com efeito, o agente que contribui ativamente para a realização do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas, sendo sua participação de extrema relevância para o sucesso da empreitada criminosa, possuindo pleno domínio dos fatos, não pode ter sua conduta classificada como uma participação de menor importância, tendo, na verdade, atuado em coautoria, devendo, pois, responder pelo mesmo tipo penal.

No concurso de pessoas, não é necessário que todos os agentes pratiquem os mesmos atos executivos, sendo suficiente o encontro de vontades para perpetrar a infração penal. Alberto Silva Franco, ao versar sobre a incidência da figura da coautoria, expõe que:

> Co-autoria 'é a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente' (Muñoz Conde, ob. cit., p. 292). Cada co-autor é um autor e, por isso, deve apresentar as características próprias de autor (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., São Paulo, Editora RT, 2001, v. 1, p. 484).

Em seguida, conclui o mestre:

> Destarte, embora as contribuições dos co-autores para a concretização do fato criminoso possam materialmente variar, o resultado total deve ser debitado a cada um (ob. cit., p. 484).

Nesse sentido, também a orientação jurisprudencial:

> Penal. Processo penal. Latrocínio. Ausência de entrevista prévia dom o defensor. Nulidade relativa. Confissão extrajudicial. Condenação mantida. Desclassificação para homicídio. Impossibilidade. Participação de menor importância rejeitada. Pena de multa. Proprocionalidade. Redução. - A ausência de entrevista prévia do réu com seu advogado representa nulidade relativa, cujo prejuízo cabe à parte comprovar, estando, inclusive, sujeita à preclusão. A confissão extrajudicial do réu, aliada à delação do co-réu e ao acervo probatório produzido, torna certa a autoria do delito. Inviável a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio se comprovada a intenção dos réus de subtrair pertences da vítima. Impossível o reconhecimento da participação de menor importância quando o agente atua durante todo o *iter criminis* como protagonista, e não como mero figurante, contribuindo ativa e conscientemente para o sucesso da empreitada criminosa. A pena de multa deve ser fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade, já que ambas as sanções devem obedecer aos parâmetros previstos no art. 59 do CP. (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.00-24.06.000879-4/001; Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, v.u., j. em 04.07.2007; in *DOMG* de 02.08.2007.)

> Penal. Latrocínio. Materialidade e autoria comprovadas. Réu como autor intelectual do delito. Morte da vítima. Subtração inexistente. Irrelevância. Desclassificação para homicídio. Impossibilidade. *Animus furandi* evidente. Participação de menor importância. Inocorrência. Prova segura da coautoria do apelante. Condenação mantida. Pena de multa. Proporcionalidade com a pena corporal. Recurso a que se dá parcial provimento. - Para a configuração do latrocínio, não se exige o aperfeiçoamento da subtração, bastando o escopo patrimonial a mover os agentes e o resultado-morte da vítima, segundo a inteligência da Súmula 610 do STF. - Presente o fim patrimonial na conduta do agente, deve ele responder por latrocínio, não por homicídio, quando a morte da vítima resulta da ação criminosa que desencadeou. - Configurando-se relevante a atuação do réu para a empreitada delituosa, não há que se falar em participação, mas sim em coautoria. É autor o agente que realiza uma parte necessária do plano global (domínio funcional do fato), embora a sua ação não evidencie, por si só, um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena corporal fixada. Recurso provido em parte. (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, Ap. nº 1.0647.05.05-4576-1/001, v.u., j. em 16.10.2007; in *DOMG* de 25.10.2007.)

Na espécie, enquanto os comparsas Israel Flausino e Benedito Leandro agrediam as vítimas com pauladas, o réu Fábio Júnior se encarregou de realizar as buscas na residência com o objetivo de encontrar dinheiro e

outros objetos de valor, tendo, de fato, localizado uma caixinha onde a vítima João de Oliveira havia escondido o dinheiro proveniente de sua aposentadoria, além de um telefone celular.

Merece destaque trecho do parecer do il. representante do *Parquet*, demonstrando a efetiva e necessária participação do apelante Fábio Júnior de Paula no evento, nos seguintes dizeres (f. 292/298):

> [...] Fábio Júnior (Binho) entrou na casa das vítimas, junto com Israel Flausino e Benedito Leandro. Enquanto estes abatiam as vítimas a pauladas, ele se encarregou de fazer buscas por dinheiro e objetos de valor no quarto da vítima João de Oliveira, onde encontrou o dinheiro e o telefone celular. Portanto, o tempo todo, ele tinha conhecimento do que seus dois comparsas faziam, sabendo que era devido à ação deles (golpear as vítimas, matando-as), que permitia que ele pudesse revirar o quarto de uma delas e pegar o dinheiro e o telefone celular. Portanto ele tinha o domínio do fato, e sua conduta não pode ser considerada meramente acessória ou de menor importância. Ele estava ciente de que atuava em um roubo, no qual as vítimas eram previamente mortas a pauladas. Não tem como ele dizer que não sabia que as vítimas iriam ser mortas, porque o tempo todo esteve ali junto com Israel e Benedito, viu eles agredirem as vítimas a pauladas, viu as vítimas caídas e feridas, e ainda assim pegou o dinheiro, o telefone celular, e recebeu sua parte na divisão do dinheiro, bem como ficou com o telefone celular. Sua atuação não é a de quem queria participar do crime menos grave, ou foi de menor importância. Ele anuiu e aderiu à conduta violenta de seus comparsas, e sua ação foi fundamental para a concretização da subtração do patrimônio visado.
>
> Quando o conjunto probatório indica, com segura certeza, a anuência prévia de todos os corréus na pratica do roubo, não há que se falar em absolvição. Não havendo o rompimento do liame subjetivo havido entre os agentes, não há que se falar em participação de menor importância, tampouco em responsabilização pelo crime menos grave, porque, em se tratando de roubo com emprego de arma, respondem pelo resultado morte todos os que, mesmo não tendo de mão própria realizado o ato letal, planejaram e executaram o tipo básico, assumindo o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa [...].

Logo, mostra-se incabível a aplicação da causa de diminuição relativa à "participação de menor importância" (art. 29, § 1º, CP), uma vez que restou provado nos autos que o recorrente teve participação ativa no evento criminoso, estando plenamente conluiado com os demais corréus para o intento criminoso, permitindo, com sua conduta, o sucesso e o apossamento da *res*, restando plenamente caracterizada a figura do concurso de pessoas e da coautoria.

Por outro lado, a meu ver, deve incidir no caso em análise a regra do concurso formal de delitos, conforme enuncia o art. 70 do Código Penal, ao invés do aplicado concurso material de delitos (art. 69, CP) ou mesmo a hipótese de crime único, pois, ainda que as subtrações tenham ocorrido num mesmo contexto fático, mediante ação única, esta foi desdobrada em diversos atos distintos, gerando pluralidade de vítimas e de resultados, tratando-se de crimes idênticos e da mesma espécie.

Ainda que em ação única, cada vítima sofreu a lesão patrimonial pela subtração, assim como, pelo emprego de violência e grave ameaça, ofensa à sua integridade física, o que ocasionou as suas mortes.

Corroborando este entendimento, trago à colação a orientação jurisprudencial:

> Apelação criminal. Delitos de latrocínio. Reconhecimento de crime único. Inadmissibilidade. Aplicação da regra do concurso formal. Redução da reprimenda. Inviabilidade. - A subtração de objetos de vítimas diferentes e patrimônios distintos, fracionada em diversos atos isolados mediante uma só ação dos agentes, caracteriza o concurso formal. A pena-base aplicada acima do mínimo legal após criteriosa análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não comporta alteração. (TJMG, 4ª Câmara Criminal. Ap. nº 1.0702.06.334930-3/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, v.u., j. em 29.10.2008; pub. no *DOMG* de 24.11.2008.)

> Recurso especial. Penal. Latrocínio. Duas mortes. Única subtração patrimonial. Concurso formal. Maus antecedentes. Processos penais em andamento. Exasperação da pena-base. Princípio da presunção de inocência. Reincidência. Necessidade de agravamento. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. - O crime de latrocínio cometido contra duas ou mais vítimas, mediante uma só ação, configura concurso formal e não crime único. Precedentes. Em atenção ao princípio da presunção de inocência, não se pode exasperar a pena-base quando existentes inquéritos e processos em andamento. A reincidência é agravante. A sua desconsideração acarreta ofensa à lei federal e aos princípios da isonomia e da individualização da reprimenda. Estando o latrocínio dentre aqueles elencados pela Lei dos Crimes Hediondos, impõe-se o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado. Recurso parcialmente provido. (STJ, 5ª Turma, REsp nº 729772/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; j. em 28.09.2005, in *DJU* de 07.11.2005, p. 369.)

> *Habeas corpus*. Direito penal. Roubo qualificado pelo resultado morte. Duas vítimas. Concurso formal impróprio.
>
> 1. Na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, no caso de latrocínio (artigo 157, parágrafo 3º, parte final, do Código Penal), uma única subtração patrimonial, com dois resultados morte, caracteriza concurso formal impróprio (artigo 70, parte final, do Código Penal). Precedente.
>
> 2. Ordem parcialmente concedida. (STJ, 6ª Turma, *HC* 33618/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, v.u., j. em 31.05.2005; pub. *DJU* de 31.05.2006, p. 333).
>
> Sendo duas as vítimas abordadas, em um único contexto fático e, tendo o acusado ciência de que investia contra o patrimônio de pessoas diversas, ensejando danos patrimoniais absolutamente distintos, aplicável a regra do concurso formal. (STJ, 5ª Turma, *HC* 29944/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, v.u., j. 16.09.2003; in *DJU* de 13.10.2003, p. 395).

Logo, pedindo respeitosas vênias ao il. Magistrado sentenciante, a hipótese dos autos se amolda ao concurso formal, razão por que, tratando-se de dois delitos de latrocínio, o aumento da pena deverá ser fixado no patamar mínimo de 1/6 (um sexto).

Ainda assim, verifico que a dosimetria das penas impostas aos apelantes João de Oliveira e Israel Flausino

merece um pequeno ajuste quanto às penas-base estabelecidas, eis que aplicadas acima do mínimo legal, em patamar exacerbado, sem que tivessem sido apresentadas justificativas plausíveis para essa finalidade.

Ora, não se pode esquecer que o objetivo da pena não é eternizar o sofrimento do acusado, nem infernizar a sua vida, mas, sim, reeducá-lo, para que possa integrar-se à sociedade. A propósito, sobre o tema, preleciona Cláudio Heleno Fragoso:

> A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinqüentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Parte Geral, 16. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 357.)

No caso em exame, além de suas intensas culpabilidades e das graves consequências dos delitos, a personalidade e a conduta social dos apelantes foram sopesadas negativamente, quando, na verdade, não podemos considerá-las desfavoráveis por falta de elementos para aferi-las.

De acordo com a doutrina dominante, conduta social diz respeito ao

> conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de fatos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 555.)

Já a aferição da personalidade reclama um laudo técnico, pois tem a ver com

> a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu (idem - ob. cit., p. 555).

Ora, não havendo elementos para avaliar a conduta social e a personalidade dos apelantes, não devem elas influir negativamente na dosimetria das penas, motivo pelo qual se faz necessário o abrandamento das penas.

Registre-se que, embora se deva reconhecer a incidência das agravantes previstas no art. 61, inciso II, alíneas *c, d* e *h*, do Código Penal, mantenho a compensação destas com a atenuante da confissão espontânea prestada por todos os réus, sob pena de incidir no defeso *reformatio in pejus*. Pelos mesmos argumentos, mantenho a compensação da referida agravante com a circunstância atenuante da menoridade do réu Fábio Júnior de Paula, ante a ausência de inconformismo ministerial.

Por oportuno, embora tenha agido imbuído de intensa culpabilidade e sendo as consequências do delito de extrema gravidade, à semelhança de seus comparsas, tendo as penas-base do réu Fábio Júnior de Paula sido estabelecidas no patamar mínimo legal, mostra-se incabível a sua alteração, também sob pena de incidir no defeso *reformatio in pejus*.

Passo, pois, à dosimetria das penas dos apelantes em relação a cada uma das vítimas (Antônio de Oliveira e João de Oliveira), incursos nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Assim, em relação ao apelante Fábio Júnior de Paula, tanto pelo delito praticado contra Antônio de Oliveira quanto à vítima João de Oliveira, na primeira fase, mantenho a pena-base no patamar mínimo legal de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa; na segunda fase, mantenho a compensação das agravantes e das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, nos moldes aplicados pelo magistrado sentenciante. Na terceira fase, ante a inexistência de circunstâncias modificadoras, concretizo a reprimenda no patamar estabelecido na primeira fase, em 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Tendo os delitos sido praticados em concurso formal, com fulcro no art. 70 do Código Penal, adoto uma das penas impostas ao apelante Fábio Júnior de Paula, uma vez que estabelecidas no mesmo patamar de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, majorando-a na fração de 1/6 (um sexto), de modo a concretizá-las em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal.

Em relação ao apelante Benedito Leandro Rodrigues, tanto pelo delito praticado contra Antônio de Oliveira quanto contra a vítima João de Oliveira, na primeira fase, reduzo a pena-base para patamar ligeiramente acima do mínimo legal, mas sem exacerbação, fixando-a em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa; na segunda fase, mantenho a compensação das agravantes e das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, nos moldes aplicados pelo Magistrado sentenciante. Ressalte-se que a agravante da reincidência (CAC - f. 127-128) foi devidamente analisada na primeira fase da dosimetria, de modo a evitar o *bis in idem*. Na terceira fase, ante a inexistência de circunstâncias modificadoras, concretizo a reprimenda no patamar estabelecido na primeira fase, em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Tendo os delitos sido praticados em concurso formal, com fulcro no art. 70 do Código Penal, adoto uma das penas impostas ao apelante Benedito Leandro Rodrigues, uma vez que estabelecidas no mesmo patamar de 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, majorando-a na fração de 1/6 (um sexto), de modo a concretizá-las em 25 (vinte e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal.

Em relação ao apelante Israel Flausino, tanto pelo delito praticado contra Antônio de Oliveira quanto contra a vítima João de Oliveira, na primeira fase, reduzo a pena-base para patamar ligeiramente acima do mínimo legal, mas sem exacerbação, fixando-a em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa; na segunda fase, mantenho a compensação das agravantes e das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, nos moldes aplicados pelo Magistrado sentenciante. Ressalte-se que a agravante da reincidência (CAC - f. 122/126) foi devidamente analisada na primeira fase da dosimetria, de modo a evitar o *bis in idem*. Na terceira fase, ante a inexistência de circunstâncias modificadoras, concretizo a reprimenda, no patamar estabelecido na primeira fase, em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Tendo os delitos sido praticados em concurso formal, com fulcro no art. 70 do Código Penal, adoto uma das penas impostas ao apelante Israel Flausino, uma vez que estabelecidas no mesmo patamar de 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, majorando-a na fração de 1/6 (um sexto, de modo a concretizá-las em 25 (vinte e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal.

Mantém-se o regime inicialmente fechado para o cumprimento das penas corporais, já que as circunstâncias judiciais e o modo como os delitos foram praticados não autorizam um regime mais brando.

Incabível, na espécie, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (art. 44), bem como a suspensão da execução da pena (art. 77), pois não bastasse a pena aplicada superar o limite objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP, não se pode perder de vista que o delito foi praticado com violência e grave ameaça, o que inviabiliza a concessão desses benefícios.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se dar parcial provimento aos recursos para se reduzir as reprimendas impostas aos apelantes, bem como para aplicar a regra do concurso formal de delitos (art. 70, CP), concretizando as penas de cada um nos seguintes patamares: Fábio Júnior de Paula em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado e 11 (onze) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal; Benedito Leandro Rodrigues e Israel Flausino em 25 (vinte e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa, graduados no patamar mínimo legal, mantendo, no mais, incólume a r. sentença reprochada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e JANE SILVA.

Súmula - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

...

Execução da pena - Indulto - Condenado paraplégico - Concurso de crimes - Cometimento de um dos crimes após a paraplegia - Benefício negado - Decisão - Fundamentação - Validade

Ementa: Agravo. Decisão satisfatoriamente fundamentada encampando parecer ministerial. Nulidade inexistente. Indulto humanitário. Condenado paraplégico. Concurso de crimes sendo um deles posterior à paraplegia. Benefício vedado.

- "O juiz pode, na decisão, encampar os fundamentos do Ministério Público, sempre que os entender suficientes. Nessa hipótese, não vale falar em nulidade da decisão por falta de fundamentação." (R*HC* 8.376-PR, 5ª T., Rel. Edson Vidigal, *DJ* de 21.06.1999, p. 174.)

- Na hipótese de concurso de crimes, se o decreto nega o benefício a um deles, o condenado não pode receber o indulto, ainda que em relação aos demais crimes estejam atendidos os requisitos objetivos e subjetivos.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.09.509003-1/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Paulo Henrique Viana de Melo - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Paulo Henrique Viana de Melo interpõe recurso de agravo, na forma do art. 197 da Lei de Execução Penal, contra r. decisão de f. 41-TJ, que indeferiu o pedido de indulto, nos termos do art. 1°, inciso VII, do Decreto n° 6.706/2008.

Nas razões de f. 143/154-TJ, a douta defesa alega, em preliminar, que a decisão estaria carente de fundamentação. No mérito, diz que das 6 (seis) condenações que o agravante tem contra si, 5 (cinco) delas são anteriores à época em que se tornou paraplégico, razão pela qual faz jus ao benefício do indulto especificamente com relação a tais crimes.

Invoca o art. 5°, incisos III e XLIX, da Constituição Federal, bem como o art. 38 do Código Penal, dizendo, mais adiante, que o Decreto n° 6.708/2008 "não estabelece se, para a concessão do indulto, os crimes podem ser avaliados de forma separada", de forma que, no entender do recorrente, deveria ser aplicado analogicamente o art. 119 do Código Penal, podendo ser concedido o indulto apenas aos crimes anteriores à paraplegia, deixando de alcançar apenas os delitos posteriores àquela condição.

Pugna pelo provimento do recurso, "concedendo o indulto ao suplicante quanto às condenações anteriores à paraplegia".

Contrariedade recursal deduzida às f. 43/47-TJ, rebatendo os argumentos recursais e pugnando pela manutenção do *decisum*.

O recurso foi devidamente recebido e, na fase do art. 586 do Código de Processo Penal, a decisão foi mantida em sua integralidade (f. 48-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 59/63-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Preliminar:

Recebo como preliminar de nulidade a alegação de que a sentença estaria desprovida de fundamentação, contudo, adianto que não vislumbro qualquer vício na decisão fustigada.

Conforme se apura à f. 41-TJ, o douto Juízo *a quo* fez expressa menção aos documentos e ao dispositivo em que baseou o indeferimento, e, para fundamentar sua decisão, ainda se reportou aos termos do parecer ministerial, *in verbis*:

> Nos termos do parecer do Ministério Público (f. 640), aliado ao cálculo de f. 502/503 e documentos de fl. 525 e 535, indefiro o pedido de indulto, nos termos do art. 1°, VII do Decreto n. 6.706/08 (f. 41-TJ).

Portanto, embora sucinta, não se pode afirmar que a decisão esteja carente de fundamentação porque, ao invocar os fundamentos do parecer ministerial, o Julgador externou os motivos do indeferimento do indulto, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que basta para afastar a pecha de nulidade.

E não se diga que o Julgador, em sua decisão, não pode referir-se ao parecer ministerial e tomá-lo como parte de seu *decisum*. Ora, ressaltando expressamente o Juiz que acolhe as razões lançadas pelo Ministério Público, seria inútil exigir a mera reprodução, com outras palavras, daquele mesmo entendimento.

Nessa esteira é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> Fundamentos baseados no parecer do Ministério Público: admissibilidade. Se o parecer do representante do Ministério Público estiver bem estruturado, apontando e esgotando toda a análise das provas, que estão a demonstrar a necessidade da prisão preventiva, nada impede que o juiz o acolha integralmente. Seria inútil exigir do magistrado a mera reprodução, em suas próprias palavras, novamente (in *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 8. ed. 2008. p. 628).

Nesse sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> O juiz pode, na decisão, encampar os fundamentos do Ministério Público, sempre que os entender suficientes. Nessa hipótese, não vale falar em nulidade da decisão por falta de fundamentação. (*RHC* 8.376-PR, 5ª T., Rel. Edson Vidigal, *DJ* de 21.06.1999, p. 174.)

Ante o exposto, rejeito a prefacial.

II - Mérito:

Reza o art. 1°, inciso VII, alínea a, do Decreto 6.706/2008, que é concedido indulto

> Ao condenado paraplégico, tetraplégico ou portador de cegueira total, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução.

Há, portanto, a necessidade de inequívoca comprovação da deficiência física ou visual, além da demonstração de que tais condições são supervenientes ao delito.

In casu, não há dúvidas sobre a paraplegia do condenado, sendo que tal fato se deu há mais de 8 (oito) anos, conforme atestam os laudos de f. 16/19-TJ, ou seja, por volta do ano 2001. Entretanto, o réu cumpre pena por seis delitos (total de 38 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão) e um deles é posterior à paraplegia, conforme se apura do levantamento de penas de f. 22-TJ.

Logo, a controvérsia veiculada neste agravo consiste em saber se o indulto humanitário pode ser concedido de maneira individualizada para cada um dos delitos praticados pelo condenado paraplégico, ou se, ao revés, todas suas condenações devem ser somadas e analisadas de maneira global, e, se algum dos crimes for posterior à paraplegia, o benefício não pode ser concedido.

Não se olvidando os valiosos argumentos trazidos pelo digno causídico do agravante, o qual demonstra aguçada sensibilidade e notável erudição sobre o tema, não prospera a pretensão recursal em apreço, *data venia*.

Não me parece possível a aplicação analógica do art. 119 do Código Penal à hipótese em testilha, não havendo como se aplicar o indulto, isoladamente, para cada um dos delitos praticados pelo agravante. Isso porque não há lacuna no referido diploma legal, sendo que para hipóteses como as dos presentes autos, o art. 7º do Decreto nº 6.706/08 foi expresso ao dizer que "As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação".

Vale lembrar, ainda, que o indulto sempre merece interpretação restrita, não podendo ser concedido fora daquelas hipóteses expressamente previstas pelo chefe do Poder Executivo, que tem competência discricionária e exclusiva para definir os limites do benefício, de acordo com os critérios da conveniência e oportunidade.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Execução penal. Indulto. Decreto 5.620/05. Preenchimento dos requisitos. Não-ocorrência. Patologias. Rol taxativo. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem denegada. 1. O Decreto 5.620/05 autoriza o indulto ao condenado 'paraplégico, tetraplégico ou portador de cegueira total, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do ato e comprovadas por laudo médico oficial ou, na falta deste, por dois médicos, designados pelo Juízo da Execução' (art. 1º, VI, a). 2. O benefício do indulto, espécie da *clementia principis*, é de interpretação restrita, devendo ser concedido apenas quando estritamente preenchidos os requisitos expressos na norma regulamentadora. 3. Na hipótese em apreço, o Juízo singular indeferiu o benefício, sob o argumento de que o paciente não preenche os requisitos estabelecidos no Decreto 5.620/05, uma vez que não é portador de cegueira total. 4. Para se acolher a pretensão aduzida pelo impetrante, necessário seria extrapolar os limites do texto normativo, cuja interpretação cabe ao magistrado, na medida em que impõe a ampliação do rol de patologias/conseqüências taxativamente estabelecido no decreto, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal. 5. Ordem denegada. (STJ - *HC* 93841/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 02.02.2009.)

Assim, como se não bastasse o fato de não poder haver interpretação analógica ou extensiva para a concessão de indulto, sob pena de afronta ao art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, o acolhimento da pretensão recursal importaria violação frontal ao art. 7º do Decreto nº 6.706/2008, que obriga a cumulação de todas as penas para que haja a concessão do benefício.

Verificando-se que um dos delitos foi praticado no momento em que o apenado já era paraplégico, não cumprindo, assim, o requisito da não anterioridade da deficiência a que se refere o art. 1º, inciso VII, alínea a, do aludido decreto, não há como dar guarida ao inconformismo recursal.

Oportuna a lição de Renato Marcão:

> Na hipótese de concurso de crimes, se o decreto negar a concessão do benefício a um deles, o condenado não receberá o indulto, ainda que em relação aos demais crimes praticados em concurso atenda aos requisitos objetivos e subjetivos (*Curso de execução penal*. 7. ed., Saraiva, p. 301).

Esta colenda Câmara já se manifestou no mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

> Furto. Formação de quadrilha. Tráfico. Agravo. Comutação. Impossibilidade. Quando se tratar de concurso de crimes, mesmo que o sentenciado preencha os requisitos de indulto para um dos crimes praticados, impossível a concessão do benefício (Agravo 1.0000.00.225702-0/000, Rel. Desembargador Herculano Rodrigues, j. em 18.10.2001).

Mercê de tais considerações, na esteira do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Agravo regimental no agravo de instrumento - Penal - Roubo circunstanciado - Ausência de apreensão e perícia na arma de fogo - Dispensabilidade, quando existem outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime - Precedentes desta colenda Turma e do Supremo Tribunal Federal - Recurso desprovido

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Recurso desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.096.679-MG - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Agravante: Deivisson Lúcio Ramos. Advogada: Tatiana Siqueira Lemos - Defensora Pública da União. Agravante. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Trata-se de agravo regimental interposto por Deivisson Lúcio Ramos, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra decisão de minha lavra que negou provimento ao agravo de instrumento, assim ementada:

> Agravo de instrumento. Penal. Aplicação da qualificadora de emprego de arma de fogo. Ausência de apreensão e perícia da arma. Outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Súmula nº 83 desta Corte. Recurso desprovido (f. 321).

Nas razões do regimental, o Agravante alega que

> não se aplica ao caso o verbete da súmula 83 deste STJ. De fato, a orientação deste Tribunal ainda não se firmou no sentido da decisão recorrida, como se verifica de diversos julgados da E. 6ª Turma, inaugurados pelo julgamento do REsp nº 998.634/RS, de relatoria da Minª Jane Silva (f. 328).

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Cumpre ressaltar, de início, que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte - relativa à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal - é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, que enseja, inclusive, divergência entre as Turmas que compõem a Eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, também no âmbito do Col. Supremo Tribunal Federal, as decisões sobre a matéria não encontravam uniformidade, o que levou a Primeira Turma daquela Corte, em sessão do dia 03.2.2009, a afetar o julgamento do *Habeas Corpus* nº 96.099/RS ao Tribunal Pleno, sobrestando todos os feitos que tramitavam no colegiado em igual situação.

Em sessão do dia 19.2.2009, o Plenário da Suprema Corte indeferiu a ordem postulada no mencionado *writ*, firmando orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, *quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime*.

Veja-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

> Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.
> I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.
> II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.
> III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial

pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.
IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.
V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.
VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.
VII - Precedente do STF.
VIII - Ordem indeferida. (STF, *HC* 96.099/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 5.6.2009.)

Confiram-se, ainda, no mesmo sentido, os recentes julgados de ambas as Turmas que compõem o Excelso Pretório, *in verbis* :

Habeas Corpus. Roubo. Concurso de atenuantes e agravantes. Arma não apreendida e não periciada. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ordem denegada.
1. A questão de direito tratada nos autos deste *habeas corpus* diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.
2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso, no roubo, por outros meios de prova.
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.
4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o art. 67 do Código Penal é claro 'ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadra-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa'.
5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, *HC* 71.094/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 04.08.95.
6. *Habeas Corpus* denegado. (*HC* 99.446/MS, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJe* de 11.9.2009.)

Habeas Corpus. Crimes contra o patrimônio. Roubo. Causa especial de aumento de pena. Emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Confissão judicial e declarações da vítima. Valor probante. Ordem denegada.
1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples.
2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes.
Ordem denegada. (*HC* 98.227/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* de 07.8.2009.)
Habeas Corpus. Penal. Sentença penal condenatória. Crime do art. 157, § 2º, inciso I, do CP. Incidência da majorante em razão da arma de fogo. Precedentes.
1. Firmado nesta Corte Suprema o entendimento de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma.
2. Habeas corpus denegado. (*HC* 94.831/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe* de 21.8.2009.)

Penal. Habeas Corpus. Art. 157 § 2º, I e II, do Código Penal. Crime de roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Concurso de duas ou mais pessoas. Arma não apreendida. Prescindível apreensão da arma. Elementos suficientes de convicção. Precedente citado.
1. A qualificadora de uso de arma de fogo independe da apreensão da arma, bastando, para sua incidência, que constem dos autos elementos de convicção suficientes à comprovação de tal circunstância.
2. Ordem denegada. (*HC* 92.451/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 06.2.2009.)

A propósito, cumpre salientar que, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma utilizada no crime, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar sua efetiva utilização no crime.

Por oportuno, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

Penal. *Habeas Corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia. Prescindibilidade. Regime prisional mais rigoroso. Reiteração de outro *habeas corpus*. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.
1. A jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização .
2. A alegação de ausência de fundamentação a demonstrar a necessidade de regime prisional mais rigoroso resta prejudicada, uma vez que já apreciada pela Quinta Turma, em 29.9.09, no julgamento do *HC* 104.622/SP.
3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (*HC* 116.104/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 3.11.2009; sem grifo no original.)

Habeas Corpus. Roubo duplamente circunstanciado. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Pena concretizada: 6 anos e 10 meses de reclusão, regime fechado. Utilização de arma de fogo. Desnecessidade de apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa especial de aumento de pena. Precedentes do STJ e do STF. Ausência de fundamentação concreta para a majoração, em 3/8, da fração relativa às causas de aumento. Regime inicial fechado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Parecer do MPF

pela denegação do *writ*. *Habeas Corpus* concedido em parte, tão só e apenas para que seja fixado no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2°. do CPB.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.

2. Justificada a elevação da pena-base em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), não há qualquer ilegalidade no estabelecimento de regime prisional mais gravoso. Precedentes do STJ.

3. Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em 3/8, em razão, tão só, da existência de duas causas de aumento de pena, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para que seja fixado no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2° do CPB. (*HC* 131.162/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 21.9.2009; sem grifo no original.)

Habeas Corpus. Processual penal. Roubo circunstanciado. Pena-base acima do mínimo legal. Maus antecedentes. Processos em andamento e condenações sem trânsito em julgado. Ofensa ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Apreensão da arma de fogo para a majoração prevista no inc. I, § 2°, do art. 157, do Código Penal. Desnecessidade, desde que comprovado nos autos a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu na espécie. Inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Réu primário, de bons antecedentes. Regime inicial fechado para cumprimento da pena. Impropriedade. Inobservância do disposto no art. 33, § 2°, alínea b, e § 3° do Código Penal.

1. É entendimento consolidado desta corte que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, inclusive, sentença condenatória sem o trânsito em julgado, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para agravar a pena-base do condenado.

2. Afigura-se dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que existam nos autos, como é o caso ora em tela, outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Precedentes da Quinta Turma.

3. Ademais, o Tribunal a quo, soberano na análise da matéria fático-probatória, afirmou, em sede de apelação, não existir qualquer dúvida do emprego da arma de fogo para o exercício da grave ameaça. Assim, afastar tal conclusão ensejaria, necessariamente, um aprofundado exame de prova, o que se afigura inviável na via estreita do *writ*.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2° e 3°, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n° 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, retificar a dosimetria da pena aplicada ao Paciente, nos termos acima consignados, tornando a pena definitiva, em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo da Execuções Penais. (*HC* 92.665/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 8.9.2009; sem grifo no original.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010. *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJ* de 22.03.2010.)

...

Penal - Recurso especial - Corrupção de menores - Crime formal - Prévia corrupção do adolescente - Criação de novo risco ao bem jurídico tutelado - Interpretação sistêmica e teleológica da norma penal incriminadora - Tipicidade da conduta reconhecida - Recurso provido - Prescrição intercorrente - Extinção da punibilidade

1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1° da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

2. O art. 1° da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. O fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. O bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

4. Considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável - pois não pode ser mais corrompido - em virtude da prática de atos infracionais.

5. A Lei 12.015/09 revogou expressamente o art. 1º da Lei 2.252/54; contudo, não há falar em descriminalização da conduta de corrupção de menores, uma vez que esta passou a figurar no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. Condenação do recorrido à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 244-B do ECA.

7. Nos termos do que estabelece o art. 109, V, do Código Penal, o prazo prescricional, na espécie, é de 4 anos. Decorridos mais de 4 anos entre a data do fato, ocorrida em 26.4.04 (f. 6), e a presente data, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição superveniente.

8. Recurso especial conhecido e provido para condenar FÁBIO RODRIGUES DE ALMEIDA pela prática do delito previsto no art. 244-B do ECA. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, declarando-se a extinção da punibilidade.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.160.429 - Relator: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Fábio Rodrigues de Almeida. Advogados: Andrea Abritta Garzon Tonet - Defensora Pública e outros.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de março de 2010 (data do Julgamento). - *Ministro Arnaldo Esteves Lima* - Relator.

Relatório

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, assim ementado (f. 184):

> Apelação. Roubo. Absolvição. Não cabimento. Corrupção de menores. Crime. Inocorrência. - Não há que se falar em absolvição se o conjunto probatório é firme e consistente em apontar a prática pelo apelante do crime narrado na denúncia, emergindo clara sua responsabilidade penal à vista da prova trazida nos autos. Tratando-se de delito material, não restando perlustrada a corrupção do menor pelo maior, absolvido deve ser o denunciado da infração descrita no art. 1º da Lei 2.252/54.

Sustenta o recorrente dissídio jurisprudencial com julgados do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao delito de corrupção de menores, aduzindo tratar-se de crime formal, sendo desnecessário, para sua configuração, que se demonstre a efetiva corrupção do inimputável.

Requer o provimento do feito para que seja o recorrido condenado pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei 2.252/54.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 219/223.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, opinou pelo provimento do recurso especial (f. 238/243).

É o relatório.

Voto

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator): Cinge-se a controvérsia à possibilidade ou impossibilidade de configuração do crime de corrupção de menores na hipótese em que o maior de 18 anos pratica delito com adolescente que declara já ter participado de outros assaltos.

É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Na presente hipótese, já em primeira instância, o réu foi absolvido da prática do delito em exame pelos seguintes fundamentos (f. 124):

> Não merece prosperar o delito em exame (corrupção de menores), tendo em vista que o próprio menor infrator informou que já havia participado de outros assaltos, restando claro que não fora ele corrompido, pelo acusado.

Por ocasião do julgamento da apelação, a Corte de origem consignou inexistir provas da efetiva corrupção do menor, consoante se observa do seguinte excerto do acórdão recorrido (f. 187):

> Acerca do crime do art. 1º da Lei nº 2.252/54 - corrupção de menores -, tenho tratar-se de um delito material, sendo necessário para sua configuração a prova da efetiva corrupção do menor, prova esta inexistente no vertente caso.
> Depois de examinar com acuidade o caderno processual, pude aferir que, ao que tudo indica o menor quando da prática da infração penal com o acusado Fábio Rodrigues de Almeida já era corrompido, senão vejamos:
> '[...] que o informante já se envolveu em outro assalto no Bairro Céu Azul, em uma casa lotérica e já praticou assaltos a pedestres em Sete Lagoas [...]' (f. 09/10).
> Não havendo, portanto, prova no sentido de que o réu corrompeu o menor induzindo-o ou com ele praticando infração penal, não vejo outro caminho a seguir, senão manter a absolvição hostilizada.

Com efeito, o art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei 8.069/90, art. 3º).

Diante de tais considerações, dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta prevista no dispositivo legal em exame, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável - pois não pode ser mais corrompido - em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida.

Todavia, tal entendimento, como visto, fere o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se observar que até mesmo a internação, medida socioeducativa privativa de liberdade e de maior gravidade aplicável ao menor infrator, está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 121, *caput*).

Conveniente destacar as considerações do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que, com muita propriedade, asseverou:

> O delinquente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores porque, antes, o adolescente incursionara no caminho do crime. Acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é. A teleologia da lei busca impedir a atração de jovens (não se esgota em uma só vez) para a criminalidade. A corrupção vai se consolidando à medida em que alguém busca a colaboração do menor para a prática do ilícito penal. Não há limites estanques. Enseja graduação. A repetição da conduta delituosa vai, a pouco e pouco, corroendo a personalidade. O tipo penal se faz presente, assim também quando o jovem é atraído, mais uma vez, para o campo da delinquência. Não há perfeita igualdade com o crime do mencionado art. 218 do Código Penal, onde vozes há que excluem a criminalidade se a vítima estiver integrada na prática da vida sexual. Importante: o objeto jurídico é outro. Na Lei nº 2.252/54 busca-se impedir o estímulo de ingresso ou permanência na criminalidade. (REsp 182.471/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, *DJ* 21.6.99.)

Nesse sentido encontram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas Corpus*. Penal e processual penal. Corrupção de menores. Crime formal. Alegação de atipicidade da conduta. Via imprópria.
> 1. O delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é crime formal, que prescinde da efetiva corrupção do menor, bastando, para sua configuração, a prova de participação do inimputável em empreitada criminosa na companhia de agente maior de 18 anos.
> 2. Não é possível, na via exígua do *habeas corpus*, proceder a amplo reexame dos fatos e das provas para absolver os réus, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta quanto à existência do crime e a certeza da autoria.
> 3. Ordem denegada. (*HC* 83.482/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJ* 10.9.07.)

> Penal. Corrupção de menores. Art. 1º da Lei nº 2.252/54. Caracterização.
> 1 - Segundo precedentes deste STJ o delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo sufi-

ciente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos).
2 - A legislação visa, em última *ratio*, a degradação da personalidade do menor, com repetidos aliciamentos para o crime, sendo, pois, irrelevante a constatação de ter sido, em data anterior, autor de ato infracional.
3 - Recurso conhecido e provido. (REsp 445.633/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, *DJ* 4.8.03.)

Criminal. Recurso especial. Corrupção de menores. Absolvição. Impossibilidade. Crime formal. Prescindibilidade de prova da efetiva corrupção do menor. Recurso provido.
I - O objeto jurídico tutelado pelo tipo em questão é a proteção da moralidade do menor e visa coibir a prática de delitos em que existe sua exploração. Assim, a corrupção de menores é crime formal, o qual prescinde de prova da efetiva corrupção do menor.II - Recurso provido para, dirimida a questão acerca da configuração do crime, determinar que os autos retornem ao juízo monocrático, para que este profira nova decisão. (REsp 107.594/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, *DJ* 4.2.02.)

Por fim, observa-se que, apesar de a Lei 12.015/09 ter revogado expressamente o art. 1º da Lei 2.252/54, não há falar em descriminalização da conduta de corrupção de menores, uma vez que esta passou a figurar no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, é de rigor a condenação do recorrido pela prática do delito previsto no art. 244-B do ECA.

Passo à dosimetria da pena.

Inicialmente, atento ao comando do art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade deve ser considerada normal, tendo em vista que o grau de reprovabilidade da conduta do recorrido foi regular. Não há notícias acerca da conduta social e nem elementos para aferir sua personalidade como negativa. Verifica-se, ainda, que o recorrido é primário. Os motivos e as circunstâncias do crime são inerentes ao tipo. As consequências não podem ser consideradas graves. Destarte, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 1 ano.

Na segunda fase, observa-se a ausência de atenuantes e agravantes.

Finalmente, não se vislumbra, na espécie, a ocorrência de causas legais de aumento ou diminuição da pena, *ex vi* do art. 68 do CP, razão pela qual torno a pena definitiva em 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime aberto.

Em razão da pena fixada, observa-se restar extinta a punibilidade quanto ao crime referenciado.

Nos termos do que estabelece o art. 109, V, do Código Penal, o prazo prescricional, na espécie, é de 4 anos.

Assim, decorridos mais de 4 anos entre a data do fato, ocorrida em 26.4.04 (f. 6), e a presente data, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição superveniente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar Fábio Rodrigues de Almeida pela prática do delito previsto no art. 244-B do ECA. Reconheço a prescrição da pretensão punitiva, declarando a extinção da punibilidade.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 2 de março de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJ* de 29.03.2010.)

...

Civil - Ação reivindicatória - Área comum - Condomínio - Não cabimento - Dissídio jurisprudencial não demonstrado

1. O condomínio, representado pelo síndico, tem legitimidade para propor ação reivindicatória em defesa da área comum contra terceiro, mas não contra outro condômino, conforme dispõe o artigo 623, II, do Código Civil de 1916.

2. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC c/c art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide a censura da súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 235.340 - MG - Relator: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

Recorrente: Condomínio do Edifício Cairo. Advogados: Getúlio Barbosa de Queiroz e outro. Recorrido: Construtora NJR S.A. e outros. Advogados: Marco Antônio Gonçalves Torres e outro. Antônio Torreão Braz Filho e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de

Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2010 (data de julgamento). - *Ministro Fernando Gonçalves* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES - Cuida-se de recurso especial interposto por Condomínio do Edifício Cairo, com base nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que nega provimento à apelação, porquanto o condomínio não tem legitimidade para propor ação reivindicatória em defesa do domínio sobre área comum pertencente aos condôminos.

Sustenta, então, com apoio nas letras a e c do permissivo constitucional, a ocorrência de maltrato ao artigo 3º e 22, §1º, "a", da Lei nº 4.591/64 e art. 12, IX, do Código de Processo Civil, pois

> os condôminos tem o domínio de suas unidades e respectivas frações ideais, mas a fração ideal das áreas comuns pertence ao universo dos condôminos, que são defendidos em juízo pela pessoa jurídica que é o condomínio - fls. 928.

Declina, por fim, dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos desta Corte (REsp 66.565/MG e REsp 72.482/SP REsp 10.417/SP REsp 32.239-9/SP).

Apresentadas contra-razões (fls. 974-985), o recurso foi admitido.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR) - Colhe-se dos autos que, por Condomínio do Edifício Cairo, foi ajuizada ação reivindicatória em face da Construtora NJR S/A e BPM - Picchioni - Belgo Mineira Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários S/A, com objetivo de retirar as rés das áreas comuns do prédio e consequente imissão do autor na posse da área, bem como a demolição das obras que modificaram o prédio e condenação ao pagamento das taxas de condomínio e indenização pelas edificações irregulares.

A ação foi extinta sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa (fls. 792-797).

Manejada apelação, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais confirma a sentença.

Inconformado, o condomínio interpõe o presente recurso especial com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, aduzindo, afronta aos artigos 3º e 22, §1º, "a", da Lei nº 4.591/64 e art. 12, IX, do Código de Processo Civil, sustentando sua legitimidade para vindicar a área de uso comum.

A irresignação não merece acolhida.

O condomínio, representado pelo síndico, tem legitimidade para propor ação reivindicatória em defesa da área comum contra terceiro, mas não contra outro condômino, como na espécie, conforme dispõe o artigo 623, II, do Código Civil de 1916.

E, consoante anota Paulo Tadeu Haendchen, "o art. 623, II, foi taxativo ao se referir à reivindicação contra terceiro. E o condômino não pode ser considerado terceiro em relação ao outro condômino".

E diz mais, o autor em causa:

> De outro modo, a própria orientação do Código em relação ao condomínio impediria a reivindicatória, sendo também certo que se essa supõe a posse injusta e o imóvel está indiviso, faltariam os requisitos legais para fundamentar a pretensão do condômino. Ora, ambos são proprietários sem parte locada no solo, razão suficiente para determinar a impossibilidade da reivindicatória entre os condôminos. - *Ação Reivindicatória*, 5. ed., Editora Saraiva, p. 158-159.

Desta forma, se a pretensão do recorrente cinge-se à discussão sobre a utilização supostamente indevida de área de uso comum, por um condômino com exclusividade, o conflito não se situa no contexto do domínio e, portanto, não é possível o uso da ação reivindicatória.

Sobre a questão, destaco excerto do voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho, no julgamento do RE 100.656-1/RS:

> A reivindicação é ação de que se pode valer o proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário, e o imóvel há de encontrar-se devidamente individualizado. Se ele se encontra indiviso não há delimitação do quinhão reivindicado, e não pode exercer-se a reivindicação sobre o todo, pois, deste, todos os comunheiros, são proprietários.
> Assim, apesar da bem lançada fundamentação que alicerça o v. acórdão impugnado, a mim parece que é acertado o entendimento da corrente jurisprudencial dominante segundo a qual não se torna cabível ação de reivindicação de um condômino contra os demais comunheiros.
> Na conformidade do disposto no art. 623, II, do Código Civil, pode o condômino reivindicar a propriedade de terceiros, mas terceiros não são os demais condôminos. Estes, exercendo a posse sobre o bem, encontrando-se este indiviso, não o detêm injustamente.

Eis a ementa do citado acórdão:

> Ação reivindicatória. Terras em condomínio indiviso. Descabimento de ação reivindicatória de um condômino sobre os demais comunheiros. - A ação de reivindicação tem seu fundamento no direito de seqüela. Cabe promove-la o proprietário que não detém a posse contra o possuidor que não é proprietário, mas que assim se julga, ou contra aquele que retém o bem, sem título ou causa, ainda que não conteste a propriedade do dono do bem. Assim, incabível a reivindicatória de um proprietário contra outros que também o são. (STF - RE 100656/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* 07.12.1984)

Nesse mesmo sentido, o entendimento desta Corte:

> Reivindicatória. Condomínio. - A comunhão que resulta da multiplicidade de títulos de domínio sobre uma área, atribuindo-o a diversos proprietários sobre frações ideais, de localização imprecisa, impede o exercício da ação reivindicatória de um condômino contra o outro.
> Recurso conhecido e provido. (REsp 30.802/PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 27.06.1994)

Ademais, no tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, consoante se extrai da leitura das razões do recurso, o recorrente não comprova a alegada divergência, pois deixa de efetuar o necessário cotejo analítico, uma vez que não transcreve trechos dos acórdãos embargado e paradigmas, trazendo à colação tão-somente as ementas destes, bem como não menciona as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Em consequência, não há como dar trânsito à irresignação, porquanto é necessária a demonstração do dissenso nos moldes preconizados pelo art. 255 do RISTJ. Incide, no presente caso, a censura da súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

Não conheço do especial.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2010. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 15.03.2010.)

...

Processual civil e tributário - Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário - Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor - Faculdade do credor - Recurso especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC

1. "A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. n. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.404 - MG - Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Recorrentes: Paulo Grijo Von Der Bruggen e outros. Advogados: Geraldo Marcos Leite de Almeida e outros. Recorrida: Fazenda Nacional. Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2010. - *Ministro Mauro Campbell Marques* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator) - Cuida-se de recurso especial admitido pela Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com fundamento no § 1º do artigo

543-C do Código de Processo Civil e no artigo 1º da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, como representativo da controvérsia, em razão da multiplicidade de recursos idênticos (fls. 236).

A ementa do julgado guarda os seguintes termos (grifo nosso fl. 127):

> Tributário e processual civil - Embargos à execução de sentença (IRRF sobre verbas indenizatórias) - Prescrição: não ocorrência - Substituição da compensação (autorizada pela sentença) por restituição (precatório) - Alteração do pedido: impossibilidade - Dedução de restituições (declaração de ajuste anual): ausência de documentação.
> 1 - Súmula nº 106/STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência."
> 2 - O julgado se executa nos exatos termos de sua essência e de seu comando (CPC, art. 468).
> 3 - *Transitada em julgado a sentença que pôs fim ao processo de conhecimento com a declaração do direito de repetição do indébito mediante compensação, descabe, na fase da sua execução, alterar o objeto demandado para transmutá-lo em devolução do indébito por precatório, pretensão só dedutível em ação própria com natureza diversa (condenatória).*
> 4 - Embora o artigo 741, VI, do CPC preveja a possibilidade de os embargos á execução tratarem de qualquer causa impeditiva ou modificativa ou extintiva da obrigação, como a compensação ou o pagamento, não se pode olvidar que tais argumentos somente são possíveis se supervenientes à sentença. A "compensação" reclamada pela FN é, em muito, anterior à sentença, até porque a pretensão no processo de conhecimento foi repetitória, ou seja, já declarado o rendimento como tributado, pediu-se o afastamento dessa tributação.
> 5 - A embargante (FN) não fez, nem faz, nenhuma prova de suas alegações, pois sequer juntou cópias das declarações anuais dos anos controversos (documentos em seu poder), trazendo aos autos apenas algumas planilhas de sua elaboração, unilateral, sem que nelas se consiga perceber os exatos valores que entende devidos.
> 6 - Vê-se que o cálculo da maneira como feito pela FN, é mero elemento complicador desnecessário, visto que, por simples operação aritmética se chega ao mesmo resultado. A transmutação do valor de tributável para não tributável não altera as demais parcelas dedutíveis, que, de resto, permanecem fixas. O cálculo, então, e facilmente possível com a simples multiplicação do valor reconhecido não tributável pelo percentual da alíquota do IRRF correspondente.
> 7 - A embargante só tem ou teria razão nas seguintes hipóteses: quando o contribuinte é isento de IR, porque o valor retido lhe é totalmente restituído no ajuste anual, ou quando o imposto pago ao longo do ano lhe é totalmente restituído na declaração de ajuste anual, em razão de as deduções serem superiores a ele, fatos que, até ante a (pouca) documentação anexada aos autos, não se vislumbram.
> 8 - Apelação provida em parte: Embargos à execução procedentes (Nada há a ser repetido, uma vez que a compensação é apenas autorizada pelo Judiciário e realizada administrativamente).
> 9 - Peças liberadas pelo Relator, em 29/01/2008, para publicação do acórdão.

No recurso especial o particular alega contrariedade ao art. 165, I, do CTN, art. 66, §2º, da Lei n. 8.383/97, e art. 890, §2º, do Decreto n. 3.000/99. Afirma que é facultado ao contribuinte que detém crédito contra a Fazenda Pública por tributo indevidamente pago optar pela restituição via precatório ou compensação, conforme previsão legal do ente tributante (fls. 164/178).

Contrarazões da Fazenda Nacional nas fls. 222/233, invocando a incidência dos enunciados de números 7 e 211, da Súmula do STJ, o não conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional por ausência de comprovação do dissídio, e, no mérito, aponta que compensação e restituição são institutos diversos, de modo que não poderiam ser substituídos um pelo outro em sede de execução.

No STJ houve a confirmação da submissão do recurso ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução STJ n. 8/2008.

Parecer do Ministério Público nas fls. 249/252 no sentido do provimento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator) - Devidamente prequestionadas, ainda que implicitamente, as teses que gravitam em torno dos dispositivos legais invocados, conheço do recurso especial pela apontada violação aos artigos 165, I, do CTN, art. 66, §2º, da Lei n. 8.383/97, e art. 890, § 2º, do Decreto n. 3.000/99. Com efeito, todos os dispositivos normativos citados fazem menção aos pedidos de restituição e/ou de compensação de tributos nos casos de pagamento indevido.

Também conheço do recurso por força do permissivo constitucional da alínea "c", do art. 105, III, diante a demonstrada divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelo RISTJ, art. 255, com a invocação de julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e deste Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, esclareço que o tema "possibilidade de escolha do contribuinte pela compensação ou pela repetição de indébito via precatório ou requisição de pequeno valor quando da execução de julgado que reconheceu seu indébito tributário" já é de conhecimento desta Corte, tendo sido por inúmeras vezes aqui julgado.

Trago aos autos a experiência colhida por esta Primeira Seção por ocasião do julgamento do REsp.796.064 - RJ, do EREsp. nº 502.618 - RS, e do EREsp. nº 609.266 - RS, *in litteris*:

> Processual civil e tributário. Litisconsórcio facultativo ulterior. Violação ao princípio do juiz natural. Contribuição previdenciária. Administradores, autônomos e avulsos. Leis 7.787/89 e 8.212/91. Compensação. Artigo 89, § 3º, da

Lei 8.212/91. Limitações instituídas pelas Leis 9.032/95 e 9.129/95. Possibilidade. Juros de mora. Termo inicial. Repetição de indébito. Artigos 167, parágrafo único, do CTN, e Súmula 188/STJ. Aplicação. Sentença condenatória do direito à compensação de indébito. Repetição por via de precatório. Possibilidade.
[...]
21. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório cabe ao contribuinte, haja vista que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação (Precedentes do STJ: REsp 814.142/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.08.2008, *DJe* 22.08.2008; REsp 891.758/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.06.2008, *DJe* 13.08.2008; AgRg no AgRg no REsp 946.965/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, *DJe* 28.05.2008; AgRg no Ag 929.194/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, *DJe* 16.06.2008, REsp 937.632/SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 15.04.2008, *DJe* 02.05.2008; REsp 868.162/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06.03.2008, *DJe* 10.04.2008; e REsp 798.166/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 22.10.2007). (REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008).

Processual civil e tributário. Embargos de divergência. Finsocial. Sentença declaratória que reconheceu o direito à repetição do indébito. Trânsito em julgado. Opção por restituição via compensação ou precatório. Possibilidade.
1. 'Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação' (REsp n. 653.181/RS, deste relator).
2. 'A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido' (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).
2. Embargos de divergência conhecidos e providos (EREsp. nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005).

Processual civil. Tributário. Valores indevidamente pagos a título de Finsocial. Sentença declaratória do direito de crédito contra a Fazenda para fins de compensação. Eficácia executiva da sentença declaratória, para haver a repetição do indébito por meio de precatório.
1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera "admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito", modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta.
2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.
3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido. Precedente da 1ª Seção: ERESP 502.618/RS, Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 01.07.2005.
4. Embargos de divergência a que se dá provimento (EREsp. n. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006).

A respeito da posição suso defendida, transcrevo as lúcidas lições do Ministro Teori Albino Zavascki, quando do julgamento do REsp n. 614.577/SC. *In verbis*:

> [...] no atual estágio do sistema do processo civil brasileiro, não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. Há sentenças, como a de que trata a espécie, em que a atividade cognitiva está completa, já que houve juízo de certeza a respeito de todos os elementos da norma jurídica individualizada. Nenhum resíduo persiste a ensejar nova ação de conhecimento. Estão definidos os sujeitos ativo e passivo, a prestação, a exigibilidade, enfim, todos os elementos próprios do título executivo. Em casos tais, não teria sentido algum – mas, ao contrário, afrontaria princípios constitucionais e processuais básicos – submeter as partes a um novo, desnecessário e inútil processo de conhecimento.

Os julgados citados clarificam a posição desta Casa no sentido de que a opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito.

Ante o exposto, considerando que o acórdão recorrido não seguiu o entendimento já sedimentado por esta Casa, dou provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 10 de fevereiro de 2010. - *Carolina Véras* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 1°.03.2010)

...

Habeas corpus - Penal - Roubo com emprego de arma de fogo - Julgado do Superior Tribunal de Justiça em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Desnecessidade de apreensão da arma e de perícia para a comprovação da causa de aumento - Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova - Precedentes - Ordem denegada

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 100.187 - MINAS GERAIS - Relatora: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Paciente: Fábio Alves da Silva - Procurador: Defensor Público-Geral da União - Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 16 de março de 2010. - *Cármen Lúcia* - Relatora.

Relatório

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - 1. *Habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício de Fábio Alves da Silva, contra o acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem nos autos do *Habeas Corpus* 116.741, Relator o Ministro Jorge Mussi.

O caso.

2. O paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal e, posteriormente, condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e de 24 dias-multa (f. 32-38).

Tem-se na sentença condenatória que:

> A negativa do acusado, a meu ver, é divergente das provas produzidas nos autos, senão vejamos:
> A vítima Maria Rosângela Magalhães informa à f. 10 que trabalha na Casa dos Colchões Tovazzi e, no dia dos fatos, lá chegou um elemento moreno, estatura mediana, trajando um boné e pediu que lhe mostrasse o colchão mais barato que tinha, o que foi feito; que por volta das 16h o mesmo elemento voltou e foi conversar com a gerente dizendo que queria abrir um crediário, sendo-lhe informado que era necessário um avalista; que o elemento disse que buscaria um avalista e depois retornaria; que por volta das 17h o tal elemento retornou com uma bolsinha preta nas mãos, disse que ia levar o colchão à vista e pediu um desconto; que a gerente autorizou o desconto, sendo que, ao fazer a ficha, o elemento se identificou como Márcio Gonçalves; que, quando perguntou sobre o endereço, o rapaz sacou a arma de fogo, anunciou o assalto e pediu o dinheiro; que disse que não tinha dinheiro, mas tal elemento continuou insistindo dizendo que era para andar logo porque se não atiraria; que o elemento apontou a arma para a gerente e exigiu o dinheiro, no que ela acabou pegando o que tinha no caixa e entregou ao elemento; que ele guardou o dinheiro no bolso e saiu tranquilamente; que assim que o elemento saiu da loja, acionou a PM; que a loja teve prejuízo de R$ 150,00, em dinheiro; que reconhece o acusado como sendo o autor do roubo ocorrido na loja em que trabalha.
> A testemunha Maria Estela Pereira, à f. 99, informa [...] que o acusado esteve na loja duas vezes para comprar colchão; que na terceira vez ele praticou o assalto, sendo que inicialmente apontou o revólver para a depoente; que o acusado levou R$ 150,00 (f. 33-34).

3. Na sequência, a defesa interpôs recurso de apelação. Em 24.07.2008, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais regou-lhe provimento:

> Criminal. Roubo majorado. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra da vítima. Condenação mantida. Majorante. Decote. Impossibilidade. Pena. *Quantum*. No crime de roubo, a palavra da vítima que reconhece o réu como autor do crime, quando firme e coerente, forma alicerce suficiente para sustentar um decreto condenatório. A prova técnica pode ser dispensada quando comprovada a ocorrência do uso de arma de fogo através de dados existentes no processo.
> Apresentando-se as penas apropriadas, suficientes para prevenção e repressão do crime, bem como para reeducar o infrator, não há falar em modificação do *quantum* aplicado. Desprovimento ao recurso que se impõe (f. 52).

4. Contra esse acórdão foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* 116.741, Relator o Ministro Jorge Mussi. Em 24.03.2009, a Quinta Turma denegou a ordem nos seguintes termos:

> *Habeas corpus*. Dosimetria. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Potencialidade lesiva. Ausência de apreensão e de exame pericial. Desnecessidade. Existência de outros meios de prova a atestar o efetivo emprego do revólver. Lesividade que integra a própria natureza do armamento. Prova em sentido contrário. Ônus da defesa. Constrangimento ilegal afastado. Manutenção da causa especial de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.
> 1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exames periciais para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.
> 2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo o ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.
> 3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.
> 4. Ordem denegada (f. 69).

5. A impetrante alega que:

> O paciente foi denunciado como incurso nas penas cominadas ao crime descrito no art. 157, § 2º, inc. I, do CPB.
> Regularmente instruído o feito, o juízo de primeiro grau julgou procedente a denúncia, condenando o réu à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicialmente fechado.
> Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, alegando que a não apreensão da arma deixa dúvidas sobre a materialidade do crime, pois, sem a avaliação da mesma, não é possível averiguar a sua petencialidade lesiva.
> No exame da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento ao recuso interposto [...].
> Preliminarmente, ressaltemos o fato de não ter sido periciada a arma empregada no roubo objeto deste processo, sequer apreendida, apesar de não a desqualificar como ameaça e nem retirar o seu potencial de intimidação para realização do tipo, certamente tem efeitos sobre a consideração da majorante do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pela incerteza sobre sua eficácia lesiva.
> Não foi apreendida arma de fogo nenhuma, e o acréscimo do art. 157, § 2º, justificou-se tão somente no depoimento da vítima, que afirmou a existência da arma. Todos sabemos que o objetivo da vítima é a condenação do réu, portanto, não há que se dar o devido valor a seu testemunho.
> Ademais, a palavra da vítima também não pode por si só ensejar na aplicação da qualificadora, pois a vítima não dispõe de nenhuma formação técnica que possa precisar o potencial lesivo ou não da arma, o que só é possível por meio da realização da perícia no instrumento utilizado.
> Desse modo, é indispensável a apreensão da arma com a posterior perícia técnica para afirmar com segurança sobre o potencial lesivo da mesma. Caso contrário, poderiam ocorrer situações absurdas como a de acrescer uma pena pelo uso de simulacro ou arma de brinquedo. Assim, se é indispensável que perícia técnica conclua pela potencialidade lesiva da arma para a aplicação da majorante, e ainda, considerando-se que o sistema penal prático não admite que se condene por suposições, conclui-se que, quando não realizada a perícia técnica, diferente não pode ser a solução, que não a desconsideração da agravante.
> Não sendo comprovado que o instrumento utilizado pelo paciente era capaz de lesionar, não pode ele receber a mesma sanção penal daquele que pratica o crime de roubo com instrumento letal. Da mesma forma, não se pode supor que a arma utilizada no roubo tenha efetivo potencial lesivo, se não foi submetida à perícia, sendo ilegal a aplicação da agravante do § 2º, I, do art. 157 CP nessa hipótese (f. 3-4).

6. Este o teor dos pedidos:

> Pelo exposto, requer seja concedida a ordem no presente *habeas corpus* para que seja excluído do cálculo da pena do paciente Fábio Alves da Silva a majorante do emprego de arma de fogo e que seja determinada a pena proporcional ao ato cometido, pois, do contrário, será negada vigência ao princípio da individualização da pena (f. 6).

7. Em 05.08.2009, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado, solicitei informações ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao eminente Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, Relator do *Habeas Corpus* 116.741, e determinei que, prestadas as informações, fosse dada vista ao Procurador-Geral da República (f. 77-80).

8. As informações foram prestadas (f. 93 e 101-103) e a Procuradoria-Geral da República, em 09.12.2009, opinou pela denegação a ordem (f. 142-147).

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - 1. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem à denegação da ordem.

2. Como relatado, o presente *habeas corpus* é impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual

> para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (f. 69).

3. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão de forma fundamentada e em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal, ao evidenciar que "não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado" (f. 68).

4. É certo que, no julgamento do *Habeas Corpus* 92.871, de minha relatoria, *DJe* de 06.03.2009, e do

Habeas Corpus 93.353, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 12.12.2008, posicionei-me a favor da tese defendida pelo Impetrante, no sentido de ser necessária a perícia para a configuração da majorante no roubo com uso de arma. Porém, evolui meu posicionamento ao julgar o *Habeas Corpus* 94.237, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.02.2009, quando passei a considerar ser desnecessária a apreensão e a perícia para a configuração do roubo qualificado pelo uso de arma de fogo.

5. Esse entendimento já havia sido seguido pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal (*HC* 84.032, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJ* de 30.04.2004; e *HC* 92.451, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 06.02.2009) e foi confirmado pelo Pleno, em 19.2.2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 96.099, Relator o Ministro Ricardo Lawandowski, *DJe* de 05.06.2009, nos termos seguintes:

> Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.
> I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.
> II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.
> III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.
> IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.
> V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.
> VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.
> VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida.

Nesse julgamento firmou-se o entendimento de que:

> [...] não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. Sua lesividade encontra-se *in re ipsa*. Supor o contrário significa dar guarida à exceção, aquilo que normalmente não ocorre. Iria de encontro ao *id quod plerumque accidit*.
> Se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena.
> [...]
> Caso o acusado pretenda contraditar o que se contém no acervo probatório ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.
> Sim, porque incumbe à acusação demonstrar os fatos criminosos imputados ao acusado, cabendo a este, contudo, caso o alegue, provar eventual causa excludente de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou extintiva de punibilidade.
> Como se sabe, a lei processual civil e penal outorga à parte o direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de demonstrar fato que alega em seu interesse. Não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego tiver sido evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.
> Ademais, a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves, como sangramentos e fraturas, não sendo raros, na crônica policial e forense, os relatos de coronhadas e chuçadas desferidas com cabos e canos de revólveres, pistolas e artefatos afins, contra vítimas inermes. Sublinho, por oportuno, que o art. 157, § 2º, I, alude a 'violência ou ameaça [...] exercida com emprego de arma', não especificado a sua natureza, se de fogo ou de outra espécie.
> [...]
> Exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I do Código Penal dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-lo com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito.

6. Dito isto, observo que a sentença condenatória (f. 33-34), confirmada no julgamento do recurso de apelação da defesa pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (f. 52-55), fundamentou-se no depoimento da vítima Maria Rosângela Magalhães e da testemunha Maria Estela Pereira, para aplicar a causa de aumento de pena consistente no uso de arma. Assim, havendo prova, ainda que diversa da pericial, que demonstre o uso de arma de fogo, deve a majorante ser aplicada.

7. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de denegar a ordem.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 16.03.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Fabiane Duarte - Coordenadora.

(Publicado no *DJe* de 16.04.2010.)

...

Habeas corpus - Penal e processual penal - Estupro - Violência presumida - Caráter absoluto

1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea *a*, do Código Penal é absoluta.

2. A violência presumida foi eliminada pela Lei nº 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ordem indeferida.

HABEAS CORPUS Nº 101.456-MG - Relator: MINISTRO EROS GRAU

Paciente: José Galdino Pereira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem.

Brasília, 9 de março de 2010. - *Eros Grau* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado (f. 86):

> *Habeas corpus*. Estupro. Violência presumida. Vítima menor de 14 anos. Consentimento. Irrelevância. Revogação pela Lei nº 12.015/09. *Novatio legis in pejus*. *Abolitio criminis* inexistente.
> 1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal.
> 2. Embora a Lei nº 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de *abolitio criminis*, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea *a*, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos - art. 217-A, do mesmo Diploma Repressivo.
> 3. Ordem denegada.

2. A impetrante sustenta que a presunção de violência anteriormente prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal não é absoluta. Afirma que, tendo a vítima, menor de quatorze anos, discernimento e experiência para consentir na prática da relação sexual, não há crime de estupro.

3. Requer a concessão de liminar a fim de suspender os efeitos da condenação; no mérito, a concessão da ordem para declarar a atipicidade da conduta.

4. A liminar foi indeferida.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, *a*, do Código Penal é absoluta (*HC* 94.818, Segunda Turma, Ellen Gracie, *DJe* 15.08.08 e *HC* 93.263, Primeira Turma, Cármen Lúcia, *DJe* 11.04.08).

2. A figura da violência presumida foi eliminada pela Lei nº 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte.

Denego a ordem.

Extrato de ata

Decisão: Denegada a ordem por votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 09.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 30.04.2010.)

...

Agravo regimental - Administrativo e processual - Regime jurídico administrativo - ADI nº 3.395/DF-MC - Ausência de argumentos susceptíveis de modificar a decisão agravada - Agravo regimental não provido

1. É competente a Justiça Comum para processar e julgar ações para dirimir conflitos entre o Poder Público e seus agentes, independentemente da existência de vício

na origem desse vínculo, dada a prevalência de sua natureza jurídico-administrativa.

2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente.

3. Agravo regimental não provido.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 7.157 - MG - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Agravantes: Michelle Cândida Trindade Rios e outro. Advogados: Humberto Lucchesi de Carvalho e outro. Agravado: Estado de Minas Gerais. Advogados: Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais - Vanessa Saraiva de Abreu e outro. Agravado: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo nº 00122-2008-002-03-00-8).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de fevereiro de 2010. *Dias Toffoli* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Trata-se de agravo regimental proposto por Michelle Cândida Trindade Rios contra decisão da lavra do Ministro Menezes Direito, que julgou procedente a Reclamação nº 7.157 nos seguintes termos:

> Vistos.
> Reclamação apresentada pelo Estado de Minas Gerais contra a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que deu provimento parcial ao recurso ordinário do ora reclamante, mantida a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da ação (f. 150 a 153).
> Aponta como não observada a decisão desta Suprema Corte, proferida na ADIN nº 3395-DF, que suspendeu qualquer interpretação ao art. 114 da CF/88 que inclua na competência da Justiça do Trabalho apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, tendo por base o vínculo de ordem estatutária ou jurídico administrativo.
> Decido.
> Argumenta o reclamante:
> '[...] conforme comprova a documentação em anexo, a relação jurídica travada entre a ex-servidora temporária do Estado de Minas Gerais ostenta um nítido caráter administrativo, pois se deu com fundamento na Lei estadual 10.254/90, que instituiu o Regime Jurídico Único Estatutário para os servidores estaduais, e o seu art. 10 dispôs que o Estado poderia designar pessoas para o exercício de função pública, no caso de professores e serventuários da Justiça, para fazer face à premência do interesse público.
> De se ver que o eg. TRT - 3ª Região, ao reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar litígio advindo de relação jurídico-administrativa firmada entre a Administração Pública e ex-servidor temporário, descumpriu cabalmente a decisão proferida pelo STF na ADI 3395/DF' (f. 8).
> Requer 'seja julgada procedente a presente Reclamação Constitucional para reconhecer a competência da Justiça Comum para processar e julgar o Processo nº 00122-2008-002-03-00-8 e declarar a nulidade de todos os atos praticados pela Justiça do Trabalho no referido processo' (f.14).
> Decido.
> A questão posta nos autos trata da competência para o julgamento de reclamação trabalhista ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, em curso na Justiça Laboral.
> A decisão desta Corte apontada como ofendida, ADI nº 3.395/DF, deferiu liminar para que as ações envolvendo o Poder Público e seus servidores estatutários fossem processadas perante a Justiça Comum, excluída outra interpretação ao art. 114, I, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004.
> Na RCL nº 5.381/AM, o Plenário desta Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que, se a contratação está regulada por uma lei especial, estadual, que, por sua vez, submete a contratação aos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos, verifica-se a relação de caráter jurídico-administrativo prevista na ADI nº 3.395/DF.
> Já no julgamento do RE nº 573.202/AM, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, ocorrido em 21.08.08, também o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, concluiu que a relação entre o servidor e o Estado é uma relação de Direito Administrativo, estando subordinada, em qualquer situação, à Justiça Comum.
> Do exposto, julgo procedente a reclamação, determinando, em consequência, a remessa dos autos da Reclamação Trabalhista nº 00122-2008-002-03-00-8, ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (f. 190 a 192).

A agravante argumenta que não poderia ser considerada servidora pública, pois manteve relação de trabalho com o Estado de Minas Gerais, que se estendeu por quatro anos e dois meses, em franca contrariedade à Constituição Federal, especificamente seu art. 37, inciso IX:

> a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Assim defende a agravante, porquanto a norma constitucional só admite a contratação temporária em casos de necessidade temporária cumulada com interesse público excepcional, o que não se enquadrava no suporte fático de sua admissão.

Afirma que a relação estabelecida entre ela e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais consubstanciou-se em "[...] um desvirtuamento, simulação e até

fraude ao contrato de trabalho, para, tão somente, valer-se o reclamado, ora agravado, das benesses do não atendimento dos direitos trabalhistas" (f. 202), tendo, ainda, a contratação ocorrido sem a prévia aprovação em concurso público.

Em suas razões, sustenta:

> [...] Isto porque, como claramente se percebe do dissídio individual postulado pelos agravantes perante a Justiça do Trabalho, visada a decretação de nulidade dos atos que designarem ilegal e inconstitucionalmente a mesma, para o exercício de atividade típica de cargo público integrante do Cargo Efetivo de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ferindo de morte os preceitos constitucionais que vedam a contratação sem concurso público, salvo em casos excepcionais e temporários como já foi dito, o que não é o caso.
>
> Em consequência do exposto, a narrativa da causa de pedir trata de contrato realidade, relação de trabalho em sentido amplo que foi desvirtuada e, por conseguinte, as repercussões insertas na Súmulas 362 e 363 do TST, OJ 205 do TST Lei do FGTS nº 8.036/90 e etc. Tudo na causa de pedir e pedidos, o que afasta a incidência do entendimento esposado na invocada ADI nº 3395-6.
>
> Ademais disso, cumpre notar que a demanda não é entre servidor público e ente público, nem se discute direitos estatutários.
>
> O (A) agravante jamais foi tratado(a) como servidor(a) e, sequer, passou por processo administrativo antes de sua dispensa, fato este que põe uma pá de cal na questão, sobretudo, pelo fato de a todo tempo na demanda gerada pelo dissídio individual, Processo nº 00122-2008-002-03-00-8, ter tratado sempre e sempre de direitos trabalhistas decorrentes da força de trabalho despendida pelo(a) agravante durante 04 anos e 02 meses em prol do agravado. Isto tem um preço social enorme (f. 206/207).

Por fim, a recorrente postula o provimento ao agravo interno, com o objetivo de se manter a competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento do Processo nº 00122-2008-002-03-00-8.

Parecer do Ministério Público pelo não provimento do presente agravo, assim ementado:

> Reclamação. Agravo regimental. Reclamação trabalhista. Contrato temporário. Relação jurídico-administrativa. Ofensa à decisão proferida na ADI nº 3.395. - Parecer pelo desprovimento do agravo regimental (f. 219).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - O agravo interno não deve ser provido.

A reclamação foi ajuizada pelo Estado de Minas Gerais em face de alegada violação da autoridade e da eficácia da decisão deste Tribunal na ADI nº 3.395-6 pelos órgãos judiciários trabalhistas.

A espécie de impugnação revelava-se formalmente hábil ao fim pretendido pelo Estado de Minas Gerais, porquanto o processo na Justiça do Trabalho encontrava-se em trâmite, sem haver transitado em julgado, tendo a reclamante aforado recurso de revista no egrégio Tribunal Superior do Trabalho (f. 175 a 186).

Quanto ao cerne da irresignação, observa-se que a matéria tratada na reclamação cinge-se à competência para julgamento de ação proposta por servidora pública temporária contra o Estado de Minas Gerais.

A decisão do STF, ADI nº 3.395/DF-MC, efetivamente restou afrontada, visto que a Corte deferiu liminar para que as ações envolvendo o Poder Público e seus servidores fossem processadas na Justiça Comum, excluída outra interpretação ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a relação de trabalho firmada por contrato temporário entre o Poder Público e seus servidores configura relação jurídico-administrativa, sendo incompetente a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos nela existentes, ainda quando se discuta a nulidade do acordo.

Assim, fixou-se que eventual irregularidade na contratação de servidores temporários não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente com o Poder Público. Cito precedentes:

> Reclamação. Constitucional. Administrativo. Autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: art. 102, inciso I, alínea *l*, da constituição da república. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.395. Contratação temporária de profissionais na área de saúde: art. 37, inciso IX, da Constituição da República. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra a Administração Pública: competência da Justiça Comum. Causa de pedir relacionada a uma relação jurídico-administrativa.
>
> 1. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.
>
> 2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho.
>
> 3. Reclamação julgada procedente (Rcl nº 4.464/GO, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 21.08.09).

> Agravo regimental em reclamação. Ofensa à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF. Contratação temporária para o exercício de função pública. Regime jurídico-administrativo. Incompetência da Justiça do Trabalho para examinar eventual nulidade da contratação. Competência da Justiça Comum Estadual.
>
> 1. A Justiça do Trabalho não detém competência para processar e julgar causas que envolvam o Poder Público e servidores a ele vinculados, mesmo que por contrato temporário com prazo excedido, por se tratar de relação jurídico-administrativa.
>
> 2. Ainda que possa ter ocorrido desvirtuamento da contratação temporária para o exercício de função pública, não cabe à Justiça do Trabalho analisar a nulidade desse contrato.
>
> 3. Existência de precedentes desta Corte nesse sentido.

> 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento (Rcl nº 7.028/MG-AgR, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, *DJ* de 16.10.09).

Registro que o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE nº 573.202/AM, Tribunal Pleno, *DJ* de 05.12.08, vencido o Ministro Marco Aurélio, assim fundamentou o seu voto condutor:

> [...] Ora, contrariamente ao que entende o recorrente e ao que decidiu o Tribunal *a quo*, a mera prorrogação do prazo de contratação da servidora temporária não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que mantinha com o Estado do Amazonas em relação de natureza trabalhista.
> A prorrogação do contrato nessas circunstâncias, seja ela expressa ou tácita, em que se opera a mudança do prazo de vigência deste, de temporário para indeterminado, pode até ensejar nulidade ou caracterizar ato de improbidade, com todas as consequências que isso acarreta, por ofensa aos princípios e regras que disciplinam a contratação desse tipo de servidores, mas não altera, peço vênia para insistir, a natureza jurídica do vínculo de cunho administrativo que se estabelece originalmente.

Não há, por conseguinte, como se vislumbrar êxito na pretensão recursal da agravante, como bem salientou o Ministério Público Federal em seu parecer:

> Com efeito, verifica-se que a servidora foi contratada mediante contrato por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, em conformidade com o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal e na Lei Estadual nº 10.259/90, que instituiu o Regime Jurídico Único, vale dizer, o vínculo estabelecido entre a autora daquela demanda e o Poder Público é de natureza estatutária ou jurídico-administrativa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Peço vênia para ficar vencido. Entendo que a reclamação deve vir ao Colegiado, tendo em conta até mesmo que, nessas iniciais, o que se evoca é a existência do vínculo empregatício. E para definir se existente o vínculo empregatício ou não, tem-se a Jurisdição Especializada que é a do Trabalho.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, justificadamente, os Senhores Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 17.02.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 19.03.2010.)

...

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Lei Complementar nº 84/96. Tributo. Contribuição social devida pelas cooperativas. Constitucionalidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. Agravo regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. os arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.094 - MG - Relator: MIN. CEZAR PELUSO

Agravante: Unimed de Pouso Alegre - Cooperativa de Trabalho Médico de Pouso Alegre. Advogados: Liliane Neto Barroso e outros. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento com imposição de multa de 1%. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 9 de fevereiro de 2010. - *Ministro Cezar Peluso* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Trata-se de agravo regimental contra decisão do teor seguinte:

> 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que decidiu pela constitucionalidade da contribuição social instituída pela LC nº 84/96.

2. Inadmissível o recurso.
O Plenário desta Corte, no julgamento do RE nº 228.321 (Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 30.05.2003), decidiu que é constitucional a contribuição social devida pelas empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que incide sobre a remuneração ou retribuição paga ou creditada aos segurados empresários, trabalhadores autônomos e avulsos e demais pessoas físicas previstas no art. 1º da Lei Complementar 84/96. É que a Constituição da República não proíbe a coincidência da base de cálculo da contribuição com a base de cálculo de imposto já existente. Concluiu, também, que a remissão contida na parte final do art. 195, § 4º, da Constituição Federal, restringe-se à necessidade de lei complementar (No mesmo sentido, cf. RE nº 224.690, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 23.11.98; RE nº 222.907, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 11.11.98; RE nº 224.336, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10.11.98; RE nº 237.566, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 12.11.98; RE nº 391.257, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJ* de 6.4.2004).
3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei nº 8.038/90 e 557 do CPC) (f. 270).

A parte recorrente pede seja reconsiderada a decisão agravada, pelas razões expostas às f. 296/316, com o consequente provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO CÉZAR PELUSO (Relator) - Abusivo o recurso.

A parte agravante não logrou convelir os fundamentos da decisão agravada, os quais, tendo resumido o entendimento assente da Corte, subsistem invulneráveis aos argumentos do recurso, que nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*.

É oportuno, aliás, advertir que o disposto no art. 544, §§ 3º e 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem ser desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recurso carente de fundamentos novos, não pode deixar de ser visto senão como abuso do poder recursal.

Ao presente recurso, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há, aqui, além de violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

Do exposto, nego provimento ao recurso, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos e condeno a parte agravante a pagar à parte agravada multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, tudo nos termos do art. 557, § 2º, cc. os arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

Extrato de ata

Decisão: Negado provimento com imposição de multa de 1%. Votação unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 09.02.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 26.03.2010.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.479114-4/000	Ação Dir. Inconst.	Belo Horizonte	Alvimar de Ávila	78
1.0000.08.485027-0/000	Ação Penal	Belo Horizonte	Alexandre Victor de Carvalho	70
1.0000.08.488957-5/000	Ação Dir. Inconst.	Juiz de Fora	Herculano Rodrigues	76
1.0338.06.048054-2/003	Inc.Arg.Inc.Crim.	Itaúna	José Antonino Baía Borges	65

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.00.335284-6/000	AçãoResc.	Guaranésia	Audebert Delage	188
1.0012.04.001376-0/001	Ap.Cível	Aiuruoca	Francisco Kupidlowski	198
1.0012.09.012230-5/001	Ap.Cível	Aiuruoca	Maurício Barros	152
1.0016.06.063420-7/001	Ap.Cível	Alfenas	Almeida Melo	121
1.0016.08.087103-7/001	Ap.Cível	Alfenas	Edilson Fernandes	166
1.0016.09.093076-5/001	Ag.Instr.	Alfenas	Armando Freire	126
1.0017.09.040060-1/001	Ap.Cível	Almenara	Maria Elza	120
1.0024.04.196342-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Irmar Ferreira Campos	242
1.0024.05.589172-5/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Fernando Botelho	191
1.0024.06.005648-8/005	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Alvimar de Ávila	150
1.0024.06.104517-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Arnaldo Maciel	241
1.0024.06.197342-6/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	284
1.0024.06.269389-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Roney Oliveira	205
1.0024.07.369424-2/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Silas Vieira	137
1.0024.07.402355-7/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Fernando Caldeira Brant	225
1.0024.07.475910-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	207
1.0024.07.574043-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cabral da Silva	290
1.0024.07.591791-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Domingos Coelho	141
1.0024.07.745957-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	250
1.0024.07.758839-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Valdez Leite Machado	274
1.0024.07.798272-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	147
1.0024.08.038249-2/001	Ag.Instr	Belo Horizonte	Lucas Pereira	219
1.0024.08.081790-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	239
1.0024.08.135224-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Albergaria Costa	135
1.0024.08.264005-3/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	203
1.0024.08.279171-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Sandra Fonseca	186
1.0024.08.288149-1/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Tibúrcio Marques	218
1.0024.08.856374-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	212
1.0024.09.311207-6/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Afrânio Vilela	187
1.0024.09.632850-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	143
1.0024.09.637537-3/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	210
1.0024.09.639574-4/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	211
1.0024.09.654134-7/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Elias Camilo	145
1.0024.09.759865-0/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	306
1.0024.10.030993-9/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Mota e Silva	282

1.0024.10.778067-8/001	Agr.Instr.	Belo Horizonte	José Flávio de Almeida 195
1.0024.92.911565-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha 253
1.0024.98.113168-3/001	Ag.Instr.	Belo Horizonte	Geraldo Augusto 133
1.0027.06.109707-0/001	Ap.Cível	Betim	Heloísa Combat 169
1.0040.06.045821-9/001	Ap.Cível	Araxá	Generoso Filho 266
1.0051.05.012955-3/001	Ap.Cível	Bambuí	Barros Levenhagen 153
1.0051.05.013322-5/002	Ap.Cível	Bambuí	Wander Marotta 278
1.0058.05.018376-1/001	Ap.Cíve/R.N.	Três Marias	Manuel Saramago 118
1.0084.08.007565-2/001	Ap.Cível	Botelhos	Márcia De Paoli Balbino 230
1.0105.05.141570-8/002	Ap.Cível/R.N.	Gov. Valadares	Edivaldo George dos Santos 177
1.0140.08.004105-0/002	Ap.Cíve/R.N.	Carmo da Mata	Kildare Carvalho 113
1.0145.01.010383-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Vieira de Brito 277
1.0145.07.390689-6/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Maurílio Gabriel 223
1.0145.07.413789-7/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Osmando Almeida 300
1.0145.09.562393-3/001	Agr.Instr.	Juiz de Fora	Ernane Fidélis 190
1.0153.06.052712-1/001	Ap.Cível	Cataguases	Nepomuceno Silva 159
1.0155.09.022011-4/001	Ap.Cível	Caxambu	Moreira Diniz 154
1.0183.07.133234-4/001	Ap.Cível	Cons. Lafaiete	Dárcio Lopardi Mendes 175
1.0223.06.211397-0/001	Ap.Cível	Divinópolis	Duarte de Paula 287
1.0223.08.254898-1/001	Ap.Cível	Divinópolis	Rogério Medeiros 182
1.0223.09.283524-6/001	Ap. Cível	Divinópolis	Luciano Pinto 298
1.0232.05.011137-5/001	Ap.Cíve/R.N.	Dores do Indaiá	Eduardo Andrade 116
1.0251.09.028490-1/001	Ap.Cível	Extrema	Selma Marques 235
1.0271.07.113089-9/001	Ap.Cível	Frutal	Pereira da Silva 173
1.0280.08.026730-3/002	Ap.Cível	Guanhães	Mauro Soares de Freitas 158
1.0297.08.007848-0/001	Ag.Instr.	Ibiraci	Electra Benevides 201
1.0297.08.008394-4/001	Ag.Instr.	Ibiraci	Tarcísio Martins Costa 259
1.0319.03.014765-0/001	Ap.Cível	Itabirito	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade .262
1.0331.09.008156-2/001	Ag.Instr.	Itanhandu	Alberto Vilas Boas 114
1.0338.08.081647-7/001	Ag.Instr.	Itaúna	Edgard Penna Amorim 125
1.0382.04.042118-4/001	Ap.Cível	Lavras	Carreira Machado 263
1.0382.07.071542-2/001	Ap.Cível	Lavras	Fábio Maia Viani 238
1.0395.05.010944-0/001	Ap.Cível	Manhumirim	Marcos Lincoln 261
1.0395.07.016168-6/001	Ap.Cível	Manhumirim	Wagner Wilson 214
1.0407.09.023585-1/001	Ap.Cível	Mateus Leme	Brandão Teixeira 156
1.0433.05.170521-1/001	Ap.Cível	Montes Claros	Caetano Levi Lopes 179
1.0441.06.007851-2/002	Ap.Cível	Muzambinho	Otávio Portes 257
1.0451.06.005484-3/001	Ag.Instr.	Nova Resende	Elpídio Donizetti 229
1.0456.10.000578-8/001	Ap.Cível	Oliveira	André Leite Praça 197
1.0474.09.041624-6/002	Ag.	Paraopeba	Cláudia Maia 236
1.0479.08.152949-3/001	Ap.Cível	Passos	Nicolau Masselli 269
1.0480.07.100055-2/001	Ap.Cível	Patos de Minas	Alberto Henrique 129
1.0525.09.176201-9/001	Ag.Instr.	Pouso Alegre	José Marcos Vieira 216
1.0625.07.065007-6/002	Ap.Cível	S.João del-Rei	Vanessa Verdolim Hudson Andrade . .123
1.0637.08.061704-5/001	Agr.Instr.	São Lourenço	Alvim Soares 161
1.0671.09.005178-8/001	Ag.Instr.	Serro	Sebastião Pereira de Souza 294
1.0672.07.263839-4/001	Ap.Cível	Sete Lagoas	José Affonso da Costa Côrtes 295
1.0686.06.170201-1/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Gutemberg da Mota e Silva 270
1.0699.09.104913-9/001	Ag.Instr.	Ubá	Luiz Carlos Gomes da Mata 168
1.0702.04.171792-8/001	Ap.Cível	Uberlândia	Tiago Pinto 272
1.0702.08.513218-2/002	Ag.Instr.	Uberlândia	Antônio de Pádua 228
1.0702.09.561234-8/001	Ag.Instr.	Uberlândia	Bitencourt Marcondes 139
1.0702.09.577317-3/001	Ag.Instr.	Uberlândia	Antônio Bispo 246
1.0702.09.603080-5/001	Ag.Instr.	Uberlândia	Batista de Abreu 248
1.0713.08.078196-4/001	Ap.Cível	Viçosa	Nilo Lacerda 163

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.09.509003-1/001	Ag.Ex.Penal	Uberlândia	Renato Martins Jacob	360
1.0000.09.510016-0/001	Ag.Ex.Penal	Gov. Valadares	Doorgal Andrada	321
1.0000.10.001087-5/000	Confl.Jur.	Sta. Rita do Sapucaí	Herbert Carneiro	328
1.0040.09.084611-0/001	Ap.Crim.	Araxá	Ediwal José de Morais	341
1.0071.03.011686-8/001	R.N.Crim.	Boa Esperança	Márcia Milanez	330
1.0132.05.002017-2/001	Ap.Crim.	Carandaí	Hélcio Valentim	344
1.0137.08.008218-3/001	Ap.Crim.	Carlos Chagas	Maria Celeste Porto	329
1.0144.03.001066-0/001	Ap.Crim.	Carmo do Rio Claro	Judimar Biber	309
1.0153.04.032977-0/001	Ap.Crim.	Cataguases	Herculano Rodrigues	335
1.0231.04.015505-4/001	R.Sent.E.	Ribeirão das Neves	Jane Silva	332
1.0313.09.291041-0/001	Ap Crim.	Ipatinga	José Antonino Baía Borges	342
1.0344.07.037037-6/001	Ap.Crim.	Iturama	Pedro Vergara	337
1.0362.07.082172-7/001	Ap.Crim.	João Monlevade	Fortuna Grion	350
1.0479.08.141856-4/001	Ap.Crim.	Passos	Beatriz Pinheiro Caires	353
1.0491.09.005355-5/001	Ap.Crim.	Pedralva	Antônio Armando dos Anjos	354
1.0512.09.066404-0/001	Ap.Crim.	Pirapora	Antônio Carlos Cruvinel	339
1.0518.03.052636-3/001	Ap.Crim.	Poços de Caldas	Delmival de Almeida Campos	325
1.0525.08.150009-8/001	Sent.Estr.	Pouso Alegre	Fernando Starling	317
1.0556.09.019252-8/001	Ap.Crim.	Rio Pardo de Minas	Paulo Cézar Dias	346
1.0567.03.076794-9/001	Ap.Crim.	Sabará	Alberto Deodato Neto	349
1.0569.05.004456-3/001	Ap.Crim.	Sacramento	Adilson Lamounier	310
1.0629.08.043506-4/001	Ap.Crim.	S.J.Nepomuceno	Alexandre Victor de Carvalho	347
1.0686.07.194363-9/001	Ap. Crim.	Teófilo Otoni	Júlio Cezar Guttierrez	318
1.0702.08.522492-2/001	Ap.Crim.	Uberlândia	Eduardo Machado	322
1.0720.06.032211-5/001	Ap.Crim.	Visc.do Rio Branco	Eduardo Brum	315

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
1.096.679-MG	Agr.Reg.Agr.Instr.	Laurita Vaz	363
1.114.404-MG	Rec. Especial	Mauro Campbell Marques	370
1.160.429-MG	Rec.Especial	Arnaldo Esteves Lima	365
235.340-MG	Rec.Especial	Fernando Gonçalves	368

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
7.157-MG	Agr. Reg. Recl.	Dias Toffoli	378
100.187-MG	*Habeas corpus*	Cármen Lúcia	375
101.456-MG	*Habeas corpus*	Eros Grau	378
579.094-MG	Agr. Reg. Rec. Extr.	Cezar Peluso	381

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A

ABANDONO MATERIAL
Pensão alimentícia - Não pagamento - Inexistência de justa causa - Dificuldade econômica - Ônus da prova - Incumbência do réu - Crime de natureza permanente - Prazo prescricional - Início - Art. 111, III, do Código Penal - Prescrição retroativa - Inocorrência - Condenação 344

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA
Homicídio qualificado - Inimputabilidade do réu - Lei 11.689/08 - Art. 574, II, do Código de Processo Penal - Revogação tácita - Recurso de oficio - Não conhecimento 330

ABUSO DE AUTORIDADE
Juízes da Justiça Militar - Competência - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Procuração - Menção ao fato criminoso - Regularidade - Denúncia - Omissão do Ministério Público - Não caracterização - Queixa - Rejeição - Ilegitimidade ativa - Prescrição - Ocorrência 70

ABUSO DE PODER
Mandado de segurança - Servidora municipal - Ato de transferência - Motivação desarrazoada e ilegítima - Ilegalidade - Abuso de poder - Configuração 177

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Dano ao meio ambiente - Reparação da área atingida - Indenização - Possibilidade - Quantificação do dano - Necessidade 169

Fundef - Recursos destinados exclusivamente à sua manutenção - Movimentação irregular - Improbidade administrativa - Caracterização - Sanções da Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade parcial 116

Improbidade administrativa - Ex-prefeito - Lei 8.429/92 - Aplicabilidade - Ausência de prestação de contas - Improbidade caracterizada 179

AÇÃO COMINATÓRIA
Obrigação de fazer - Plano de saúde - CDC - Aplicabilidade - *Stent* farmacológico - Implantação - Negativa de cobertura - Angioplastia - Cláusula obscura - Interpretação em favor do consumidor 182

AÇÃO DE COBRANÇA
Direitos autorais - Evento carnavalesco - Praça pública - Execução de obras musicais - Pagamento devido . . .118

Indenização - Dano moral - Dano material - Cumulação de ações - Agravos retidos - Veículo - Furto em via pública - Perfil do segurado - Condutor principal - Região de circulação do veículo - Agravamento do risco - Perda do direito 300

Locação - Fiança - Contrato por prazo determinado - Cláusula de responsabilidade até a desocupação do imóvel - Ausência de aditamento - Prorrogação do contrato por prazo indeterminado - Aluguéis inadimplidos - Pagamento - Fiador - Responsabilidade até a efetiva entrega das chaves - Súmula 214 do STJ - Inaplicabilidade 287

Serviços educacionais - Mensalidades - Inadimplemento - Alegação de doença na família - Audiência de instrução e julgamento - Descabimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 269

AÇÃO DE INDÉBITO
Serviço público - Telefonia - PIS e Cofins - Repasse ao consumidor - Preço dos serviços - Incidência - Exclusão e restituição devidas - Prescrição decenal 298

AÇÃO DECLARATÓRIA
Duplicata - Protesto - Suspensão - Tutela antecipada - Requisitos - Garantia - Modalidade 306

Plano de saúde - Morte de associado - Separação judicial anterior - Ex-mulher - Dependente - Perda da condição - Novo plano - Migração - Regularidade 239

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Lei municipal de Juiz de Fora - Serviços de táxi - Permissão para a exploração - Encerramento da atividade pelo profissional - Revogação da permissão - Dispositivo revogado - Espaço para a comercialização da permissão com terceiros - Violação de disposição constitucional sobre permissão de serviços públicos - Princípios da obrigatoriedade de licitação e da razoabilidade - Infringência - Lei declarada inconstitucional 76

Lei nº 9.319/07, inciso VI, art. 5º, e Decreto nº 12.615/07 do Município de Belo Horizonte - Guarda Municipal - Poder de atuação - Trânsito - Policiamento - Sanção pecuniária aos infratores - Possibilidade - Representação julgada improcedente - Voto vencido parcial 78

AÇÃO MONITÓRIA
Nota promissória prescrita - Prescrição da ação - Prazo de 5 (cinco) anos - Art. 206, § 5º, do CC/2002 - Jurisprudência dominante do TJMG - Art. 557 do CPC - Agravo legal - Não provimento 236

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE
Exame de DNA - Negativa de realização no pleito investigatório - Relativização da coisa julgada - Impossibilidade 120

AÇÃO ORDINÁRIA
Produtividade - Prêmio - Lei Estadual nº 14.694/03 - Natureza *propter laborem* - Extensão a servidora no gozo de licença-maternidade - Impossibilidade 147

AÇÃO POPULAR
Lei municipal - Desafetação de parte de via pública - Permuta com particular - Possibilidade 114

Ministério Público - Intimação - Ausência - Nulidade 152

AÇÃO REIVINDICATÓRIA
Condomínio civil - Área comum - Não cabimento - Dissídio jurisprudencial não demonstrado (STJ) 368

AÇÃO RESCISÓRIA
Prova falsa - Alegação - Inconsistência - Decisão rescindenda - Conclusão - Fundamento diverso - Rescindibilidade - Inocorrência 188

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Indenização - Art. 37 do Código de Trânsito Brasileiro - Violação - Culpa comprovada - Dever de indenizar . .173

ADVOGADO DATIVO
Honorários advocatícios - Advogado dativo - Nomeação pelo juiz - Lei Estadual nº 13.166/99 - Ônus do Estado - Litigância de má-fé - Não configuração 250

AGRAVO
Ação monitória - Nota promissória prescrita - Prescrição da ação - Prazo de 5 (cinco) anos - Art. 206, § 5º, do CC/2002 - Jurisprudência dominante do TJMG - Art. 557 do CPC - Agravo legal - Não provimento 236

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
Remição da pena - Trabalho e estudo - Simultaneidade - Consideração das duas atividades - Possibilidade . . .321

AGRAVO DE INSTRUMENTO
Conversão para a forma retida - Inviabilidade - Mandado de segurança - Licitação - Regularidade fiscal - Participação independente - Plausibilidade do direito - Não comprovação - Impossibilidade 145

Imissão na posse - Liminar 248

Liminar - Titular de marca - Registro no INPI - Semelhança de nomenclaturas - Empresa diversa - Utilização - Confusão entre os consumidores - Abstenção do uso da marca 282

ALIENAÇÃO DE IMÓVEL
Propriedade de filha menor - Benfeitorias - Realização em outro imóvel pertencente à menor - Vantagem - Aumento patrimonial - Comprovação - Alvará judicial 175

ALIMENTOS
Avó paterna - Responsabilidade subsidiária - Binômio necessidade/possibilidade - Observância - Defensor público - Honorários advocatícios - Sucumbência - Verba devida à Defensoria Pública 166

Execução - Desemprego do alimentante - Desconto em folha - Exoneração - Impossibilidade 139

Fixação - Espólio - Obrigação não constituída antes da morte do devedor - Impossibilidade 143

ALUNO APRENDIZ
Escola pública profissionalizante - Averbação de tempo de serviço - Contabilização para fins de adicionais e aposentadoria - Retribuição à conta do orçamento da União - Ausência de comprovação - Autor - Ônus da prova . . .205

ALVARÁ JUDICIAL
Alienação de imóvel - Propriedade de filha menor - Benfeitorias - Realização em outro imóvel pertencente à menor - Vantagem - Aumento patrimonial - Comprovação 175

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
Prova inequívoca e verossimilhança - Caracterização 190

APLICAÇÃO FINANCEIRA
Desaparecimento do dinheiro - Devolução posterior - Indenização - Dano moral - Não configuração 274

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Privilégio - § 2º do art. 155 do CP - Aplicabilidade - Pena - Redução - Substituição por restritiva de direitos - Nulidade relativa - Defesa deficiente - Prejuízo para o réu - Ausência de prova - Súmula 523 do STF 318

ARROLAMENTO DE BENS
Processo cautelar - Encerramento - Simples referência - Requisitos essenciais - Inobservância - Nulidade da sentença 159

ARTIGO JURÍDICO
A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade - Christiane Vieira Soares Pedersoli 39

Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos - Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira 50

Interpretação constitucional e compreensiva da caução do art. 835 do Código de Processo Civil na dicção da Lei 11.382, de 06.12.2006, e do Protocolo de Las Leñas (Decreto nº 2.067, de 12.11.1996) - Sérgio Álvares Contagem 55

Juiz e ética - Saulo Versiani Penna 19

Municípios e a regularização fundiária - Armando Ghedini Neto 28

AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO
Necessidade - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Violência ou ameaça de violência contra a mulher - Insuficiência de provas - Concessão *inaudita altera parte* - Impossibilidade 342

AUXÍLIO-DOENÇA
INSS - Antecipação de tutela - Requisitos - Comprovação - Decisão - Nulidade - Ausência de fundamentação - Não ocorrência 246

AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO
Contabilização para adicionais e aposentadoria - Aluno aprendiz - Escola pública profissionalizante - Retribuição à conta do orçamento da União - Ausência de comprovação - Autor - Ônus da prova 205

B

BEM DE FAMÍLIA
Lote - Penhora - Imóvel constituído por lotes contíguos - Residência - Bem de família - Impenhorabilidade - Embargos de terceiro 272

BUSCA E APREENSÃO
Conversão em ação de execução - Possibilidade - Pedido imediato - Alteração - Modificação do procedimento - Admissibilidade 228

C

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA
Nulidade - Acolhimento - Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - IPTU - TRC 212

CHEQUE
Data adulterada - Banco - Responsabilidade objetiva - Cadastro de inadimplentes - Inclusão - Negativações precedentes - Existência - Dano moral - Inexistência - Dano material - Ausência de prova - Súmula 385 do STJ - Indenização 241

CHEQUE PRÉ-DATADO
Depósito antecipado - Inclusão do nome do emitente nos cadastros da Serasa - Dano moral - Indenização - Valor - Critério de fixação 262

CITAÇÃO
Demora - Culpa da máquina judiciária - Prescrição - Não ocorrência 277

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO
Validade - Execução - Contrato de adesão - Termo de confissão de dívida - Relação de consumo - Não configuração 195

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
Art. 302 do CTB - Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Motorista profissional - Pena - Suspensão da habilitação para dirigir - Constitucionalidade 65

COMPETÊNCIA
Alteração - Não ocorrência - Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso de drogas - Infração de menor potencial ofensivo - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Vista ao Ministério Público - Remessa dos autos à origem 350

Servidor público - Contrato temporário - Agravo regimental - Administrativo e processual - Regime jurídico administrativo - ADI nº 3.395/DF-MC - Ausência de argumentos susceptíveis de modificar a decisão agravada - Agravo regimental não provido (STF) 378

Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Abuso de autoridade - Juízes da Justiça Militar - Procuração - Menção ao fato criminoso - Regularidade - Denúncia - Omissão do Ministério Público - Não caracterização - Queixa - Rejeição - Ilegitimidade ativa - Prescrição - Ocorrência 70

COMPETÊNCIA TERRITORIAL
Indenização - Ilicitude em programa televisionado - Dano moral - Foro do domicílio do autor - Possibilidade - Art. 100, inciso V, alínea a, do CPC 201

COMPRA E VENDA
Veículo usado - Bem durável - Vício oculto - Reparação - Prazo - Exercício do direito no prazo legal - Ausência - Decadência - Pedido de reparação - Apreciação - Bem - Ausência de vício - Reparação indevida 257

CONCURSO DE PESSOAS
Latrocínio - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Participação de menor importância - Não ocorrência - Pluralidade de vítimas - Concurso formal - Caracterização 354

Não caracterização - Porte ilegal de arma de fogo - Liame subjetivo - Ausência - Declaração da vítima - Relevância - Absolvição - Extensão dos efeitos do julgado ao corréu 353

CONCURSO PÚBLICO
Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Nomeação - Direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem 154

Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Prazo de validade do concurso - Contratação precária - Desrespeito à ordem de classificação - Ilegalidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem 113

CONDOMÍNIO
Ação reivindicatória - Área comum - Não cabimento - Dissídio jurisprudencial não demonstrado (STJ) 368

Taxa - Critério de rateio - Convenção - Validade - Consignação em pagamento 141

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
Condomínio - Taxa - Critério de rateio - Convenção - Validade 141

Contrato - Financiamento habitacional - Prestações - Depósito insuficiente 253

CONTA BANCÁRIA
Bloqueio - Requisição - Bacen-Jud - Impossibilidade - Recurso criptográfico - Emprego - Necessidade - Informação eletrônica - Segurança 191

CONTA-CORRENTE
Descontos - Débito do correntista - Amortização - Autorização - Validade - Subsistência do devedor - Inviabilidade - Limitação do valor do débito 216

CONTRATO
Financiamento habitacional - Prestações - Depósito insuficiente 253

CONTRATO DE ADESÃO
Execução - Termo de confissão de dívida - Relação de consumo - Não configuração - Cláusula de eleição de foro - Validade 195

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
Recurso - Extraordinário - Inadmissibilidade - Lei Complementar nº 84/96 - Tributo - Contribuição social devida pelas cooperativas - Constitucionalidade - Jurisprudência assentada - Ausência de razões consistentes - Decisão mantida - Agravo regimental improvido - Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte - Agravo regimental - Jurisprudência assentada sobre a matéria - Caráter meramente abusivo - Litigância de má-fé - Imposição de multa - Aplicação do art. 557, § 2º, CC - Os arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC (STF) 381

CORRUPÇÃO DE MENORES
Penal - Recurso especial - Corrupção de menores - Crime formal - Prévia corrupção do adolescente - Criação de novo risco ao bem jurídico tutelado - Interpretação sistêmica e teleológica da norma penal incriminadora - Tipicidade da conduta reconhecida - Recurso provido - Prescrição intercorrente - Extinção da punibilidade (STJ) 365

CRÉDITO TRIBUTÁRIO
Exigibilidade - Afastamento - Depósito administrativo para a suspensão desta - Mandado de segurança - Decisão concessiva da segurança - Trânsito em julgado - Pedido de levantamento dos valores depositados - Indeferimento via administrativa - Novo pedido no bojo do mandado de segurança - Via judicial - Possibilidade - Art. 213 da Lei 6.763/75 133

Parcelamento - Débito fiscal - Reconhecimento pelo devedor - Suspensão da exigibilidade - Execução fiscal - Extinção do processo - Impossibilidade 153

CRIME AMBIENTAL
Art. 54 da Lei 9.605/98 - Poluição - Dano efetivo ao meio ambiente - Ausência de prova - Absolvição 335

CRIME CONTINUADO
Não caracterização - Furto qualificado tentado - Prova - Configuração 349

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA
Venda de combustíveis adulterados - Julgamento - Competência - Justiça Comum - Art. 7º, II, da Lei 8.137/90 - Tipificação - Crime contra as relações de consumo - Dolo caracterizado - Condenação 325

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO
Crime contra a ordem econômica - Venda de combustíveis adulterados - Julgamento - Competência - Justiça Comum - Art. 7º, II, da Lei 8.137/90 - Tipificação - Dolo caracterizado - Condenação 325

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Destruição de floresta considerada de preservação permanente - Ausência de prova - Absolvição - Impedimento da regeneração natural da vegetação - Delito caracterizado - Condenação 322

CUSTAS
Processo penal - Isenção do pagamento - Concessão de ofício 315

D

DANO AO MEIO AMBIENTE
Ação civil pública - Reparação da área atingida - Indenização - Possibilidade - Quantificação do dano - Necessidade 169

DANO MORAL
Ausência de prova - Descumprimento contratual - Meros dissabores - Indenização - Descabimento 129

Cheque pré-datado - Depósito antecipado - Inclusão do nome do emitente nos cadastros da Serasa - Indenização - Valor - Critério de fixação 262

Consumidor - Queda em restaurante - Agressões físicas sofridas por preposto do estabelecimento - Falha na prestação dos serviços - Ausência de culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do CDC - Aplicabilidade - Indenização - Valor - Critério de fixação 290

Indenização - Ilicitude em programa televisionado - Foro do domicílio do autor - Possibilidade - Art. 100, inciso V, alínea a, do CPC 201

Telefone celular - Furto do aparelho - Período de carência - Inexecução involuntária - Rescisão do contrato - Multa indevida - Indenização - Não cabimento 223

DECRETO

12.615/07 do Município de Belo Horizonte - Ação direta de inconstitucionalidade - Guarda Municipal - Poder de atuação - Trânsito - Policiamento - Sanção pecuniária aos infratores - Possibilidade - Representação julgada improcedente - Voto vencido parcial 78

DEFESA DEFICIENTE

Prejuízo para o réu - Ausência de prova - Nulidade relativa - Súmula 523 do STF - Aplicabilidade 318

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Comunicação falsa de crime - Impossibilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Pena de multa - Prestação de serviços à comunidade 337

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME

Denunciação caluniosa - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Comunicação falsa de crime - Impossibilidade 337

Latrocínio - Desclassificação para homicídio simples - Nova definição jurídica do fato - Art. 384 do CPP - Inobservância - Princípio da correlação - Violação - Sentença criminal - Nulidade 317

Lesão corporal seguida de morte - Autoria e materialidade - Ausência de prova - *Emendatio libelli* - Desclassificação do crime para homicídio culposo - Possibilidade - Suspensão condicional do processo - Custas - Isenção do pagamento - Concessão de ofício 315

Roubo majorado - Desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões e lesão corporal leve - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade 339

Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso de drogas - Infração de menor potencial ofensivo - Alteração da competência - Não ocorrência - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Vista ao Ministério Público - Remessa dos autos à origem 350

DEVIDO PROCESSO LEGAL

Violação - Execução de obrigação de fazer - Termo de ajustamento de conduta - Conversão em rito ordinário - Ato de ofício 125

DIREITO À SAÚDE

Vaga em CTI - Internação regulada pelo Estado - SUS fácil - Requerimento do Município - Omissão do Estado - Paciente internado em Pronto Atendimento Municipal (PAM) - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Procuradoria do Município - Representação do paciente - Impossibilidade 179

DIREITO AUTORAL

Cobrança - Evento carnavalesco - Praça pública - Execução de obras musicais - Pagamento devido 118

Obra literária - Apoderamento ideal - Plágio - Elementos caracterizadores - Ausência 207

DIREITO DE PASSAGEM DE TRÂNSITO
Encravamento - Audiência de justificação - Necessidade - Reintegração de posse - Liminar cassada 168

DIREITO DE PREFERÊNCIA
Decadência - Depósito - Prazo - Imóvel rural - Módulo rural - Divisibilidade - Art. 504 do Código Civil - Inaplicabilidade - Adquirente condômino 270

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE
Ausência de *affectio societatis* - Sociedade limitada com dois sócios de capital idêntico - Exclusão do outro - Impossibilidade - Dissolução total da sociedade - Medida que se impõe 163

DOUTRINA - Vide: artigo jurídico

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Art. 791, III, do CPC - Suspensão do processo - Prescrição intercorrente - Impossibilidade - Exequente - Intimação pessoal - Necessidade - Bem de família - Devedor - Proprietário de mais de um imóvel - Entidade familiar - Imóvel utilizado como moradia permanente - Direito à proteção da Lei 8.009/90 266

Bem de família - Parte de imóvel não utilizada como moradia - Desmembramento - Penhora - Possibilidade . .261

Termo de penhora - Assinatura do devedor - Ausência - Possibilidade - Prazo para interposição - Intimação da penhora 242

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
Efeito suspensivo - Excepcionalidade 161

IPTU - Taxa de coleta de resíduos - Cobrança - Guia de recolhimento - Notificação pessoal - Desnecessidade - Não recebimento da guia - Ausência de prova - Notificação por edital - Possibilidade 186

EMBARGOS DE TERCEIRO
Lote - Penhora - Imóvel constituído por lotes contíguos - Residência - Bem de família - Impenhorabilidade 272

Reintegração de posse - Agravo retido - Justiça gratuita indeferida - Mérito - Transferência de permissão de táxi - Não constitui objeto da lide - Impossibilidade de transferência sem consentimento do Poder Público 284

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
Crime de perigo abstrato - Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - Alteração - Lei 11.705/08 - Constitucionalidade - Absolvição sumária - Impossibilidade 341

EMENDATIO LIBELLI
Segunda instância - Admissibilidade - Desclassificação do crime - Possibilidade 339

ERRO MÉDICO
Prova - Ausência - Cirurgia de vasectomia - Gravidez posterior 214

ESPÓLIO
Alimentos - Fixação - Obrigação não constituída antes da morte do devedor - Impossibilidade 143

ESTUPRO
Habeas corpus - Penal e processual penal - Estupro - Violência presumida - Caráter absoluto (STF) 378

EXECUÇÃO
Alimentos - Desemprego do alimentante - Desconto em folha - Exoneração - Impossibilidade 139

Penhora - Bem de família - Parte de imóvel não utilizada como moradia - Desmembramento - Possibilidade . . .261

Penhora de renda de pessoa jurídica - Possibilidade - Medida excepcional - Esgotamento dos meios - Necessidade de comprovação 219

Termo de confissão de dívida - Contrato de adesão - Relação de consumo - Não configuração - Cláusula de eleição de foro - Validade 195

EXECUÇÃO DA PENA
Indulto - Condenado paraplégico - Concurso de crimes - Cometimento de um dos crimes após a paraplegia - Benefício negado - Decisão - Fundamentação - Validade 360

EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER
Termo de ajustamento de conduta - Conversão do rito em ordinário - Ato de ofício - Devido processo legal - Violação 125

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL
Penhora - Bem indicado em outra execução - Propriedade do bem constrito - Ausência de prova - Desconstituição da penhora - Dedução via embargos de terceiro 229

EXECUÇÃO FISCAL
Coobrigadas - Prescrição - Não ocorrência - Empresa executada - Citação - Validade - Interrupção da prescrição - Art. 125, III, do CTN - Inclusão das sócias - Possibilidade - Precedente do STJ 137

Crédito tributário - Parcelamento - Débito fiscal - Reconhecimento pelo devedor - Suspensão da exigibilidade - Extinção do processo - Impossibilidade 153

Exceção de pré-executividade - IPTU - TCR - Imóvel inexistente - Certidão de dívida ativa - Nulidade - Acolhimento - Honorários advocatícios - Possibilidade 212

Pessoa jurídica - Responsabilidade tributária - Redirecionamento - Pessoa dos sócios - Empresa não localizada - Atividades - Suspensão - Dissolução irregular - Inclusão no polo passivo 187

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA
Documento autenticado - Documento original - Desnecessidade 211

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES
Desclassificação do crime - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade 339

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS
Instituição financeira - Cumprimento de sentença - Multa cominatória - Descabimento 218

F

FRAUDE CONTRA CREDORES
Reconhecimento em outra ação - Coisa julgada - Decisão perante terceiros - Ineficácia - Art. 472 do CPC . . .150

FUNDEF
Recursos destinados exclusivamente à sua manutenção - Movimentação irregular - Improbidade administrativa - Caracterização - Sanções da Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade parcial - Ação civil pública 116

FURTO DE USO
Configuração - Absolvição - Furto qualificado - Autoria - Materialidade - Prova - Elemento subjetivo - Inexistência - Atipicidade 347

FURTO FAMÉLICO
Caracterização - Andarilho - Subtração de alimento - Estado de necessidade - Absolvição 309

FURTO QUALIFICADO
Autoria - Materialidade - Prova - Causa de aumento de pena - Repouso noturno - Inaplicabilidade - Redução da pena 329

Tentativa - Prova - Configuração - Crime continuado - Não caracterização 349

G

GUARDA DE MENOR
Avó materna - Concessão - Situação fática - Existência - Regularização - Previsão legal 121

GUARDA MUNICIPAL
Poder de atuação - Trânsito - Policiamento - Sanção pecuniária aos infratores - Possibilidade - Representação julgada improcedente - Voto vencido parcial - Lei nº 9.319/07, inciso VI, art. 5º, e Decreto nº 12.615/07 do Município de Belo Horizonte 78

H

HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR
Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Motorista profissional - Pena - Suspensão da habilitação para dirigir - Constitucionalidade 65

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO
Ocultação de cadáver - Materialidade - Prova - Indícios de autoria - Sentença de pronúncia - Qualificadora - Ciúme - Motivo fútil - Não caracterização - Exclusão - Possibilidade 332

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Inimputabilidade do réu - Absolvição sumária - Lei 11.689/08 - Art. 574, II, do Código de Processo Penal - Revogação tácita - Recurso de oficio - Não conhecimento 330

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Advogado dativo - Nomeação pelo juiz - Lei Estadual nº 13.166/99 - Ônus do Estado - Litigância de má-fé - Não configuração 250

Defensor público - Sucumbência - Verba devida à Defensoria Pública 166

I

ILEGITIMIDADE ATIVA
Abuso de autoridade - Juízes da Justiça Militar - Competência - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Procuração - Menção ao fato criminoso - Regularidade - Denúncia - Omissão do Ministério Público - Não caracterização - Queixa - Rejeição - Prescrição - Ocorrência 70

IMISSÃO NA POSSE
Liminar - Agravo de Instrumento 248

IMÓVEL
Promessa de compra e venda - Legitimidade passiva - Plano material - Titularidade de direitos e deveres - Imobiliária - Simples procuradora - Ilegitimidade passiva 235

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Ação civil pública - Ex-prefeito - Lei 8.429/92 - Aplicabilidade - Ausência de prestação de contas - Improbidade caracterizada 179

Caracterização - Fundef - Recursos destinados exclusivamente à sua manutenção - Movimentação irregular - Sanções da Lei nº 8429/92 - Aplicabilidade parcial - Ação civil pública 116

Prestação de serviços exclusivos ao Município - Constituição irregular de pessoa jurídica - Prejuízo ao erário - Princípios administrativos - Violação - Penalidade 263

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Motorista profissional - Pena - Suspensão da habilitação para dirigir - Constitucionalidade 65

INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Processual civil e tributário - Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário - Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor - Faculdade do credor - Recurso especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC (STJ) 370

INDENIZAÇÃO

Acidente de trânsito - Art. 37 do Código de Trânsito Brasileiro - Violação - Culpa comprovada - Dever de indenizar 173

Aplicação financeira - Desaparecimento do dinheiro - Devolução posterior - Dano moral - Não configuração . . .274

Cheque - Data adulterada - Banco - Responsabilidade objetiva - Cadastro de inadimplentes - Inclusão - Negativações precedentes - Existência - Dano moral - Inexistência - Dano material - Ausência de prova - Súmula 385 do STJ . .241

Cirurgia de vasectomia - Gravidez posterior - Erro médico - Prova - Ausência 214

Consumidor - Queda em restaurante - Agressões físicas sofridas por preposto do estabelecimento - Dano moral - Falha na prestação dos serviços - Ausência de culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do CDC - Aplicabilidade - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação 290

Dano ao meio ambiente - Reparação da área atingida - Possibilidade - Quantificação do dano - Necessidade - Ação civil pública 169

Dano material - Dano moral e estético - Agressão física - Lesão corporal - Responsabilidade civil de indenizar - Verificação - *Quantum* indenizatório - Arbitramento 230

Dano material - Relação de consumo - Monitoramento de alarme - Contrato - Prestação de serviço - Falha - Roubo - Delito praticado por preposto da empresa contratada - Culpa *in elegendo* - Responsabilidade civil - Configuração - Descumprimento contratual - Meros dissabores - Dano moral - Ausência de prova - Descabimento 129

Dano moral - Dano material - Ação de cobrança - Cumulação - Agravos retidos - Veículo - Furto em via pública - Perfil do segurado - Condutor principal - Região de circulação do veículo - Agravamento do risco - Perda do direito 300

Dano moral - Dano material - Tutela antecipada - Rede de esgoto - Reparo imediato - Impossibilidade - Viabilidade técnica não evidenciada - Requisito do art. 273 do CPC - Ausência 126

Ilicitude em programa televisionado - Dano moral - Competência territorial - Foro do domicílio do autor - Possibilidade - Art. 100, inciso V, alínea *a*, do CPC 201

Ônibus coletivo - Assalto - Responsabilidade objetiva - Caso fortuito externo - Dever de indenizar - Exclusão . .295

INDULTO

Execução da pena - Condenado paraplégico - Concurso de crimes - Cometimento de um dos crimes após a paraplegia - Benefício negado - Decisão - Fundamentação - Validade 360

INSS
Auxílio-doença - Antecipação de tutela - Requisitos - Comprovação - Decisão - Nulidade - Ausência de fundamentação - Não ocorrência 246

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Cumprimento de sentença - Exibição de documentos - Multa cominatória - Descabimento 218

IPTU
Embargos à execução fiscal - Taxa de resíduos - Cobrança - Guia de recolhimento - Notificação pessoal - Desnecessidade - Não recebimento da guia - Ausência de prova - Notificação por edital - Possibilidade 186

Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - TCR - Imóvel inexistente - Certidão de dívida ativa - Nulidade - Acolhimento - Honorários advocatícios - Possibilidade 212

IPVA
Deficiente físico - Isenção - Previsão legal - Mandado de segurança - Concessão da ordem 158

L

LATROCÍNIO
Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Concurso de pessoas - Participação de menor importância - Não ocorrência - Pluralidade de vítimas - Concurso formal - Caracterização - Circunstâncias judiciais - Redução da pena 354

Desclassificação do crime para homicídio simples - Nova definição jurídica do fato - Art. 384 do CPP - Inobservância - Princípio da correlação - Violação - Sentença criminal - Nulidade 317

LEGITIMIDADE PASSIVA
Plano material - Titularidade de direitos e deveres - Imóvel - Promessa de compra e venda - Imobiliária - Simples procuradora - Ilegitimidade passiva 235

LEI
8.137/90 - Art. 7º, II - Tipificação - Crime contra as relações de consumo - Venda de combustíveis adulterados - Julgamento - Competência - Justiça Comum - Dolo caracterizado - Condenação 325

8.429/92 - Sanções - Aplicabilidade parcial - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Caracterização - Fundef - Recursos destinados exclusivamente à sua manutenção - Movimentação irregular 116

9.319/07, inciso VI, art. 5º, do Município de Belo Horizonte - Ação direta de inconstitucionalidade - Guarda Municipal - Poder de atuação - Trânsito - Policiamento - Sanção pecuniária aos infratores - Possibilidade - Representação julgada improcedente - Voto vencido parcial 78

11.689/08 - Art. 574, II, do Código de Processo penal - Revogação tácita - Homicídio qualificado - Absolvição sumária - Recurso de oficio - Não conhecimento 330

14.694/03 - Produtividade - Prêmio - Extensão a servidora no gozo de licença-maternidade - Impossibilidade . . .147

LEI MARIA DA PENHA
Medidas protetivas de urgência - Violência ou ameaça de violência contra a mulher - Insuficiência de provas - Concessão *inaudita altera parte* - Impossibilidade - Audiência de justificação - Necessidade 342

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE
Autoria e materialidade - Ausência de prova - *Emendatio libelli* - Desclassificação do crime - Homicídio culposo - Possibilidade - Suspensão condicional do processo - Custas - Isenção do pagamento - Concessão de ofício . . .315

LICITAÇÃO
Regularidade fiscal - Participação independente - Plausibilidade do direito - Não comprovação - Impossibilidade . . .145

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ
Imposição de multa - Aplicação do art. 557, § 2º, cc. os arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC - Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar a multa ao agravado (STF) 381

LOCAÇÃO
Fiança - Contrato por prazo determinado - Cláusula de responsabilidade até a desocupação do imóvel - Ausência de aditamento - Prorrogação do contrato por prazo indeterminado - Aluguéis inadimplidos - Pagamento - Fiador - Responsabilidade até a efetiva entrega das chaves - Súmula 214 do STJ - Inaplicabilidade 287

M

MANDADO DE SEGURANÇA
Concessão - Concurso público - Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Nomeação - Direito líquido e certo 154

Concessão - Concurso público - Aprovação - Classificação dentro do número de vagas - Prazo de validade do concurso - Contratação precária - Desrespeito à ordem de classificação - Ilegalidade 113

Concessão - Deficiente físico - IPVA - Isenção - Previsão legal 158

Concessão - Prestação de informações - Interesse particular, coletivo ou geral - Princípio da publicidade dos atos administrativos - Art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal 135

Exigibilidade do crédito tributário - Afastamento - Depósito administrativo para a suspensão desta - Decisão concessiva da segurança - Trânsito em julgado - Pedido de levantamento dos valores depositados - Indeferimento via administrativa - Novo pedido no bojo do mandado de segurança - Via judicial - Possibilidade - Art. 213 da Lei 6.763/75 133

Servidora municipal - Ato de transferência - Motivação desarrazoada e ilegítima - Ilegalidade - Abuso de poder - Configuração 177

MANUTENÇÃO DE POSSE
Servidão - Passagem de pedestres - Ampliação permitindo a passagem de veículos automotores - Turbação . . .259

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
Lei Maria da Penha - Violência ou ameaça de violência contra a mulher - Insuficiência de provas - Concessão *inaudita altera parte* - Impossibilidade - Audiência de justificação - Necessidade 342

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - José Domingues Ferreira Esteves (1940-2010) 15

Nota histórica - Primórdios da Justiça Portuguesa no Brasil Colonial - Luiz Carlos Biasutti 16

MINISTÉRIO PÚBLICO
Intimação - Ausência - Nulidade - Ação popular 152

MÓDULO RURAL
Direito de preferência - Decadência - Prazo - Imóvel rural - Divisibilidade - Art. 504 do Código Civil - Inaplicabilidade - Adquirente condômino 270

MULTA COMINATÓRIA
Exibição de documentos - Descabimento - Instituição financeira - Cumprimento de sentença 218

N

NOTA BIOGRÁFICA
José Domingues Ferreira Esteves (1940-2010) - Memória do Judiciário Mineiro 15

NOTA HISTÓRICA
Primórdios da Justiça Portuguesa no Brasil Colonial - Memória do Judiciário Mineiro - Luiz Carlos Biasutti 16

NULIDADE
Ação popular - Ministério Público - Intimação - Ausência 152

NULIDADE RELATIVA
Defesa deficiente - Prejuízo para o réu - Ausência de prova - Súmula 523 do STF - Aplicabilidade 318

P

PEDIDO IMEDIATO
Alteração - Modificação do procedimento - Admissibilidade - Busca e apreensão - Conversão em ação de execução - Possibilidade 228

PENA
Fixação - Critério trifásico - Circunstância agravante - Reincidência - Utilização na primeira fase - Majoração da pena-base - *Bis in idem* - Impossibilidade - Personalidade do agente - Circunstância judicial favorável - Menoridade - Atenuante - Redução 310

Redução - Circunstâncias judiciais - Latrocínio 354

PENHORA
Bem de família - Parte de imóvel não utilizada como moradia - Desmembramento - Possibilidade 261

Bem indicado em outra execução - Propriedade do bem constrito - Ausência de prova - Desconstituição da penhora - Dedução via embargos de terceiro 229

PENHORA DE RENDA DE PESSOA FÍSICA
Execução - Possibilidade - Medida excepcional - Esgotamento dos meios - Necessidade de comprovação . . .219

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
Táxi - Encerramento da atividade pelo profissional - Revogação da permissão - Dispositivo revogado - Espaço para a comercialização da permissão com terceiros - Violação de disposição constitucional sobre permissão de serviços públicos - Princípios da obrigatoriedade de licitação e da razoabilidade - Infringência - Lei municipal de Juiz de Fora declarada inconstitucional 76

PLANO DE SAÚDE
Ação cominatória - Obrigação de fazer - CDC - Aplicabilidade - *Stent* farmacológico - Implantação - Negativa de cobertura - Angioplastia - Cláusula obscura - Interpretação em favor do consumidor 182

Contrato de adesão - Relação de consumo - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Manutenção do contrato e atendimento - Direito à vida 210

Morte de associado - Separação judicial anterior - Ex-mulher - Dependente - Perda de condição - Novo plano - Migração - Regularidade - Ação declaratória 239

Recém-nascido - Procedimento médico - Urgência/emergência - Cobertura assistencial - Obrigatoriedade - Arts. 12, III, a, e 35-C da Lei nº 9.656/98 - Relação de consumo - Prestação de serviços médicos e hospitalares - Contrato de adesão - Cláusulas - Interpretação favorável à parte hipossuficente 225

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
Concurso de pessoas - Não caracterização - Liame subjetivo - Ausência - Declaração da vítima - Relevância - Absolvição - Extensão dos efeitos do julgado ao corréu 353

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Arma ineficiente - Conduta atípica - Crime impossível - Absolvição 346

PRESCRIÇÃO
Não ocorrência - Citação - Demora - Culpa da máquina judiciária 277

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS
Mensalidades - Inadimplemento - Alegação de doença na família - Ação de cobrança - Audiência de instrução e julgamento - Descabimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 269

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO
Violação - Latrocínio - Desclassificação para homicídio simples - Nova definição jurídica do fato - Art. 384 do CPP - Inobservância - Sentença criminal - Nulidade 317

PROCEDIMENTO SUMÁRIO
Simplicidade e informalidade - Regra específica - Apresentação de defesa - Peça autônoma para cada espécie - Dispensa 203

PROCESSO ADMINISTRATIVO
Falta disciplinar - Comissão processante - Composição - Servidores não efetivos - Inexistência no Município de servidores efetivos - Possibilidade 123

PROCESSO CAUTELAR
Arrolamento de bens - Encerramento - Simples referência - Requisitos essenciais - Inobservância - Nulidade da sentença 159

PROCURAÇÃO
Regularidade - Menção ao fato criminoso - Abuso de autoridade - Juízes da Justiça Militar - Competência - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Denúncia - Omissão do Ministério Público - Não caracterização - Queixa - Rejeição - Ilegitimidade ativa - Prescrição - Ocorrência 70

PRODUTIVIDADE
Prêmio - Lei Estadual nº 14.694/03 - Natureza *propter laborem* - Extensão a servidora no gozo de licença-maternidade - Impossibilidade - Ação ordinária 147

PRONÚNCIA
Homicídio duplamente qualificado - Ocultação de cadáver - Materialidade - Prova - Indícios de autoria - Qualificadora - Ciúme - Motivo fútil - Não caracterização - Exclusão - Possibilidade 332

R

RECURSO DE OFÍCIO
Não conhecimento - Homicídio qualificado - Absolvição sumária - Lei 11.689/08 - Art. 574, II, do Código de Processo Penal - Revogação tácita - Recurso de oficio - Não conhecimento 330

REGIME JURÍDICO
Agravo regimental - Administrativo e processual - Regime jurídico administrativo - ADI nº 3.395/DF-MC - Ausência de argumentos susceptíveis de modificar a decisão agravada - Agravo regimental não provido (STF) 378

REGISTRO NO INPI
Liminar - Titular de marca - Semelhança de nomenclaturas - Empresa diversa - Utilização - Confusão entre os consumidores - Abstenção do uso da marca 282

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Direito de passagem de trânsito - Encravamento - Audiência de justificação - Necessidade - Liminar cassada . .168

Imóvel - Doação aos filhos com reserva - Separação conjugal - Usufruto - Não uso - Extinção 238

RELAÇÃO DE CONSUMO
Indenização - Dano material - Monitoramento de alarme - Contrato - Prestação de serviço - Falha - Roubo - Delito praticado por preposto da empresa contratada - Culpa *in elegendo* - Responsabilidade civil - Configuração - Descumprimento contratual - Meros dissabores - Dano moral - Ausência de prova - Descabimento 129

REMIÇÃO DA PENA
Trabalho e estudo - Simultaneidade - Consideração das duas atividades - Possibilidade 321

REPOUSO NOTURNO
Inaplicabilidade - Redução da pena - Furto qualificado - Autoria - Materialidade - Prova 329

REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR
Processual civil e tributário - Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário - Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor - Faculdade do credor - Recurso especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC (STJ) 370

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Art. 18 do CDC - Incidência - Veículo novo - Aquisição - Vício de fabricação - Defeitos na pintura - Relação de consumo - Fabricante e revendedor - Solução do problema - Tentativa do réu - Recusa injustificada da autora - Pedido de substituição do produto - Impossibilidade - Voto vencido 198

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
Execução fiscal - Redirecionamento - Pessoa dos sócios - Empresa não localizada - Atividades - Suspensão - Dissolução irregular - Inclusão no polo passivo 187

ROUBO CIRCUNSTANCIADO
Agravo regimental no agravo de instrumento - Penal - Roubo circunstanciado - Ausência de apreensão e perícia na arma de fogo - Dispensabilidade, quando existem outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime - Precedentes desta colenda Turma e do Supremo Tribunal Federal - Recurso desprovido (STJ) 363

Habeas corpus - Penal - Roubo com emprego de arma de fogo - Julgado do Superior Tribunal de Justiça em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Desnecessidade de apreensão da arma e de perícia para a comprovação da causa de aumento - Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova - Precedentes - Ordem denegada (STF) 375

ROUBO MAJORADO
Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões e lesão corporal leve - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade 339

S

SENTENÇA *CITRA PETITA*
Não caracterização - Servidor público - Contratação temporária - Natureza jurídico-administrativa - Pagamento de FGTS - Verba não devida - Arts. 37, IX, e 39, § 3º, da Constituição Federal 156

SENTENÇA CRIMINAL
Nulidade - Princípio da correlação - Violação - Latrocínio - Desclassificação para homicídio simples - Nova definição jurídica do fato - Art. 384 do CPP - Inobservância 317

SENTENÇA DECLARATÓRIA
Processual civil e tributário - Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário - Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor - Faculdade do credor - Recurso especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC (STJ) 370

SERVIÇO PÚBLICO
Telefonia - PIS e Cofins - Repasse ao consumidor - Preço dos serviços - Incidência - Exclusão e restituição devidas - Ação de indébito - Prescrição decenal 298

SERVIDÃO
Passagem de pedestres - Ampliação permitindo a passagem de veículos automotores - Turbação - Manutenção de posse 259

SERVIDOR PÚBLICO
Contratação temporária - Natureza jurídico-administrativa - Pagamento de FGTS - Verba não devida - Arts. 37, IX, e 39, § 3º, da Constituição Federal 156

Contrato temporário - Agravo regimental - Administrativo e processual - Regime jurídico administrativo - ADI nº 3.395/DF-MC - Ausência de argumentos susceptíveis de modificar a decisão agravada - Agravo regimental não provido (STF) 378

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
Possibilidade - Lesão corporal seguida de morte - Autoria e materialidade - Ausência de prova - *Emendatio libelli* - Desclassificação do crime para homicídio culposo 315

T

TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS
Embargos à execução fiscal - Cobrança - Guia de recolhimento - Notificação pessoal - Desnecessidade - Não recebimento da guia - Ausência de prova - Notificação por edital - Possibilidade 186

TÁXI
Permissão de serviço público - Encerramento da atividade pelo profissional - Revogação da permissão - Dispositivo revogado - Espaço para a comercialização da permissão com terceiros - Violação de disposição constitucional sobre permissão de serviços públicos - Princípios da obrigatoriedade de licitação e da razoabilidade - Infringência - Lei municipal de Juiz de Fora declarada inconstitucional 76

TELEFONE CELULAR
Furto do aparelho - Período de carência - Inexecução involuntária - Rescisão do contrato - Multa indevida - Dano moral - Indenização - Não cabimento 223

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
Execução de obrigação de fazer - Conversão do rito em ordinário - Ato de ofício - Devido processo legal - Violação 125

TESTAMENTO

Ministério Público - Intervenção no segundo grau de jurisdição - Ausência de manifestação no primeiro grau - Irregularidade sanável - Testadora - Último ato de vontade - Ausência de vícios - Prova da perfeita razão da testadora - Velhice - Irrelevância 278

TORTURA
Crime cometido por colegas de cela - Lesão corporal grave - Perigo de vida - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Circunstância agravante - Reincidência - Utilização na primeira fase - Majoração da pena-base - *Bis in idem* - Impossibilidade - Personalidade do agente - Circunstância judicial favorável - Menoridade - Atenuante - Redução da pena 310

TRÁFICO DE DROGAS
Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso de drogas - Infração de menor potencial ofensivo - Alteração da competência - Não ocorrência - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Vista ao Ministério Público - Remessa dos autos à origem 350

U

USUCAPIÃO
Citação dos réus confrontantes e Fazendas Públicas - Planta do imóvel e do memorial descritivo - Cópia - Desnecessidade - Ausência de previsão legal 294

V

VEÍCULO NOVO
Aquisição - Vício de fabricação - Defeitos na pintura - Relação de consumo - Fabricante e revendedor - Responsabilidade solidária - Art. 18 do CDC - Incidência - Solução do problema - Tentativa do réu - Recusa injustificada da autora - Pedido de substituição do produto - Impossibilidade - Voto vencido 198

VEÍCULO USADO
Compra e venda - Bem durável - Vício oculto - Reparação - Prazo - Exercício do direito no prazo legal - Ausência - Decadência - Pedido de reparação - Apreciação - Bem - Ausência de vício - Reparação indevida 257

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
Ameaça - Maus-tratos - Instigação ao suicídio - Sujeito ativo - Mulher - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade - Processo e julgamento - Competência - Justiça Comum 328

...