

Jurisprudência Mineira

Ano 67 - v. 219 - outubro a dezembro de 2016



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Wagner Wilson Ferreira

Superintendente Adjunto

Des. Manoel dos Reis Moraes

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos

Des.ª Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza Auxiliar da 2ª Vice-Presidência

Juíza de Direito Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas

Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)

Claudiciano dos Santos Pereira (em substituição)

Alexandre Silva Habib

Bernardino Senna de Oliveira

Cecília Maria Alves Costa

Eliana Whately Moreira

Guilherme de Assis Moreira

Guilherme de Macedo Machado

Leda Jussara Barbosa Andrade

Leila El Bizri Grossi Coura

Maria Amélia Ribeiro Kasakoff

Maria da Consolação Santos

Maria Helena Duarte Cândido

Maurício Tobias de Lacerda

Rosilda da Silva

Sílvia Pereira Tavares

Tadeu Rodrigo Ribeiro

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Rua Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8701

30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil

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

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

Fotos da Capa:

Ricardo Arnaldo Malheiros 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: Cristina Baía Marinho - ASCOM/CECOV

Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

Tiragem: 400 unidades

Distribuída em todo o território nacional

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

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

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2016
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 HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador WAGNER WILSON FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador SAULO VERSIANI PENNA

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador ANDRÉ LEITE PRAÇA

Tribunal Pleno

Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 16.12.2016)

Kildare Gonçalves **Carvalho**

Márcia Maria **Milanez**

Antônio Carlos **Cruvinel**

Wander Paulo **Marotta** **Moreira**

Geraldo **Augusto** de Almeida

Caetano **Levi** **Lopes**

Luiz **Audebert** **Delage** Filho

Belizário Antônio de **Lacerda**

José **Edgard** **Penna** **Amorim** **Pereira**

José Carlos **Moreira** **Diniz**

Paulo **César** **Dias**

Edilson Olímpio **Fernandes**

Maria **Beatriz** **Madureira** **Pinheiro** **Costa** **Caires**

Armando **Freire**

Dárcio **Lopardi** **Mendes**

Valdez **Leite** **Machado**

Alexandre **Victor** de **Carvalho**

Teresa **Cristina** da **Cunha** **Peixoto**

Eduardo **Mariné** da **Cunha**

Alberto **Vilas** **Boas** **Vieira** de **Sousa**

José **Geraldo** **Saldanha** da **Fonseca**

Geraldo **Domingos** **Coelho**

Eduardo **Brum** **Vieira** **Chaves**

Maria das **Graças** **Silva** **Albergaria** dos **Santos** **Costa**

Elias **Camilo** **Sobrinho**

Pedro **Bernardes** de **Oliveira**

Heloísa **Helena** de **Ruiz** **Combat**

José **Flávio** de **Almeida**

Evangelina **Castilho** **Duarte**

Otávio de **Abreu** **Portes**

Luciano **Pinto**

Fernando **Caldeira** **Brant**

Hilda **Maria** **Pôrto** de **Paula** **Teixeira** da **Costa**

José de **Anchieta** da **Mota** e **Silva**

José **Afrânio** **Vilela**

Renato **Martins** **Jacob**

Maurílio **Gabriel** **Diniz**

Wagner **Wilson** **Ferreira**

Pedro **Carlos** **Bitencourt** **Marcondes**

Pedro **Coelho** **Vergara**

Marcelo **Guimarães** **Rodrigues**

Adilson **Lamounier**

Cláudia **Regina** **Guedes** **Maia**

Judimar **Martins** **Biber** **Sampaio**

Álvares **Cabral** da **Silva**

Alberto **Henrique** **Costa** de **Oliveira**

Marcos **Lincoln** dos **Santos**

Rogério Medeiros Garcia de Lima
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Eduardo César Fortuna Grion
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira Bispo
Luiz Carlos Gomes da Mata
Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de Andrada
José Marcos Rodrigues Vieira
Herbert José Almeida Carneiro
Arnaldo Maciel Pinto
Sandra Alves de Santana e Fonseca
Alberto Deodato Maia Barreto Neto
Eduardo Machado Costa
André Leite Praça
Flávio Batista Leite
Nelson Missias de Moraes
Matheus Chaves Jardim
Júlio César Lorens
Rubens Gabriel Soares
Marcílio Eustáquio Santos
Cássio de Souza Salomé
Evandro Lopes da Costa Teixeira
José Osvaldo Corrêa Furtado de Mendonça
Wanderley Salgado de Paiva
Agostinho Gomes de Azevedo
Vitor Inácio Peixoto Parreiras Henriques
José Mauro Catta Preta Leal
Estevão Lucchesi de Carvalho
Saulo Versiani Penna
Áurea Maria Brasil Santos Perez
Osvaldo Oliveira Araújo Firmo
José do Carmo Veiga de Oliveira
Maria Lúza de Marilac Alvarenga Araújo
José Washington Ferreira da Silva
João Cancio de Mello Junior
Jaubert Carneiro Jaques
Jayme Silvestre Corrêa Camargo
Mariangela Meyer Pires Faleiro
Luiz Artur Rocha Hilário
Denise Pinho da Costa Val
Raimundo Messias Júnior
José de Carvalho Barbosa

Márcio Idalmo Santos Miranda
Jair José Varão Pinto Júnior
Moacyr Lobato de Campos Filho
André Luiz Amorim Siqueira
Newton Teixeira Carvalho
Ana Paula Nannetti Caixeta
Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior
Alexandre Quintino Santiago
Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça
Luís Carlos Balbino Gambogi
Sálvio Chaves
Marco Aurelio Ferenzini
Paulo de Carvalho Balbino
Edison Feital Leite
Paulo Calmon Nogueira da Gama
Octavio Augusto De Nigris Bocalini
Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade
Vicente de Oliveira Silva
Roberto Soares de Vasconcellos Paes
Alberto Diniz Júnior
Manoel dos Reis Moraes
Renato Luís Dresch
Sérgio André da Fonseca Xavier
José Arthur de Carvalho Pereira Filho
Pedro Aleixo Neto
Yeda Monteiro Athias
Ângela de Lourdes Rodrigues
Mônica Libânio Rocha Bretas
Wilson Almeida Benevides
José Augusto Lourenço dos Santos
Juliana Campos Horta de Andrade
Shirley Fenzi Bertão
Maurício Torres Soares
Alice de Souza Birchall
Carlos Roberto de Faria
Carlos Henrique Perpétuo Braga
Gilson Soares Lenes
Fernando Vasconcelos Lins
José Américo Martins da Costa

Composição de Câmaras e Grupos (em 16.12.2016) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível Terças-feiras	Segunda Câmara Cível Terças-feiras	Terceira Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores José Edgard Penna Amorim Pereira Armando Freire Alberto Vilas Boas* Pedro Carlos Bitencourt Marcondes José Washington Ferreira da Silva	Desembargadores Caetano Levi Lopes Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa José Afrânio Vilela* Marcelo Guimarães Rodrigues Raimundo Messias Júnior	Desembargadores Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa Elias Camilo Sobrinho* Judimar Martins Biber Sampaio Jair José Varão Pinto Júnior Amauri Pinto Ferreira (Juiz convocado)

* Presidente da Câmara

Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Sexta Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores José Carlos Moreira Diniz Dárcio Lopardi Mendes Heloísa Helena de Ruiz Combat* Ana Paula Nannetti Caixeta Renato Luís Dresch	Desembargadores Wander Paulo Marotta Moreira Áurea Maria Brasil Santos Perez* Moacyr Lobato de Campos Filho Luís Carlos Balbino Gambogi Lílian Maciel Santos (Juíza convocada)	Desembargadores Luiz Audebert Delage Filho* Edilson Olímpio Fernandes Sandra Alves de Santana e Fonseca Luís Carlos de Azevedo Corrêa Júnior Yeda Monteiro Athias

* Presidente da Câmara

Sétima Câmara Cível Terças-feiras	Oitava Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores Belizário Antônio de Lacerda* Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques Oswaldo Oliveira Araújo Firmo Wilson Almeida Benevides Alice Birchall	Desembargadores Teresa Cristina da Cunha Peixoto* Paulo de Carvalho Balbino Ângela de Lourdes Rodrigues Carlos Roberto de Faria Gilson Soares Lemes

* Presidente da Câmara

1ª Seção Cível
Desembargadores da 1ª à 8ª Câmaras Cíveis
Teresa Cristina da Cunha Peixoto Alberto Vilas Boas Vieira de Souza Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa José Afrânio Vilela Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior Luís Carlos Balbino Gambogi Renato Luís Dresch Wilson Almeida Benevides

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras	Décima Primeira Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores Pedro Bernardes de Oliveira Luiz Artur Rocha Hilário Márcio Idalmo Santos Miranda* André Luiz Amorim Siqueira José Arthur de Carvalho Pereira Filho	Desembargadores Álvares Cabral da Silva José do Carmo Veiga de Oliveira Mariangela Meyer Pires Faleiro Vicente de Oliveira Silva* Manoel dos Reis Moraes	Desembargadores Marcos Lincoln dos Santos* Alexandre Quintino Santiago Alberto Diniz Júnior Mônica Libânio Rocha Bretas Shirley Fenzi Bertão

* Presidente da Câmara

Décima Segunda Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores José Geraldo Saldanha da Fonseca* Geraldo Domingos Coelho José Flávio de Almeida José Augusto Lourenço dos Santos Juliana Campos Horta de Andrade	Desembargadores Alberto Henrique Costa de Oliveira Rogério Medeiros Garcia de Lima Luiz Carlos Gomes da Mata* José de Carvalho Barbosa Newton Teixeira Carvalho	Desembargadores Valdez Leite Machado Evangeline Castilho Duarte* Cláudia Regina Guedes Maia Estevão Lucchesi de Carvalho Marco Aurelio Ferenzini

* Presidente da Câmara

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores Maurílio Gabriel Diniz* Tiago Pinto Antônio Carlos de Oliveira Bispo José Américo Martins da Costa Ronaldo Claret de Moraes (Juiz convocado)	Desembargadores Kildare Gonçalves Carvalho Otávio de Abreu Portes José Marcos Rodrigues Vieira* Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade Pedro Aleixo Neto	Desembargadores Luciano Pinto Evandro Lopes da Costa Teixeira* Roberto Soares de Vasconcellos Paes (...)

* Presidente da Câmara

Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores José de Anchieta da Mota e Silva Arnaldo Maciel Pinto* João Cancio de Mello Junior Sérgio André da Fonseca Xavier Fernando Vasconcelos Lins

* Presidente da Câmara

2ª Seção Cível
Desembargadores da 9ª à 18ª Câmaras Cíveis
Luiz Artur Rocha Hilário Álvares Cabral da Silva Alexandre Quintino Santiago Juliana Campos Horta de Andrade Alberto Henrique Costa de Oliveira Cláudia Regina Guedes Maia Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade João Cancio de Mello Junior

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores Alberto Deodato Maia Barreto Neto Flávio Batista Leite Wanderley Salgado Paiva Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça Edison Feital Leite	Desembargadores Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires Renato Martins Jacob* Nelson Missias de Moraes Matheus Chaves Jardim José Mauro Catta Preta Leal	Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel* Paulo César Dias Eduardo César Fortuna Grion Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo Octavio Augusto De Nigris Boccalini

* Presidente da Câmara

Primeiro Grupo de Câmaras Criminais (2ª segunda-feira do mês) - Horário: 13 horas Segunda, Terceira e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. Antônio Carlos Cruvinel

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras	Segundo Grupo de Câmaras Criminais
Desembargadores Eduardo Brum Vieira Chaves Fernando Caldeira Brant Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista* Doorgal Gustavo Borges de Andrada Jayme Silvestre Corrêa Camargo	Desembargadores Alexandre Victor de Carvalho Pedro Coelho Vergara Adilson Lamounier Eduardo Machado Costa* Júlio César Lorens	1ª terça-feira do mês (Quarta e Quinta Câmaras, sob a Presidência do Des. Alexandre Victor de Carvalho) - Horário: 13 horas -

* Presidente da Câmara

Sexta Câmara Criminal Quartas-feiras	Sétima Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceiro Grupo de Câmaras Criminais
Desembargadores Márcia Maria Milanez Rubens Gabriel Soares* José Osvaldo Corrêa Furtado de Mendonça Jaubert Carneiro Jaques Denise Pinho da Costa Val	Desembargadores Marclício Eustáquio Santos Cássio Souza Salomé* Agostinho Gomes de Azevedo Sálvio Chaves Paulo Calmon Nogueira da Gama	1ª terça-feira do mês (Primeira e Sétima Câmaras, sob a Presidência do Des. Alberto Deodato Leite) - Horário: 13 horas -

* Presidente da Câmara

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

Desembargadores

Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Eduardo Machado Costa

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

André Leite Praça
Corregedor-Geral de Justiça

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Júlio César Lorens

Saulo Versiani Penna
Terceiro Vice-Presidente

Luiz Carlos de Azevedo **Corrêa Junior**

Pedro Coelho Vergara

Eduardo Brum Vieira Chaves

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

Desembargadores

Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

José Carlos **Moreira Diniz**

Kildare Gonçalves Carvalho

Paulo César Dias

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Edilson Olímpio Fernandes

Márcia Maria Milanez

Armando Freire

Antônio Carlos Cruvinel

Dárcio Lopardi Mendes

Wander Paulo Marotta Moreira

André Leite Praça
Corregedor-Geral de Justiça

Saulo Versiani Penna
Terceiro Vice-Presidente

Luiz Carlos Gomes da Mata

Sandra Alves de Santana e Fonseca

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

Estevão Lucchesi de Carvalho

Caetano Levi Lopes

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Luiz **Audebert Delage Filho**

José do Carmo **Veiga de Oliveira**

Belizário Antônio de Lacerda

Luiz Artur Rocha Hilário

José **Edgard Penna Amorim Pereira**

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Carlos André Mariani Bittencourt

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

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira

Manoel dos Reis Morais

Paulo Calmon Nogueira da Gama

Ângela de Lourdes Rodrigues

Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza de Direito

Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira - Segundo Vice-Presidente

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Armando Freire

José Flávio de Almeida

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Júlio César Lorens

José Washington Ferreira da Silva

Fernando de Vasconcelos Lins

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Desembargador Ernane Fidelis dos Santos - Nota biográfica.....	15
A evolução da divisão territorial de Minas Gerais sob o prisma da divisão judiciária mineira - Nota histórica	17

DOCTRINA

A construção jurisprudencial da natureza binária do crime de estelionato previdenciário - Rodrigo Szuets de Oliveira - Tamara Pinto dos Santos - Renata Pereira Mayrink.....	27
A multa do art. 461 do CPC: um estudo sobre a tênue linha que separa efetividade e enriquecimento sem justa causa e os antagonismos quanto à titularidade do crédito - Arnaldo Sérgio Alves de Oliveira Filho...	34

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial	41
Jurisprudência Cível	45
Jurisprudência Criminal	311
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	413
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	427
ÍNDICE NUMÉRICO.....	435
ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO	439



Desembargador ERNANE FIDELIS DOS SANTOS

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador Ernane Fidelis dos Santos

O Desembargador Ernane Fidelis dos Santos nasceu em 6 de maio de 1940, em Tupaciguara, no Triângulo Mineiro. Era filho de Adolfo Fidelis dos Santos e Theolinda Fidelis de Lima. Bacharelou-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em 1964. Exerceu a advocacia nos Municípios de Goiatuba, em Goiás, e Tupaciguara.

Ingressou na Magistratura Mineira em 2/10/1968, nomeado Juiz de Direito da Comarca de Prata (1ª Entrância). Assumiu o exercício em 4/10/1968. Removido para Monte Alegre de Minas em 29/4/1970, assumiu o exercício em 4/5/1968. Em 15/5/1971, foi promovido para Monte Carmelo (2ª Entrância). Sua promoção, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Uberlândia ocorreu em 11/3/1976, assumindo suas funções em 12/3/1976. Em 6/6/1981, foi designado pela Portaria nº 095/81, da Corregedoria-Geral de Justiça, para exercer, por um biênio, o cargo de Diretor do Foro de Uberlândia.

Foi promovido para o cargo de 9º Juiz de Direito Auxiliar de Belo Horizonte (Entrância Especial) em 27/5/1989. Em 15/9/1989, foi removido para a 6ª Vara Cível, entrando em exercício na mesma data. Por meio de permuta, passou a titular da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias em 29/8/1991. Em sessão da Corte Superior do dia 8/6/1994, foi eleito membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral (TRE), classe Juiz de Direito.

Foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) em 14/12/1996, conforme Portaria 1.050/96. A posse e o exercício ocorreram em 19/12/1996. Em 25/10/2002, foi publicado o Ato 822/DM/02, promovendo o Magistrado, por merecimento, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Tomou posse e assumiu o exercício na 6ª Câmara Cível em 29/10/2002. Aposentou-se em 3/5/2010.

No Magistério, foi professor de Francês, História, Latim, Filosofia e Educação Moral e Cívica, Direito Internacional Privado e Direito Processual Civil.

Exerceu os cargos de redator da Revista Brasileira de Direito Processual, em Uberaba; diretor da Revista da Faculdade de Direito, em Uberlândia, e diretor da Revista de Julgados do TAMG de 1999 a 2002. Foi membro correspondente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, aprovado pelo Colégio Acadêmico, 57ª Sessão, a partir de 1980; membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro, a partir de 1988, e membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Autor de diversas publicações, recebeu importantes homenagens ao longo da carreira, como Medalha Santos Dumont, Medalha Desembargador Ruy Gouthier de Vilhena, Juiz Destaque do Ano pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Medalha JK e Medalha da Inconfidência.

O Desembargador Ernane Fidelis dos Santos faleceu em 14 de setembro de 2016.

...

* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Reinaldo de Moraes Gomes, sob a supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

A evolução da divisão territorial de Minas Gerais sob o prisma da divisão judiciária mineira

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a relação da divisão territorial de Minas Gerais sob o prisma da divisão judiciária ocorrida em diferentes períodos históricos. É relevante salientar que a Justiça Mineira se constituiu em fator predominante na construção e transformação territorial do Estado. A evolução da rede urbana mineira origina-se de indicadores sociais, econômicos e políticos que, inclusive, ofereceram elementos constitutivos que modificaram a estrutura organizacional da Justiça estadual. A vinculação entre a rede urbana e sua interconexão com a divisão judiciária mineira permite uma melhor compreensão do processo de subdivisão do território mineiro, para a administração da Justiça, resultando na criação das comarcas, que são circunscrições exclusivamente judiciárias. A pesquisa histórica levou em consideração o conjunto de leis que regulou a criação de núcleos urbanos e dedicou-se a uma minuciosa investigação sobre a evolução da divisão judiciária e de que maneira ela funciona como interface entre a divisão administrativa e eclesiástica do Estado. Tais divisões interferiram sobremaneira na transformação da unidade político-territorial nos séculos XVIII e XIX. Observa-se que, tanto na Colônia como no Império, as circunscrições administrativas, judiciárias e eclesiásticas se serviam umas das outras para preencherem lacunas na divisão político-administrativa do território de Minas Gerais. O estudo compreende os seguintes períodos: o primeiro, denominado Colonial e Joanino, refere-se à formação territorial de Minas Gerais; o segundo compreende o processo de organização político-institucional do Império do Brasil, época em que o Tribunal da Relação, órgão de segunda instância da Justiça Mineira, foi criado. Nessa fase, destacam-se os desmembramentos dos grandes núcleos urbanos, baseados, muitas vezes, em interesses políticos, sem a existência de critérios legais. O terceiro período, o Republicano, marca o delineamento de novas diretrizes. Nesse momento, destaca-se a uniformização da legislação quanto à criação de vilas, cidades e comarcas que passaram a obedecer a critérios de sistematização e periodicidade no procedimento de revisão dos quadros da divisão territorial administrativa e judiciária do Estado.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Minas Gerais; História; Divisão Administrativa; Divisão Judiciária.

Introdução

A evolução histórica da divisão territorial de Minas Gerais, Estado com inegável potencial cultural, sempre foi marcada por acontecimentos de grande relevância política. Essa evolução oferece instigante visão do processo de construção da memória do Poder Judiciário tanto no cenário estadual quanto nacional.

Em vista disso, pode-se dizer que o Poder Judiciário mineiro foi inserido dentro de uma conjuntura complexa, historicamente marcada pela disputa entre a Coroa e os paulistas pela supremacia na administração do Distrito das Minas. Naquele momento, a Coroa, para garantir o controle político-administrativo da região, criou órgãos destinados à administração da Justiça, ponto de partida de sua ação, atuação e evolução.

Para este estudo, recorreu-se às legislações relativas às divisões territoriais administrativas e judiciárias, a partir da criação das primeiras vilas no século XVIII. Atentou-se ainda para o conjunto de mudanças sucessivas da divisão administrativa e eclesiástica do Estado, concomitantemente à evolução da divisão judiciária mineira. Destacam-se também como elementos constitutivos para sua construção as conexões espaciais entre as vilas, freguesias e as unidades judiciárias, como as comarcas, os termos, os julgados, os vintenas e os distritos de paz, conforme cada período.

Tanto na Colônia como no Império, as circunscrições administrativas, judiciárias e eclesiásticas serviam-se umas das outras no intuito de preencher lacunas na divisão político-administrativa do território de Minas Gerais. A estrutura jurídico-administrativa constava da criação de circunscrições judiciárias - comarcas, julgados, termos e vintenas -; administrativas, que eram os concelhos, e eclesiásticas, das quais faziam parte as freguesias.

No decurso do Império, era da competência da Assembleia Provincial legislar sobre a divisão eclesiástica, que, paulatinamente, foi alterada com a criação e/ou a supressão das freguesias da Província de Minas Gerais.

A formação territorial mineira iniciou-se nas primeiras décadas do século XVIII. A corrida pela exploração das riquezas minerais na região central da Capitania de São Paulo e Minas do Ouro motivou o surgimento dos primeiros núcleos de povoamento. Tal fato contribuiu para o desenvolvimento de uma rede urbana diferenciada do restante das regiões pertencentes à Coroa de Portugal, com diretrizes distintas, cujo objetivo era levar a termo a tributação do ouro e dos diamantes.

O fluxo de mineradores ao centro do Distrito das Minas ocasionou o desbravamento dos grandes sertões, que se estendiam em todos os sentidos desse território. Surgiram, então, os caminhos que interligavam a região

* Autoria: Rosane Vianna Soares e Andréa Vanessa da Costa Val, sob a supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

central de Minas com Bahia, Rio de Janeiro e São Paulo. Assim, todo o distrito era provido de produtos necessários ao sustento da população local, ao mesmo tempo em que aperfeiçoava a execução das várias ações mineradoras, bem como a vazão dos minerais preciosos extraídos em direção aos portos litorâneos. Entretanto, não foram somente as atividades mineradoras que incrementaram a dinâmica interurbana de Minas, pois, em outras fases, foram organizados novos núcleos urbanos em torno de atividades econômicas diferenciadas.

Mata (2002) descreve que, nos primeiros estágios de desenvolvimento do Distrito das Minas, a princípio, foi organizada a região em arraiais, que se designavam como o primeiro modelo de povoações. Fonseca expõe que o termo arraial designava:

Os pousos e roças que os bandeirantes criavam ao longo das trilhas para assegurar a sua sobrevivência. Após a descoberta das minas, estas trilhas transformaram-se em caminhos - mais ou menos praticáveis, dependendo das características dos terrenos - pelos quais transitava um grande número de viajantes e tropeiros. Alguns pousos existentes ao longo destas vias tornaram-se pontos de encontro de agricultores e comerciantes, e em torno destes locais surgiram povoados que também eram chamados arraiais (FONSECA, 2011, p. 64).

Segundo Mata (2006), os arraiais nasciam primeiramente e eram povoações que tinham como embrião a capela, núcleo do arraial e ponto de convergência da vida social. Quase sempre, era unidade primária da malha urbana e frequentemente contribuía para a criação de aglomerações urbanas mais estáveis.

Com a ascensão da povoação à condição de vila, o poder político anunciava sua presença através do levantamento do Pelourinho, símbolo da jurisdição e da liberdade municipal, e da Casa de Câmara e Cadeia. Desse modo, o poder político tende a sobrepujar ao primeiro espaço habitável, antes religioso. Cabe aqui um comentário do próprio autor:

O processo de urbanização em Minas Gerais, que se inicia efetivamente com a fundação das vilas, pressupõe a convivência de dois tipos de espaço, o político e o religioso, bem como as trocas simbólicas que se processaram entre ambos (MATA, 2006, p. 49).

A vila era a povoação-sede do concelho e centro do poder civil e religioso. Com a criação de uma vila, ao assentar a Câmara, instituíam-se os oficiais camarários, responsáveis pela ordem social e o funcionamento da justiça no território de jurisdição.

Como se pode observar, a Justiça, a partir da criação das comarcas e seus termos, sempre teve importante papel histórico na estruturação socioespacial do território mineiro e na consolidação territorial. Ao estabelecer o poder civil, criavam-se os órgãos da administração do Estado. Destacam-se, dentre eles, os órgãos destinados à distribuição da Justiça, os quais acumulavam atribuições

heterogêneas, pois, além da gestão que lhes pertencia, exerciam as funções não judiciais, tais como as fiscais e as administrativas (FERREIRA, 1937).

Período colonial e joanino

O crescimento dos distritos mineradores estimulou a urbanização do território das Minas Gerais. Desse modo, distinguiu-se dentre as capitânicas da Colônia.

A história da organização municipal no Brasil Colônia constituiu-se segundo modelo da organização político-territorial portuguesa. O ornamento jurídico que vigorava na colônia tinha como legislação vigente as Ordenações do Reino de Portugal: Manuelinas, no princípio da colonização (1521); Filipinas (1603), século XVIII, acrescidas pelas leis extravagantes (alvarás, cartas, provisões, ordens régias, etc.).

Portugal, interessado no monopólio da atividade mineradora, instituiu estratégia na tentativa de efetivar o controle da arrecadação e do escoamento das riquezas minerais. Romeiro relata que, como a Coroa desejava estabelecer um vínculo com os primeiros descobridores das minas de ouro, ela utilizou-se da estratégia de negociar o manifesto do ouro em troca de privilégios, mercês e recompensas. Através desse artifício astucioso, fez tornar públicas as conquistas no Ribeirão do Carmo, Ouro Preto e Sabará. Assim, os paulistas adquiriram influência preponderante na organização administrativa estabelecida nos distritos mineradores e ocuparam os cargos mais importantes criados pelo Regimento de 1700, que os favorecia (ROMEIRO, 2008, p. 54-57).

A instituição de novo Regimento, em abril de 1702, intentava introduzir ministros nomeados pelo rei, cujo objetivo era retirar o privilégio dos paulistas na administração da zona mineradora. Tal medida foi inútil, e a Coroa teve que retratá-la, propondo o retorno do antigo Regimento com a nomeação de guarda-mor sob a jurisdição criminal do ouvidor de São Paulo.

Nesse ínterim, eclodiu a Guerra dos Emboabas, a partir de 1708, conflito entre os paulistas e os reinóis, que disputavam a posse da região. Simultaneamente ao conflito, o Conselho Ultramarino, na sessão de 17 de julho de 1709, encarregou-se de facilitar a implantação da nova política na zona mineradora, com o intuito de eliminar a presença paulista naqueles distritos. A nova política constava da "criação da capitania de São Paulo e Minas do Ouro, a divisão da zona mineradora em três comarcas, a elevação de arraiais à categoria de vilas, a criação do regimento pago com até quinhentas praças, etc." (ROMEIRO, 2008, p. 279).

Em 9 de novembro de 1709, era criada uma nova capitania denominada de São Paulo e Minas do Ouro, totalmente independente da Capitania do Rio de Janeiro. Iniciava-se, assim, o desenho do contorno do território da futura Capitania de Minas Gerais, ainda sem limites precisos e preestabelecidos. A maioria das circunscrições

administrativas e judiciárias possuía apenas seu núcleo definido, e seus limites ainda eram vagos e indeterminados. Somente à medida que essas terras, situadas nos confins desses territórios, iam sendo desbravadas e povoadas, seus limites geográficos adquiriam, gradativamente, formas mais precisas.

Em 1711, nesses antigos distritos mineradores, surgiam as três primeiras vilas pertencentes à jurisdição do governador da Capitania de São Paulo e Minas do Ouro: a Vila Real de Nossa Senhora do Carmo de Albuquerque (atual cidade de Mariana), em 8 de abril de 1711; a Vila Rica de Albuquerque (atual cidade de Ouro Preto), em 8 de julho de 1711; e a Vila Real de Nossa Senhora da Conceição do Sabará (atual cidade de Sabará), em 17 de julho de 1711.

Quanto às três primeiras comarcas mineiras, desconhece-se o ato régio que comprove suas criações. Não se pode afirmar também se, com a nomeação dos ouvidores para os três distritos das Minas do Ouro, haviam sido instaladas as ouvidorias e, concomitantemente, as comarcas. O que se assegura, segundo o documento de 29 de novembro de 1709, existente no Livro de Registro de Decretos do Conselho Ultramarino, de 1702-1740, que foram nomeados três ouvidores para os três principais distritos mineradores da capitania: para o do Rio das Velhas, João de Moraes Sarmento; para o do Rio das Mortes, Manuel de Evora Heitor e para o do Ouro Preto, Manuel da Costa Amorim.

Mas, apesar das ditas nomeações, deduz-se que os mesmos não chegaram ao Distrito das Minas anteriormente ao ano de 1711. Afirma Feu de Carvalho (1922), que o “Dezd.or Amorim chegou a Minas em 1711 e, desta data em diante, começaram a funcionar as comarcas de Villa Rica [atual comarca de Ouro Preto] e Rio das Velhas [Sabará era a antiga denominação, atualmente, comarca de Santa Luzia] e, em 1713, a do Rio das Mortes [atual comarca de São João del-Rei]”.

Antes da criação da Capitania de Minas Gerais, foram criadas ainda as seguintes vilas: em 1713, a Vila de São João Del-Rei; em 1714, a Vila do Príncipe (atual cidade do Serro) e a Vila Nova da Rainha (atual cidade de Caeté); em 1715, a Vila de Nossa Senhora da Piedade do Pitangui (atual cidade de Pitangui); em 1718, a Vila de São José do Rio das Mortes (atual cidade de Tiradentes).

A partir de 1714, estabeleceram-se mais precisamente os limites da região correspondente às três primeiras comarcas do Distrito das Minas. Através do Termo de Junta, de 6 de abril, o então governador, D. Bras Baltasar da Silveira, dividiu administrativamente as três comarcas para cobrança das trinta arrobas de ouro.

Paula (2005) esclarece que, em termos jurídico-administrativos, a constituição do território mineiro tem sua origem em 2 de dezembro de 1720, por ocasião da criação da Capitania de Minas Gerais, independente do território de São Paulo. Foi seu primeiro

governador D. Lourenço de Almeida, quando o Distrito das Minas já contava com oito vilas e três comarcas.

Em 1720, a Comarca do Serro do Frio foi criada por Ordem Régia de 16 de março, constituída do termo da Vila do Príncipe, desmembrado da comarca do Rio das Velhas pela Provisão de 26 de abril de 1721.

Feu de Carvalho (1922) ressalta que a primeira divisão judiciária foi realizada em 1721, pelo então governador Conde de Assumar. Nessa ocasião, deu-se a delimitação das comarcas do Rio das Velhas e Serro Frio, com o intuito de se fixar o limite territorial para que os ouvidores exercessem sua jurisdição.

Somente ao final do período colonial, uma nova comarca foi criada no distrito da Vila de Paracatu do Príncipe, através do Alvará de 17 de maio de 1815, com a denominação de Comarca do Paracatu, somando o total de apenas cinco comarcas nesse período. Todo território a ela adjacente foi desmembrado da comarca do Rio das Velhas devido aos seguintes fatores: grande distância em que ficavam as povoações dessa vila, dificuldade que oferecia a passagem do Rio São Francisco e os obstáculos que impediam os ouvidores gerais de fazerem as correições anuais nas terras da antiga comarca.

Os limites da nova comarca dilataram-se quando, pelo Alvará de 4 de abril de 1816, ficou determinado que os julgados do Araxá e do Desemboque seriam desmembrados da Capitania e Comarca de Goiás, ficando, definitivamente, sob a jurisdição da de Paracatu. Logo, a definição dos limites entre a Capitania de Minas Gerais e de Goiás remonta às primeiras décadas do século XIX, com a anexação da região do Triângulo Mineiro à Capitania de Minas Gerais. Ressalte-se que os julgados recém-anexados pertenciam à Capitania de Goiás, e seus territórios sempre foram disputados com Minas.

Chaves separa o período colonial em duas etapas de criação de vilas, com características bem definidas. A primeira fase, de 1711 a 1730, “correspondeu ao processo de afirmação de poder do governo português na região das minas, em razão da descoberta de jazidas de ouro”. Segundo o autor, o objetivo era atender “ao interesse régio de formalizar seu poder na região mediante a administração da justiça e a instalação de uma estrutura fiscal frente aos núcleos de povoamento e aos conflitos políticos locais e conflitos internos à capitania” (CHAVES, 2012, p. 825-826).

Já a segunda fase, de 1789 a 1814, a criação de vilas se justificou devido à:

nova conjuntura geopolítica e econômica da capitania na segunda metade do século: [...] políticas de expansão territorial em meio a conflitos territoriais entre autoridades da Capitania das Minas com capitanias limítrofes (São Paulo e Goiás); projetos em âmbito do fisco; projeto de reforma administrativa, judiciária e territorial implementado em Portugal, que teve repercussão nas Minas; conjuntura econômica; mobilização de grupos influentes locais e, decorrente disso, as decisões de governadores de privilegiar a

promoção de determinados arraiais em detrimento de outros (CHAVES, 2013, p. 827-828).

Após a criação da Capitania de Minas Gerais em 1720, o ouvidor da Comarca do Serro Frio, por ordem do Vice-Rei do Estado, levantou, no Arraial dos Fanados das Minas Novas do Araçuaí, uma vila com o título de Vila de Nossa Senhora do Bom Sucesso (atual Cidade de Minas Novas), a 2 de outubro de 1730, porém pertencendo ao governo da Capitania da Bahia. Mas, por haver disputa entre as autoridades dessa capitania e da de Minas Gerais pelo território, o termo dessa vila passou a pertencer definitiva e judicialmente a Minas em 1757, anexado que foi à Comarca do Serro.

Em meados do século XVIII, com a decadência da exploração do ouro, surgiram mudanças importantes na economia de Minas, especializada na produção agropecuária e no comércio, o que influenciou a fundação de novas vilas em áreas contíguas à região central. Nesse contexto, nasceram a Vila de São Bento do Tamanduá (atual Cidade de Itapecerica), em 1789; a Vila de Queluz (atual Cidade de Conselheiro Lafaiete), em 1790; a Vila de Barbacena, em 1791; a Vila da Campanha da Princesa (atual Cidade de Campanha) e a de Paracatu do Príncipe (atual Cidade de Paracatu). Em 1798 e em 1815, foram criadas as duas últimas vilas desse período: a Vila de Santa Maria de Baependi (atual Cidade de Baependi) e a de São Carlos do Jacuí (atual Cidade de Jacuí).

Durante todo o período colonial e joanino, o corpo administrativo (vilas e cidades), o eclesiástico (freguesias) e o judiciário (comarcas, julgados, termos e vintenens) foram partes constituintes da organização do território. Essas circunscrições sofreram várias modificações ao longo dos séculos, intimamente ligadas à história político-social, como também a outros fatores específicos e inerentes a cada região.

Conforme Fonseca (2011), a Coroa, através do poder eclesiástico, visando alcançar o domínio sobre os arraiais, que cresciam em número vertiginoso, instituiu diversas freguesias no território, pois, com a instituição de sedes paroquiais, os núcleos de povoamento tornavam-se estáveis. Costa (2010, p. 23) declara que, nas primeiras décadas do século XIX, a divisão eclesiástica em freguesias ganhou destaque sobre a organização administrativa e a judiciária.

Na Colônia havia duas categorias de freguesias: os curatos ou freguesias encomendadas, nas quais os bispos proviam os vigários encomendados, e as freguesias coladas, onde o rei nomeava os vigários colados, que recebiam côngruas dos cofres reais.

A partir de 1724, pela Carta Régia de 16 de fevereiro, foram criadas as vinte primeiras freguesias coladas em Minas Gerais, das quais doze já eram freguesias encomendadas.

De acordo com Barbosa (1979), as primeiras freguesias encomendadas datam de 1690, foram

instituídas pelo bispo do Rio de Janeiro e excediam ao número de vinte. Quando da instalação do Bispado de Mariana em 1748, além das freguesias coladas em 1724, havia vinte e oito curatos, ou freguesias encomendadas, das quais vinte e quatro foram elevadas à categoria de freguesia colada em 1752.

Mata (2006) esclarece que, na divisão político-administrativa do Brasil Colônia, as freguesias ou paróquias, como menor porção de jurisdição da igreja, serviam também à administração civil, constituídas antes mesmo da formação do embrião da cidade. Nesses primeiros espaços urbanos, os arraiais, o fator religioso tinha influência preponderante na participação na gestão pública e no controle das ações da Administração Pública estabelecendo a ordem social e disciplinando o conjunto das relações estabelecidas entre o grupo de vizinhança (MATA, 2006, p. 55).

No século XVIII, foram poucos os arraiais que solicitaram e alcançaram a elevação à categoria de vila. Os interesses da Coroa e das câmaras sobrepujavam as necessidades dessas povoações. Por essa razão, apenas 16 povoados elevaram-se à condição de vila. Logo, com o reduzido número de vilas existentes, suas áreas estendiam-se por grande extensão territorial. Tal condição trazia incômodo à população pertencente aos arraiais que se encontravam a grande distância da sede de jurisdição da justiça, devido à onerosidade dos processos e dos atos notariais e, tanto assim, prejudicava também a regular administração da justiça.

Fonseca (2011) explica que, devido à necessidade de oficiais para administrarem a justiça nesses arraiais, que ficavam a longa distância da sede de jurisdição, os governadores determinaram a nomeação de tabeliães e juizes de vintena para esses locais. Em outros casos, estabeleceu-se justiça de primeira instância, criando-se os julgados. Constituíram-se, assim, essas novas sedes de jurisdição à semelhança dos termos judiciários, que eram circunscrições judiciárias com jurisdição própria, e, por serem subordinados a uma câmara, não tinham autonomia administrativa.

Fonseca informa que não foi apenas essa situação que motivou a criação dos julgados, mas também uma estratégia dos governadores com o objetivo de “estender e consolidar seus territórios de jurisdição” (FONSECA, 2011, p. 179).

Logo, a administração da justiça foi estruturada nas circunscrições judiciárias, que compreendiam comarcas, julgados, termos e vintenens. O território de jurisdição da comarca era subdividido em julgados e termos, e estes subdivididos em vintenens.

Na antiga organização judiciária de Minas Gerais, a administração da justiça não se dava apenas nas comarcas, mas ainda nos concelhos, que eram circunscrições administrativas, exercendo a justiça, as funções judiciárias, administrativas e fiscais. O concelho, também chamado termo da vila ou cidade, ou seja, termo

judiciário, era a área territorial dentro da qual se exercia a jurisdição dos juízes. Portanto, era o local onde também se administrava a justiça em primeira instância.

Período imperial.

A legislação concernente ao novo regime dividiu-se em dois períodos. Rodycz menciona que estava em vigor, após a Independência, o Provimento de 20 de outubro de 1823, publicado pela Assembleia Constituinte, que determinava o seguinte:

enquanto não fosse promulgada legislação própria, aplicavam-se no Brasil as leis, regulamentos, alvarás e outras normas editadas pelo Rei de Portugal até a véspera da partida de D. João VI (25 de abril de 1821), desde que não tivessem sido revogadas, além de um rol de decretos das Cortes, muitos dos quais versando sobre a justiça (RODYCZ, 2003, p. 42).

A primeira Constituição Política do Império do Brasil, Carta de Lei de 25 de março de 1824, trouxe mudanças substanciais quanto à organização político-administrativa do Brasil. Os artigos 161 e 162 determinaram a criação da Justiça de Paz e o cargo de juiz de paz. A Carta, regulamentada pela Lei de 15 de outubro de 1827, prescrevia as atribuições do juiz de paz e sua atuação no distrito. Logo, a existência do distrito de paz passou a ter fundamento legal como circunscrição judiciária, ou seja, de natureza exclusivamente judiciária.

Posteriormente, foi elaborado o Código do Processo Criminal de primeira instância, através da Lei de 29 de novembro de 1832, que empreendeu o processo de reestruturação do sistema judiciário brasileiro. A partir dessa nova organização judiciária do Império, foram abolidos os juízes coloniais, em sua maioria, e se consolidou uma nova estrutura judiciária.

A divisão judiciária foi estabelecida pelo art. 1º do Código do Processo Criminal. A administração criminal nos juízos de primeira instância continuaria dividida em distritos de paz, termos e comarcas, coincidente com divisão fixada pela Constituição de 1824. As comarcas eram subdivididas em termos, que, por sua vez, subdividiavam-se em distritos de paz.

Nesse contexto, a criação da comarca dependia da anuência de dois poderes, quais sejam: do legislativo, através das assembleias provinciais, responsáveis pela divisão judiciária, e do executivo, cuja atribuição era nomear os magistrados.

Não se tem notícia da instituição de julgados no Império após o ano de 1850, a não ser o da Barra do Rio das Velhas, que foi criado pela Resolução de 30 de junho de 1833, posteriormente suprimido pela Lei nº 507, de 4 de julho de 1850.

O termo da vila ou cidade era composto por freguesias, julgados, distritos de paz, capelas e povoações diversas. Cada termo tinha, como sede, uma vila ou cidade, na qual havia uma câmara municipal.

Quanto à organização administrativa do Estado, a Constituição de 1824 reiterou a divisão territorial em províncias, as quais permaneciam subdivididas em vilas ou cidades. O poder executivo do município era exercido pelas câmaras, às quais competia o governo econômico e municipal das circunscrições administrativas.

A municipalidade brasileira foi regulamentada a partir da Lei de 1º de outubro de 1828, que modificou consideravelmente a atuação dos oficiais camarários. Com a instituição do Poder Judicial, as câmaras municipais passaram a desempenhar funções meramente administrativas, exercendo seu poder apenas na esfera municipal. As vilas e as cidades eram a sede do município, bem como sede do termo judiciário.

Para instalação de uma vila, era necessário que os habitantes do novo município construíssem, “à sua custa, as casas para Sessões das Camaras Municipaes, e dos Conselhos de Jurados, e Cadeias seguras, conforme os planos, que forem determinados pelo Governo”, segundo estabelecia o art. 2º da Lei nº 134, de 16 de março de 1839. Destarte, as vilas eram instaladas somente depois que seus habitantes oferecessem os edifícios para o funcionamento de suas atividades administrativas e judiciárias.

Pelo Decreto de 13 de outubro de 1831, erigiram-se em vilas as primeiras povoações na Província de Minas Gerais, que foram: São Manuel do Pomba, Curvelo, Tejuco (hoje Diamantina), Rio Pardo, São Romão, São Domingos do Araxá, Pouso Alegre, Lavras do Funil e Formigas.

A elaboração da primeira divisão judiciária da Província de Minas Gerais, no Império, esteve a cargo de Luiz Maria da Silva Pinto, Secretário do Governo. Em 1826, apresentou uma proposta para a nova organização civil da Província de Minas Gerais, que deu origem à Resolução de 30 de junho de 1833, a qual dividiu Minas em nove comarcas, vinte e seis termos e dois julgados.

Anteriormente, pelo Decreto de 7 de julho de 1824, a Comarca do Rio São Francisco foi desligada da Província de Pernambuco e incorporada à Província de Minas Gerais; pelo Decreto de 15 de outubro de 1827, foi provisoriamente incorporada à Província da Bahia, até que se fizesse a organização das províncias do Império. Somente através da Resolução de 1833, a Comarca do Rio São Francisco foi novamente anexada à Província de Minas Gerais.

Destacam-se nesse período algumas características peculiares. Não havia critérios específicos para a criação e a supressão de vilas, comarcas, termos e julgados. As alterações na divisão civil e judiciária, quase sempre eram feitas por atos isolados, sem, necessariamente, organizar-se uma nova divisão administrativa e judiciária do Estado. Não havia requisitos mínimos para a criação de municípios e vilas e para a elevação de uma vila à categoria de cidade. Cada resolução era tomada e analisada caso a caso, não existindo uma norma que

determinasse critérios em conformidade, por exemplo, com métodos estatísticos, pois havia carência tanto desses dados quanto dos cartográficos.

Dessa forma, foram várias as legislações isoladas, posteriores a 1833, que alteraram a divisão judiciária e administrativa. Somente em 1850, pela Lei nº 464, de 22 de abril, novamente foi alterada a divisão judiciária, que passou a contar com 16 comarcas e 45 termos. Em 1876, pela Lei nº 2.273, de 8 de julho, foram reorganizadas as 46 circunscrições judiciárias da província e criou-se a de Mar de Espanha.

Os dispositivos legais subsequentes a essas normas alteraram o quadro da divisão judiciária, sem que houvesse uma lei de organização da divisão civil das comarcas de Minas Gerais. Tal situação perdurou até a Lei nº 11, de 13 de novembro de 1891, que contemplou a primeira divisão judiciária realizada no regime republicano.

Nesse período, foram muitas as inadequações na divisão civil, judiciária e eclesiástica, pois não havia clareza e precisão em seus limites; conseqüentemente, uma freguesia pertencia a dois municípios. Apesar de muitas irregularidades dessa natureza terem sido, em parte, sanadas, ainda persistiram alguns desses problemas no período imperial. Somente na República foram eliminadas as adversidades que impediam a realização de uma eficaz e eficiente organização e divisão territorial no Brasil.

Período republicano.

Com a Proclamação da República, uma das iniciativas dos republicanos foi de laicificar o Estado, separando-o da Igreja.

É relevante salientar também que a consolidação do território mineiro deu-se no início do século XX, quando foi levada a efeito a decisão tomada entre Minas e o Espírito Santo, quanto ao limite de jurisdição desses Estados. Ao Estado de Minas Gerais foi anexado o território pertencente à comarca de Aimorés, anteriormente vinculado àquele Estado. Por determinação da sentença arbitral de 30 de novembro de 1914, a comarca foi acrescentada ao quadro da organização judiciária mineira através do Decreto nº 4.304, de 19 de janeiro de 1915. No mesmo ano, com a promulgação da Lei nº 663, de 18 de setembro de 1915, o art. 4º criou a Comarca de Aimorés e, conseqüentemente, ratificava-se o Decreto nº 4.304, de 1915, que vigorou até a execução da dita lei.

No transcurso do período imperial e do republicano, as mudanças na divisão territorial do Estado de Minas Gerais foram substanciais. Ao longo de todo o período imperial, foram muitas as modificações feitas, através das legislações provinciais, para correção de denominações comuns de duas ou mais circunscrições da mesma categoria ou de diferentes categorias. Da mesma forma, buscou-se desfazer o que servia de obstáculo à tentativa de sanar conflitos entre os limites de freguesias, quando diferiam dos limites da circunscrição subordinante. Mas, apesar de todo esforço, continuavam

prevalecendo anomalias dessa natureza nos quadros da divisão territorial.

O ex-secretário da Agricultura de Minas Gerais, Daniel de Carvalho, quando prefaciava o volume: “*A Nova Divisão Administrativa de 1923*”, expressou muito bem ao dizer que “a legislação que recebemos do Império em matéria de divisão administrativa era caótica e não obedecia a nenhum critério senão o de interesse ou capricho político do momento”.

O estudo de viabilidade municipal para a criação de municípios, no Império, não era tão criterioso como na República. De um modo geral, consistia em examinar critérios político-administrativos que permitissem a consolidação da emancipação desses povoados. As leis atuais são muito mais rigorosas e têm como intuito coibir a criação de municípios apenas com base em interesses políticos. Por isso, destaca-se hoje, dentre várias regras, a exigência de contingente populacional mínimo.

É importante ressaltar que, nesse período, a divisão judiciária sempre foi feita concomitante com a divisão administrativa, de forma que os limites territoriais dos municípios coincidissem com as divisas das comarcas.

No âmbito nacional, a partir da primeira constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu-se a divisão territorial brasileira em estados, respeitando-se os mesmos limites das antigas províncias.

Minas Gerais promulgou a sua Constituição no dia 15 de junho de 1891. Também nesse ano, foram elaboradas leis referentes à organização municipal, à divisão judiciária e administrativa e à organização judiciária do Estado. Tais leis, descritas abaixo, apresentaram uma primeira estrutura organizacional do território mineiro, em que se determinaram as diretrizes básicas para a divisão política, municipal e judiciária do Estado.

A elaboração da reforma da organização municipal deu-se através da Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891, que determinou a divisão do município em distritos. Estes passaram a ser a base da organização administrativa, tornando-se simultaneamente circunscrições administrativa e judiciária.

Já a Lei nº 11, de 13 de novembro de 1891, regulamentou a nova divisão judiciária e administrativa do Estado. Ela determinou que o território mineiro fosse dividido em comarca, município e distrito. Também reorganizou os 121 municípios existentes entre as 115 comarcas, das quais 27 foram criadas, sendo as restantes mantidas como as antigas do Império.

No tocante à organização e divisão judiciária do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 18, de 28 de novembro, estabeleceu, para a administração da justiça, a divisão das comarcas em distritos. Tal ato suprimiu, da divisão das comarcas, os termos judiciários.

A Constituição Estadual de 1891, com a introdução do disposto no art. 112, trouxe mudança substancial na divisão política, municipal e judiciária, pois era comum, no Império, serem feitas alterações na organização territorial

por atos isolados. Entretanto, as modificações foram atenuadas em razão da obrigatoriedade de transcorrer um período de 10 anos para uma nova revisão da divisão territorial administrativa e judiciária.

Em 1897, com a mudança da Capital do Estado de Minas Gerais para a Cidade de Minas (atual Belo Horizonte) a Lei nº 223, de 15 de setembro de 1897, determinou a criação da comarca da nova capital.

Somente em 1903, pela Lei Adicional nº 5, de 13 de agosto, estabeleceu-se que o território do Estado, para a administração da justiça, fosse dividido novamente em distritos de paz, termos e comarcas.

O então presidente do Estado, Francisco Antônio Sales, enviou mensagem ao Congresso Mineiro por ocasião da abertura dos trabalhos da 1ª Sessão Ordinária da 4ª Legislatura, em 1903. Nela, esclarecia que a atual divisão judiciária possuía 116 comarcas, número considerado excessivo. Mas, sem desprezar os interesses da justiça, naquele momento era importante atender as pretensões do Tesouro Público que reclamava a redução das despesas públicas, o que motivou uma nova organização mais modesta e menos dispendiosa (MINAS GERAIS, 1903, p. 19). Seu antecessor já propusera como indispensável a redução do número de comarcas; entretanto, essa medida só poderia ser tomada após o decurso do prazo determinado pela Constituição do Estado, que somente se consumou com a reforma judiciária decretada pela Lei nº 375, de 19 de setembro de 1903, que alterou para 71 as comarcas do Estado de Minas.

No ano de 1914, em mensagem ao Congresso Mineiro, José Bueno Brandão, presidente do Estado à época, tendo em vista o término do decênio constitucional, ponderou que seria oportuno refletir a respeito de uma reforma da divisão judiciária, averiguando a necessidade de restaurar e criar novas comarcas no sentido de facilitar a distribuição da justiça no território mineiro (MINAS GERAIS, 1914, p. 9). Entretanto, devido à situação financeira do Estado, tal reforma veio consumir-se somente em 1915, no governo de Delfim Moreira, por meio da Lei nº 663, de 18 de setembro, que alterou a divisão judiciária do Estado em 118 comarcas e 161 termos. Foram estabelecidas as comarcas criadas pela Lei nº 11 de 1891, e excluídas pela Lei nº 375 de 1903, e criadas as de Poços de Caldas e Aimorés, bem como elevados a termos judiciários alguns municípios. Ainda prestou outros serviços ao Estado, tais como a introdução de medida singular ao determinar a coincidência da divisão judiciária com a administrativa com o intuito de afastar os entraves à ação da justiça por conflitos de jurisdição.

Posteriormente à Lei nº 879, de 24 de janeiro de 1925, para a administração da justiça, as circunscrições judiciárias se mantiveram sem alteração em comarcas, termos e distritos. O Estado passou a constituir-se de 126 comarcas, 178 termos e 895 distritos de paz. Nessa

mesma ocasião, o território de Minas encontrava-se dividido em 214 municípios.

A Constituição Estadual de 30 de julho de 1935 definiu a simultaneidade da elaboração da divisão judiciária e administrativa e a periodicidade quinquenal de sua revisão, nos devidos termos da Constituição Federal de 16 de julho de 1934, art. 104, letra C.

Somente em 1938, o então Presidente da República, Getúlio Vargas, usando da atribuição que lhe conferia o art. 190 da Constituição Federal, expediu o Decreto-Lei nº 311, de 2 de março. Finalmente, disciplinou-se, para todo o país, a uniformização de critérios, normas e prazos para a reestruturação da divisão territorial administrativa e judiciária dos Estados brasileiros. Por esse decreto-lei, manteve-se a atual divisão territorial em comarca, termo, município e distrito.

Assim, conforme exigências estabelecidas no Decreto-lei acima referido, processou-se a divisão administrativa e judiciária do Estado através do Decreto-Lei nº 88, de 30 de março de 1938, que dividiu o Estado em 145 comarcas, 184 termos, 219 municípios e 888 distritos.

Ainda em 1938, a divisão foi alterada pelo Decreto-Lei nº 148, de 17 de dezembro, o qual fixou a divisão territorial administrativa e judiciária. Com vigência de 1º de janeiro de 1939 a 31 de dezembro de 1943, dividiu o Estado em 145 comarcas, 191 termos, 270 municípios e 895 distritos.

Cumprindo a periodicidade quinquenal para revisão da divisão administrativa e judiciária, o Estado passou a compor-se de 156 comarcas, 201 termos, 316 municípios e 981 distritos, que foram criados, pelo Decreto-Lei nº 1.058, de 31 de dezembro de 1943, que vigorou de 1º de janeiro de 1944 a 31 de dezembro de 1948.

O Decreto-Lei nº 1.630, de 15 de janeiro de 1946, que contém a organização judiciária mineira, elevou o número de comarcas para 157; o número de termos judiciários permaneceu inalterado.

A Assembleia Constituinte do Estado promulgou, em 14 de julho de 1947, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O art. 25 estabeleceu a elevação à categoria de comarca de todos os termos judiciários anexos ao termo sede das comarcas. Assim, o número de comarcas passou para 202.

Uma nova divisão administrativa e judiciária do Estado foi decretada pela Lei nº 336, de 27 de dezembro de 1948, em consonância com a Constituição Estadual de 1947. Essa lei, que vigorou de 1º de janeiro de 1949 a 31 de dezembro de 1953, estabeleceu uma mudança substancial na divisão do Estado, que passou a compreender comarcas, municípios e distritos, desaparecendo da divisão judiciária os termos judiciários. A partir de 1948, portanto, as comarcas passaram a constituir-se de um ou mais municípios, em área contínua,

sempre que possível, com sua sede situada no município que lhe deu o nome.

A partir de 1953, foi alterada a divisão administrativa e judiciária do Estado. Organizada pela Lei nº 1.039, de 12 de dezembro de 1953, vigorou de 1º de janeiro de 1954 a 31 de dezembro de 1958, e dividiu o território mineiro em 271 comarcas, 485 municípios e 1.215 distritos.

Depois dessa legislação, a divisão administrativa do Estado, autorizada pela Lei Constitucional nº 6, de 16 de novembro de 1961, foi estabelecida pela Lei nº 2.764, de 30 de dezembro de 1962. Minas passou a compreender 237 municípios e 133 distritos.

O número de comarcas foi reduzido para 213 no ano de 1970, com a nova divisão judiciária aprovada pela Resolução nº 46, de 29 de dezembro daquele ano.

A lei de organização judiciária de 1975 determinou o aumento do número para 250 comarcas, de acordo com a Resolução nº 61, de 8 de dezembro.

Posteriormente, a Lei nº 7.359, de 27 de setembro de 1978, acrescentou, na Resolução nº 61 de 1975, a Comarca de Ouro Branco, elevando o número de comarcas para 251.

As posteriores divisões administrativas estabelecidas pelas leis nº 6.769, de 13 de maio de 1976, e nº 8.285, de 8 de outubro de 1982, mantiveram a divisão administrativa do Estado de Minas Gerais constante da Lei nº 2.764 de 1962. Continha apenas alteração do número de distritos, como também as mudanças decorrentes da criação dos novos distritos.

No ano de 1987, foi criado o Município de Itaú de Minas através da Lei nº 9.418, de 11 de setembro de 1987. Conforme explica Favero (2004), o fato de não se aumentar o número de municípios, posteriormente ao ano de 1962, é devido ao rigor das regras impostas pela Constituição Federal de 1967 e pela Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, para criação dos mesmos.

Somente após a Constituição Federal de 1988, houve acréscimo no número de municípios, em consequência da flexibilidade de critérios e regras para a sua emancipação. Pela Lei nº 10.704, de 27 de abril de 1992, foi aprovada a criação de 33 circunscrições administrativas. Logo depois, a Lei nº 12.030, de 21 de dezembro de 1995, nos termos do § 8º do art. 70 da Constituição Estadual de 1989, criou mais 96 municípios e a Lei nº 12.050, de 29 de dezembro de 1995, criou apenas o município Tocos do Moji.

Favero (2004) salienta que o incremento do número de municípios nesse período motivou o Congresso Nacional a aprovar, em 1996, a Emenda Constitucional nº 15, que restringiu esse aumento vertiginoso por meio da imposição de parâmetros rígidos que disciplinem a emancipação dos mesmos.

A Lei nº 9.548, de 4 de janeiro de 1988, que modificou a Resolução nº 61 de 1975, alterou para 293

o número de comarcas do Estado. Pela Lei Complementar nº 38, de 13 de fevereiro de 1995, elevou-se o número para 302. A Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, com as alterações introduzidas pelas leis complementares nº 85, de 28 de dezembro de 2005, nº 105, de 14 de agosto de 2008, e nº 135, de 27 de junho de 2014, elevou o número para 320, das quais 296 já estão instaladas. Desse modo, ainda faltam 24 a serem instaladas.

Portanto, atualmente, o território do Estado de Minas Gerais, para a administração da Justiça, em primeira instância, divide-se em 296 comarcas, que são constituídas pelos 853 municípios.

Referências

BARBOSA, Waldemar de Almeida. *História de Minas: formação histórica*. Belo Horizonte: Comunicação, 1979, 3 v.

CARVALHO, Theophilo Feu de. *Comarcas e termos: criações, supressões, restaurações, incorporações e desmembramentos de comarcas e termos, em Minas Gerais (1709-1915)*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1922, 309 p.

CHAVES, Edneila Rodrigues. Criação de vilas em Minas Gerais no início do regime monárquico: a região norte. *Varia Historia*. Belo Horizonte, v. 29, n. 51, p. 817-845, set./dez., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0104-87752013000300009>. Acesso em: 2 out. 2014.

COSTA, Joaquim Ribeiro; RIBEIRO, Sylvio de Miranda. *Toponímia de Minas Gerais: com estudo histórico da Divisão Territorial e Administrativa*. 3. ed. rev. e atual. por Sylvio de Miranda Ribeiro e Maristella de Miranda Ribeiro Gondim. Belo Horizonte: Edição própria, 2010. 445 p.

FAVERO, Edison. Desmembramento territorial: o processo de criação de municípios-avaliação a partir de indicadores econômicos e sociais. 2004. (Tese Doutorado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

FERREIRA, Vieira. Juizes e tribunaes do primeiro imperio e da regencia. In: *Boletim do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 57 p. Disponível em: <<http://arquivopublico.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/JT.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

FONSECA, Cláudia Damasceno. *Arraiais e vilas d'el rei: espaço e poder nas Minas setecentistas*. Tradução de Maria

Juliana Gambogi Teixeira e Cláudia Damasceno Fonseca. Belo Horizonte: UFMG, 2011. 731 p. (Humanitas).

MATA, Sérgio da. *Chão de Deus: catolicismo popular, espaço e proto-urbanização em Minas Gerais, Brasil. Séculos XVIII-XIX*. Berlin: Wiss. Verl. Berlin, 2002, 304 p.

_____. O espaço do poder. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, v. 42, fasc. 2, p. 48-65, jul./dez., 2006.

MENSAGEM dirigida pelo Presidente do Estado Dr. Francisco Antonio de Salles ao Congresso mineiro em sua 1ª sessão ordinária da 4ª legislatura no ano de 1903. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1903. 74 p. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/provincial/minas_gerais>. Acesso em 8 ago. 2017.

MENSAGEM dirigida pelo Presidente do Estado Julio Bueno Brandão ao Congresso mineiro em sua 4ª sessão ordinária da 6ª legislatura no ano de 1914. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas

Geraes, 1914. 127 p. Disponível em: <http://www-apps.crl.edu/brazil/provincial/minas_gerais>. Acesso em: 8 ago. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Memória do Judiciário Mineiro. Comarcas de Minas: 1711: 2014*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2016. 3 v. ISBN 9788598923178 (v. 1)

PAULA, Ricardo Zimbrão Affonso de. Ocupação do espaço, formas de produção e território: uma nota sobre a formação territorial de Minas Gerais. *Revista Científica da FAMINAS, Muriaé*, v. 1, n. 2, maio/ago., 2005. Disponível em: <periodicos.faminas.edu.br/index.php/RCFaminas>. Acesso em: 8 ago. 2017.

RODYCZ, Wilson Carlos. O juiz de paz imperial: uma experiência de magistratura leiga e eletiva no Brasil. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 3, n. 5, p. 35-72, 2003.

ROMEIRO, Adriana. *Paulistas e emboabas no coração das minas: ideias, práticas e imaginário político no século XVIII*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, 431 p. (Humanitas).

...

A construção jurisprudencial da natureza binária do crime de estelionato previdenciário

Rodrigo Szuets de Oliveira¹
 Tamara Pinto dos Santos²
 Renata Pereira Mayrink³

O crime de percepção de benefício previdenciário mediante fraude, ou apenas estelionato previdenciário, é tratado pelo art. 171 do Código Penal como causa de aumento de pena, prevista em seu § 3º:

Art. 171. Obter para si, ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

[...]

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência (BRASIL, 2014).

Em regra, a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, tipificada no mencionado artigo, se protraí no tempo, daí surgem diferentes entendimentos quanto ao momento de consumação do delito, os quais acabam interferindo também na contagem do prazo prescricional. Longe de ser pacífica, a matéria é objeto de debates na doutrina e nas Cortes Superiores:

Há discussão sobre a consumação do estelionato em que o recebimento da vantagem se dá em prestações, como no caso do estelionato na obtenção de benefício previdenciário de prestação continuada, [...] havendo três posições na matéria, afirmando a ocorrência de: a) crime eventualmente permanente; b) crime continuado; c) crime instantâneo de efeitos permanentes (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 77).

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o estelionato previdenciário seria um crime permanente, e, portanto, sua prescrição seria regulada pelo art. 111, inciso III, do Código Penal, que estipula como marco inicial de sua contagem a cessação da permanência:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal (BRASIL, 2014).

Como crime permanente podemos entender, segundo Mirabete (1999, p. 129), aquele em que “a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo”, sendo a principal característica desse tipo de crime “a possibilidade de o agente poder fazer cessar a sua atividade delituosa”. Semelhante conceito é dado por Bitencourt (2011, p. 254), segundo o qual, crime permanente “é aquele cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro)”. Nesse sentido:

Habeas corpus. 2. Estelionato. Fraude na percepção de benefício previdenciário. 3. Crime permanente. Contagem de lapso prescricional a partir da cessação da permanência. 4. Prescrição retroativa não configurada. 5. *Habeas corpus* indeferido (STF - HC 83.252/GO - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. em 28.10.2003 - Segunda Turma).

O STF não distinguia as condutas do agente que cometia a falsidade, para que terceiro recebesse o benefício, daquele que efetivamente recebia a vantagem, seja advinda de falsidade perpetrada por terceiro, seja pelo próprio beneficiário da fraude. Isso porque, segundo entendimento à época, a primeira conduta não poderia se restringir à prestação declarada falsa, já que teria como resultado a percepção de vantagem ilícita, ainda que para terceiro, em prejuízo alheio, estando prevista no tipo penal.

Registre-se que o paciente fora denunciado como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, que define o crime de estelionato: ‘Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: [...] § 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.’ Verifica-se, desde logo, descabida a alegação do impetrante no sentido de que, por não ter

¹ Mestrando em Direito Público pela PUC-Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC - PUC-Minas. Professor da graduação e especialização da PUC-Minas. Professor do curso de especialização da ESA OAB-MG. Advogado.

² Pós-graduada em Ciências Penais pela PUC-Minas. Graduada pela PUC-Minas. Advogada.

³ Pós-graduada em Ciências Penais pela PUC-Minas. Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

auferido benefícios para si, a responsabilidade do acusado estaria limitada ao delito de fornecimento de declarações falsas. O texto legal é expresso e prevê, para o tipo penal em questão, a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, para si ou para outrem, mediante qualquer meio fraudulento. Assim, uma vez as declarações falsas tenham como resultado previsto o recebimento de vantagem ilícita, ainda que para terceiro, com prejuízo para o INSS, caracterizado está o crime em tese, razão da instauração da competente ação penal. A discussão que aqui se coloca refere-se, portanto, apenas à ocorrência da prescrição punitiva, uma vez que dessa decisão depende a continuidade ou não do processo por fraude contra a Previdência Social, caracterizada pela assinatura de declarações falsas de tempo de serviço rural pelo ora paciente. Discute-se sobre a data a partir da qual começa a fluir o prazo prescricional, ou seja, se da data do recebimento da primeira vantagem econômica, conforme decisão do TRF da 1ª Região, ou se, em virtude da natureza permanente da ação delituosa, da interrupção do recebimento das prestações. [...] Na espécie, tratando-se de fraude contra a Previdência, há que se considerar que o procedimento administrativo destinado à concessão do benefício foi instruído com declaração falsa. Concluído esse procedimento e iniciado o pagamento do benefício, tem-se, no primeiro recebimento indevido, o início da fase de consumação. E esta perdura com a reiteração periódica do pagamento das prestações, até que cesse o pagamento indevido (permanência na consumação). [...] Dessa forma, uma vez caracterizada na espécie a hipótese de crime permanente, o termo inicial da prescrição deverá contar, na forma do art. 111, III, do Código Penal, a partir da cessação da permanência da consumação, no caso, a partir da interrupção do recebimento do benefício (**Voto do Ministro Gilmar Mendes - STF - HC 83.252/GO - Relator: Ministro Gilmar Mendes - j. em 28.10.2003 - Segunda Turma**) (Grifo nosso).

Estelionato qualificado (CP, art. 171, § 3º). Fraude na percepção de benefício previdenciário. Prescrição. 1. *Cuidando-se de estelionato qualificado - fraude contra o INPS - que visou ao recebimento de benefício previdenciário a terceiro, não há cogitar do crime de certidão ou atestado ideologicamente falso.* Quanto à prescrição, dada a natureza permanente da conduta, o prazo começa a fluir a partir da cessação da permanência, e não do primeiro pagamento do benefício. 2. HC indeferido (STF - HC 83.967/SP - Relatora: Ministra Ellen Gracie - j. em 17.08.2004 - Segunda Turma) (Grifo nosso).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em um segundo momento, passou a reconhecer a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, ou seja, passou a distinguir a natureza jurídica das condutas do agente que comete a falsidade, para que outra pessoa perceba a vantagem, daquele que, em interesse próprio, efetivamente percebe o benefício. No primeiro caso, tratando-se do agente que comete a falsidade, o STF passou a entender que a referida conduta seria crime instantâneo de efeito permanente, ou seja, consumada a infração em um dado momento, os efeitos permanecem independentemente da vontade do sujeito (MIRABETE, 1999, p. 129), não podendo ele fazer cessar a ação

delitiva. Em outras palavras, a conduta do falsificador materializa instantaneamente os elementos do tipo, de modo que a prescrição se conta da data da consumação do delito, conforme regra do art. 111, inciso I, do Código Penal, que, no caso, corresponde à data do recebimento da primeira parcela indevida pelo beneficiário.

Prescrição. Prazo. Contagem. Crime instantâneo de resultados permanentes *versus* crime permanente. Certidão falsa. - *O crime consubstanciado na confecção de certidão falsa é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro havê-la utilizado de forma projetada no tempo.* A hipótese, quanto aos atos da falsidade, configura crime instantâneo de repercussão permanente, deixando de atrair a regra da contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - art. 111, inciso III, do Código Penal (STF - HC 75.053/SP - Relator: Ministro Marco Aurélio - j. em 17.03.1998 - Segunda Turma) (Grifo nosso).

Prescrição. Aposentadoria. Fraude perpetrada. Crime instantâneo de resultados permanentes *versus* crime permanente. Dados falsos. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - art. 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: *Habeas Corpus* nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e 84.998-9/RS, e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - os dois últimos -, cujos acórdãos foram publicados no *Diário da Justiça* de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente (STF - HC 86.467/RS - Relator: Ministro Marco Aurélio - j. em 23.04.2007 - Tribunal Pleno).

Crime de estelionato previdenciário. Prescrição. Marco inicial. Alteração de jurisprudência do STF. [...] Crime de estelionato previdenciário. *Mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que passou a considerar o marco inicial da prescrição a data em que ocorreu o pagamento indevido da primeira parcela.* Precedentes. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para o fim de reconhecer, no caso concreto, a aplicação do novo entendimento jurisprudencial em matéria de prescrição (STF - HC 91.716/PR - Relator: Ministro Joaquim Barbosa - j. em 31.08.2010 - Segunda Turma) (Grifo nosso).

Habeas corpus. Estelionato cometido contra entidade de direito público. Impetrante que adulterou anotações da CTPS para que corréu recebesse aposentadoria. Crime instantâneo. Termo inicial do prazo prescricional. Prescrição retroativa. Ordem concedida. 1. No caso, a conduta assumida pelo impetrante, a despeito de produzir efeitos permanentes quanto ao beneficiário da

falsificação da CTPS, materializou, instantaneamente, os elementos do tipo. Descaracterização da permanência delitiva. 2. Nos crimes instantâneos, a prescrição é de ser computada do dia em que o delito se consumou ou do dia em que cessou a atividade criminosa (no caso de tentativa). 3. Transcurso de lapso temporal superior ao prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Reconhecimento da prescrição retroativa. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do impetrante (STF - HC 94.149/SC - Relator: Ministro Carlos Britto - j. em 03.06.2008 - Primeira Turma) (Grifo nosso).

Por outro lado, em se tratando da conduta cometida pelo próprio beneficiário e renovada mensalmente, o STF, atualmente, entende que o crime assume a natureza permanente, já que, além de o delito se protrair no tempo, o agente pode, a qualquer tempo, fazer cessar a ação delitiva, de modo que o crime se renova a cada parcela recebida. Nesse caso, a prescrição continua sendo contada a partir da cessação da permanência, regra estampada no art. 111, inciso III, do Código Penal, que corresponde à data da última parcela recebida pelo agente beneficiário da fraude.

Prescrição. Crime instantâneo e crime permanente. Previdência social. Benefício. Relação jurídica continuada. Fraude. Enquanto a fraude perpetrada por terceiro consubstancia crime instantâneo de efeito permanente, a prática delituosa por parte do beneficiário da previdência, considerada relação jurídica continuada, é enquadrável como permanente, renovando-se ante a periodicidade do benefício (STF - HC 99.112/AM - Relator: Ministro Marco Aurélio - j. em 20.04.2010 - Primeira Turma) (Grifo nosso).

Habeas corpus. Crime militar. Estelionato previdenciário. Beneficiário das parcelas indevidas. Crime permanente. Prescrição. Termo inicial. Hígidez da pretensão punitiva. Ordem indeferida. 1. Em tema de estelionato previdenciário, o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência firme quanto à natureza binária da infração. Isso porque é de se distinguir entre a situação fática daquele que comete uma falsidade para permitir que outrem obtenha a vantagem indevida, daquele que, em interesse próprio, recebe o benefício ilicitamente. No primeiro caso, a conduta, a despeito de produzir efeitos permanentes no tocante ao beneficiário da indevida vantagem, materializa, instantaneamente, os elementos do tipo penal. Já naquelas situações em que a conduta é cometida pelo próprio beneficiário e renovada mensalmente, o crime assume a natureza permanente, dado que, para além de o delito se protrair no tempo, o agente tem o poder de, a qualquer tempo, fazer cessar a ação delitiva. Precedentes. 2. No caso, o paciente, indevidamente, sacou os valores depositados na conta-corrente de sua falecida irmã no período de janeiro de 2000 a maio de 2005. É falar: em proveito próprio, ele cometeu a

fraude contra a administração militar. Onde ressaí a natureza permanente da infração, a atrair a incidência do inciso III do art. 111 do Código Penal. 3. Habeas corpus indeferido (STF - HC 104.880/RJ - Relator: Ministro Ayres Britto - j. em 14.09.2010 - Segunda Turma) (Grifo nosso).

Em seus votos, o Ministro Marco Aurélio elucida a dualidade de condutas no crime de estelionato previdenciário, diferenciando o crime instantâneo de efeito permanente do crime permanente:

Quanto à prescrição, observem que o ora paciente foi condenado tendo em conta a circunstância de, mediante fraude e na qualidade de servidor do instituto, haver viabilizado o reconhecimento do benefício. Então, é forçoso concluir que o crime se mostrou instantâneo, pouco importando a repercussão no tempo. Aliás, surge verdadeiro paradoxo. Relativamente ao crime de corrupção passiva, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada - também de um ano e oito meses de reclusão. O mesmo não aconteceu no tocante ao estelionato, confundindo-se institutos - o crime instantâneo de efeitos permanentes e o permanente. Potencializou-se, a mais não poder, o fato de o beneficiário da fraude perpetrada pelo paciente haver logrado parcelas mensais que somente cessaram em dezembro de 1995. [...] O envolvido na espécie não é o beneficiário, mas aquele que, no âmbito do instituto, falsificou dados para o beneficiário ter as prestações periódicas. Quanto ao crime de fraude perpetrado pelo paciente, ele é instantâneo e se consumou naquela época (Voto do Ministro Marco Aurélio - STF - HC 86.467/RS - Relator: Ministro Marco Aurélio - j. em 23.04.2007 - Tribunal Pleno).

Observem a variedade de situações: mostra-se impossível confundir crime instantâneo de efeito permanente com a prática delituosa que se projeta no tempo. Na espécie, o paciente, beneficiário do resultado do crime, foi condenado por estelionato. Ora, a tipologia definida no art. 171 do CP indica que, enquanto se mantém outrem em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, há a prática criminosa. Uma coisa é terceiro vir a implementar fraude para uma pessoa diferente lograr o benefício. Em relação a ele, considerada a fraude, considerada a participação delimitada no tempo, configura-se crime instantâneo de resultados permanentes. Algo diverso é a atuação do próprio beneficiário do resultado do delito. Nessa hipótese, ante o tipo do art. 171 do CP, o caso concreto revela crime permanente. Vale dizer: enquanto existir a obtenção da vantagem, presentes parcelas sucessivas, o prejudicado fica mantido no erro dosado penalmente (Voto do Ministro Marco Aurélio - STF - HC 99.112/AM - Relator: Ministro Marco Aurélio - j. em 20.04.2010 - Primeira Turma).

Quanto às diferenças entre os referidos tipos de crime, Bitencourt (2011, p. 254) é categórico ao afirmar que o crime permanente não pode ser confundido com o crime instantâneo de efeitos permanentes, pois o crime permanente “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro)”. Já o crime instantâneo de efeitos permanentes não depende da continuidade da ação do agente. De

acordo com o exposto, o egrégio Superior Tribunal Federal, alterando jurisprudência até então consolidada, passou a reconhecer a natureza dual do crime de estelionato previdenciário, separando a conduta do sujeito que pratica os atos da falsidade, a qual configura crime instantâneo de efeitos permanentes, daquele que, em interesse próprio, recebe o benefício indevidamente, hipótese em que configura crime permanente.

O denominado estelionato contra a Previdência Social (CP, art. 171, § 3º), quando praticado pelo próprio beneficiário do resultado do delito, é crime permanente. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* no qual se pleiteava a declaração de extinção da punibilidade de condenado por fraude contra a Previdência Social em proveito próprio por haver declarado vínculo empregatício inexistente com empresas, com o fim de complementar período necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição. Consignou-se que o STF tem distinguido as situações: a do terceiro, que implementa fraude para que uma pessoa diferente possa lograr o benefício - em que configurado crime instantâneo de efeitos permanentes -, e a do beneficiário acusado pela fraude, que comete crime permanente enquanto mantiver em erro o INSS. Precedentes citados: HC 75053/SP (DJU de 30.04.98); HC 79744/SP (DJU de 12.04.2002) e HC 86467/RS (DJU de 22.06.2007) (Publicação do HC 99.112/AM no Informativo nº 583 do STF).

No que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria é bastante controvertida, havendo divergência entre as turmas do Tribunal. A Quinta Turma do STJ, em conformidade com atual entendimento do STF, reconhece o caráter dual do estelionato previdenciário, distinguindo a conduta do agente falsificador, a qual considera crime instantâneo de efeito permanente, da conduta do agente que, em interesse próprio, recebe o benefício indevidamente, a qual considera crime permanente.

Penal. Recurso especial. Estelionato contra a previdência social. Intermediação para concessão de benefício a terceiro, mediante fraude na documentação apresentada. *A imputação que recai sobre o recorrente é de ter, mediante o emprego de fraude, requerido e obtido benefício previdenciário indevido em favor de terceiro, mantendo em erro o INSS durante o período de 01.12.1998 a 30.04.2000. A fraude consistiu na instrução do requerimento de benefício com falsa comprovação de vínculo empregatício com a empresa Indústrias Reunidas Irmãos Spina S/A. Ainda que se considere que o crime praticado pelo recorrente é instantâneo de efeitos permanentes, porquanto não foi ele o beneficiário, mas o idealizador da fraude, não implantado o prazo prescricional.* O ilícito foi praticado em 01.12.98, a denúncia recebida em 03.10.01 e a sentença prolatada em 31.05.2006. Dessa forma, não transcorridos mais de 8 anos entre os marcos interruptivos, considerando a pena aplicada, de 4 anos de reclusão (art. 109, IV, do CPB) (STJ - REsp 1.202.447/SP - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - j. em 26.10.2010 - Quinta Turma) (Grifo nosso).

Estelionato contra a previdência social. Percepção fraudulenta de benefício. Crime de natureza permanente. Prescrição. Lapso que se inicia a partir da cessação do recebimento da vantagem indevida. Inteligência do art. 111, III, do CP. Dissídio comprovado. 1. O crime de estelionato contra a

previdência social quando praticado pelo beneficiário é classificado pela 5ª Turma desta Corte Superior como sendo de natureza permanente. 2. Assim, nos termos do inciso III do art. 111 do Código Penal, o lapso prescricional inicia-se a partir da cessação da permanência, no caso, com a última percepção do benefício indevido, e não do recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária. 3. Recurso especial conhecido e provido para afastar o reconhecimento da prescrição retroativa (STJ - REsp 1.120.031/RS - Relator: Ministro Jorge Mussi - j. em 20.09.2011 - Quinta Turma) (Grifo nosso).

Recurso especial. Penal. Uniformização de jurisprudência. Estelionato. Fraude para recebimento de benefício da Previdência Social. Crime permanente. *Dies a quo* para a contagem do lapso prescricional. Cessação do recebimento das prestações indevidas. Inexistência da prescrição retroativa. [...] 2. A consumação do crime de estelionato contra a Previdência Social, com a prática de fraude para obtenção de benefício previdenciário de forma sucessiva e periódica, é de natureza permanente. 3. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal. Dessa forma, não se verifica a prescrição retroativa (STJ - REsp 634.162/SP - Relatora: Ministra Laurita Vaz - j. em 06.09.2007 - Quinta Turma) (Grifo nosso).

Habeas corpus. Estelionato. Fraude para recebimento de benefício da Previdência Social. Crime permanente. *Dies a quo* para a contagem do lapso prescricional. Cessação do recebimento das prestações indevidas. Inexistência da prescrição retroativa. 1. A consumação do crime de estelionato contra a Previdência Social, com a prática de fraude para obtenção de benefício previdenciário de forma sucessiva e periódica, é de natureza permanente. 2. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal. Dessa forma, não se verifica a prescrição retroativa. 3. Ordem denegada (STJ - HC 139.737/ES - Relatora Ministra Laurita Vaz - j. em 16.10.2010 - Quinta Turma).

Recurso especial. Penal. Estelionato contra o INSS. Percepção de seguro-desemprego mediante fraude. Art. 171, § 3º, do CPB. Condenação em 1º grau. Penas: 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, para o primeiro recorrido, e 1 ano e 4 meses para a segunda recorrida. Regime inicial aberto. Substituição por restritivas de direito. Apelação dos réus. Reconhecimento, pelo TRF, da extinção da punibilidade pela prescrição ao fundamento de que o crime é instantâneo com efeitos permanentes. Recurso do Ministério Público. Prescrição. Crime permanente. Termo inicial. Cessação do recebimento do benefício indevido. Precedentes da 5ª Turma desta Corte. Parecer do MPF pelo provimento do recurso. Recurso conhecido e provido, para determinar que o Tribunal a quo julgue o mérito das apelações dos acusados, como entender de direito. 1. O entendimento firmado no acórdão recorrido destoa da jurisprudência da egrégia Quinta Turma desta Corte, segundo a qual o crime de estelionato, quando perpetrado de forma a garantir a seu autor a percepção de benefício previdenciário mensal, é permanente, razão por que o prazo prescricional flui apenas quando findo o pensionamento ardilosamente conquistado. 2. Na hipótese, a última parcela do seguro-desemprego indevidamente paga data de 30.10.2002, e a denúncia, por sua vez, foi recebida em 25.10.2006, tendo sido proferida a sentença condenatória em 19.11.2007; destarte, ainda não ultrapassado o lapso

temporal de 4 anos, considerando as penas aplicadas (art. 109, V, do CPB). 3. Recurso especial provido, em consonância com o parecer ministerial, para determinar que o Tribunal a quo julgue o mérito das apelações defensivas, como entender de direito (STJ - REsp 1.154.543/SC - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - j. em 10.08.2010 - Quinta Turma) (Grifo nosso).

Já a Sexta Turma do Tribunal defende que o crime de estelionato previdenciário teria natureza de crime instantâneo de efeito permanente, independentemente da conduta do agente, sob o principal argumento de que o recebimento periódico das parcelas indevidas seria apenas efeito do crime já consumado, e não a sua consumação sucessiva.

Habeas corpus. Estelionato contra o INSS. Percepção de auxílio-doença indevida (art. 171, § 3º, do CP). Crime instantâneo de efeitos permanentes. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação indevida. Prescrição. Ocorrência. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade. O chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) deve ser considerado crime instantâneo de efeitos permanentes, razão pela qual se consuma com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser observado para a contagem do lapso da prescrição da pretensão punitiva. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade da espécie pela prescrição da pretensão punitiva, tal como decidido em primeiro grau de jurisdição (STJ - HC 121.336/SP - Relator: Ministro Celso Lomongi - j. em 10.03.2009 - Sexta Turma) (Grifo nosso).

Habeas corpus. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Sentença condenatória. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Ordem concedida de ofício. A jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que o delito de estelionato previdenciário tem natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes e consuma-se com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser considerado para a contagem do lapso da prescrição da pretensão punitiva (STJ - HC 162.722/SP - Relator: Ministro Haroldo Rodrigues - j. em 1º.06.2010 - Sexta Turma) (Grifo nosso).

Agravo regimental. Habeas corpus. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Sentença condenatória. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Entendimento que se mantém por seus fundamentos. Agravo improvido. 1. A compreensão da Sexta Turma desta Corte é no sentido de que o delito de estelionato previdenciário tem natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes e consuma-se com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser considerado para a contagem do lapso da prescrição da pretensão punitiva. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - HC 130.748/SP - Relator: Ministro Haroldo Rodrigues - j. em 23.11.2010 - Sexta Turma) (Grifo nosso).

Tal controvérsia foi resolvida em questão de ordem pela Terceira Seção do STJ, no REsp. 1.206.105/RJ, no qual se firmou entendimento no sentido de que o crime de estelionato previdenciário é crime permanente, devendo o prazo prescricional iniciar a partir da supressão do pagamento do benefício.

Criminal. REsp. Estelionato contra o INSS. Crime permanente. Termo inicial para a contagem do lapso prescricional. Cessação do recebimento das prestações indevidas. Prescrição incorretamente decretada em primeiro grau. Recurso desprovido. I. Sendo o objetivo do estelionato a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, nos casos de prática contra a Previdência Social, a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma é reiterada, mês a mês, enquanto não há a descoberta da aplicação do ardil, artifício ou meio fraudulento. II. *Tratando-se, portanto, de crime permanente, inicia-se a contagem para o prazo prescricional com a supressão do recebimento do benefício indevido, e não do recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária, como entendeu a decisão que rejeitou a denúncia.* III. Recurso conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator (STJ - REsp 1.206.105/RJ - Relator: Ministro Gilson Dipp - j. em 27.06.2012 - Quinta Turma) (Grifo nosso).

No entanto, posicionamento diverso tem sido proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo o qual o crime de estelionato previdenciário, independentemente da conduta em questão, é crime instantâneo de efeitos permanentes.

Penal. Estelionato, contra o INSS. Percepção indevida de benefício previdenciário. Materialidade e autoria comprovadas. Prescrição retroativa. Marco inicial. Consumação do delito. Primeira parcela do benefício. Extinção da punibilidade. 1. Comprovado nos autos que a acusada, mediante meio fraudulento, induziu em erro o INSS e obteve vantagem ilícita em prejuízo alheio, resta caracterizado o delito tipificado no art. 171, § 3º, do CP. 2. O juiz é livre para apreciar a prova, atribuindo-lhe o respectivo valor (art. 157 do CPP). Os indícios obtidos sem sede inquisitória podem servir para embasar a condenação desde que relacionados com outros elementos acostados na esfera judicial, autorizando o julgador a concluir pela culpabilidade do acusado, caso dos autos. 3. O Plenário do STF (HC nº 86.467/RS) firmou entendimento no sentido de que, nos estelionatos de rendas, o prazo prescricional para o responsável pela fraude seria aquele previsto no art. 111, I, do Código Penal, por se tratar de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes. 4. *Esta Turma fixou orientação no sentido de que, tanto para o falsificador quanto para o beneficiário, o fluxo do prazo prescricional inicia-se com o pagamento da primeira parcela do benefício, data em que, para ambos, estaria consumado o delito.* 5. Nos termos do art. 109, V, do Estatuto Repressivo, se o máximo da pena é igual ou superior a 1 ano e não excede a 02 (dois), no caso dos autos, a prescrição ocorre em 4 anos, lapso já transcorrido entre a data do pagamento da primeira parcela do benefício e a data de recebimento da denúncia, razão pela qual resta extinta a punibilidade da ré em face da prescrição retroativa (TRF - 4ª Região - ACR nº 2002.71.00.003401-0/RS) (Grifo nosso).

Gomes (2006), entendendo ser o estelionato previdenciário crime instantâneo, assevera:

Nossa posição: quando há fraude na obtenção de benefício previdenciário, não há como vislumbrar a existência de crime permanente, que apresenta uma característica particular: a consumação no crime permanente prolonga-se no tempo desde o instante em que se reúnem os seus elementos até que cesse o comportamento do agente. Traduzida essa clássica lição em termos constitucionais, que permite assumir a teoria do bem jurídico como esteira de toda a teoria do delito, dir-se-ia: no crime permanente, a lesão ou o perigo concreto de lesão (leia-se: a concreta ofensa) ao bem jurídico tutelado se protraí no tempo, e, desse modo, durante um certo período, o bem jurídico fica subordinado a uma atual e constante afetação, sem solução de continuidade. O bem jurídico permanece o tempo todo submetido à ofensa, ou seja, ao raio de incidência da conduta perigosa (é o caso do sequestro, que pode durar dias, meses ou anos - o bem jurídico - liberdade individual - fica o tempo todo afetado). [...] Já não basta, assim, dizer que permanente é o crime cuja consumação se prolonga no tempo. Com maior precisão, impõe-se conceituar: permanente é o crime cuja consumação sem solução de continuidade se prolonga no tempo. No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza), a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se prolonga continuamente (sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea.

Há, ainda, quem entenda que o crime de estelionato previdenciário não se encaixe em nenhuma das hipóteses anteriores, ou seja, não seria crime permanente nem crime instantâneo de efeitos permanentes, mas sim crime continuado. O crime continuado está previsto no art. 71 do Código Penal, o qual estabelece que, quando o agente, mediante mais de uma conduta, seja ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, devem os subsequentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro.

Bitencourt (2011, p. 682) afirma ser o crime continuado “diversas ações, cada uma em si mesma criminosa, que a lei considera, por motivos de política criminal, como um crime único”. Desse modo, temos que o crime continuado:

É uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos, determinando uma forma especial de puni-los.

Zaffaroni (2011, p. 723), analisando o instituto, salienta:

Há determinados tipos penais que podem levar à conclusão de que a repetição de suas condutas típicas não implica um concurso real, e, sim, um maior choque da conduta típica contra o direito, isto é, um maior conteúdo de injusto da conduta. Isto se deduz porque a interpretação dos tipos, no sentido de que a repetição dá lugar a um concurso real, leva a resultados absurdos e que entram em colisão com o princípio da racionalidade da pena.

Para Fischer (2003, p. 14):

Nos casos de percepção de benefícios previdenciários de forma continuada, mensalmente, o INSS - iludido pela reiterada e dolosa omissão - deposita os valores que entendia devidos ao beneficiário, e este, mantendo em erro a autarquia, saca os valores mensalmente, obtendo (nova) vantagem indevida, que, posto isto, se caracteriza um novo crime (nova vantagem pelo dolo no silêncio). Com efeito, entende-se que as várias ações (saques dos valores) procedidas das omissões de não avisar a Previdência Social que a mantinha em erro (domínio do fato), configuram vários delitos de estelionato, que se resolve com a aplicação da benesse legal da continuidade delitiva.

Ainda de acordo com Fischer (2003, p. 15), a jurisprudência tem feito uma interpretação errônea dos precedentes do STF, que apenas não teria reconhecido a continuidade delitiva, tendo em vista que não haviam sido narradas, na denúncia do caso, as diversas condutas. Para o doutrinador, as condutas devem ser tidas como vários delitos autônomos, em continuidade delitiva, devendo o prazo de prescrição, portanto, ser contado de cada fato separadamente. Como se vê, vários são os posicionamentos que podem ser defendidos acerca da natureza do crime de estelionato previdenciário.

Assim, é possível afirmar que a matéria não é pacífica na doutrina e tampouco na jurisprudência, o que acaba gerando incerteza no momento de aplicação do instituto, principalmente porque, a depender do momento de consumação do delito, diferentes consequências poderão advir, mudando, por exemplo, o marco inicial de contagem da prescrição da pretensão punitiva.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 75.053-2/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 17/03/1998. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75701>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 83.252/GO. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/10/2003. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79301>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 83.967/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. 17/08/2004. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384856>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 86.467/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. 23/04/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466232>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 91.716/PR. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 31/08/2010. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614777>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 94.148/SC. Rel. Min. Carlos Britto. 03/06/2008. Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555559>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 99.112/AM. Rel. Min. Marco Aurélio. 20/04/2010. Primeira Turma. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612782>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. STF. HC 104.880/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. 14/09/2010. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615707>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. STJ. HC 121.336/SP. Rel. Min. Celso Limongi. 10/03/2009. Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802568796&dt_publicacao=30/03/2009>. Acesso em: 13 mar. 2014.

BRASIL. STJ. HC 130.748/SP. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. 23.11.2010. Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900422579&dt_publicacao=17/12/2010>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STJ. HC 139.737. Min. Rel. Laurita Vaz. 16/11/2010. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901191299&dt_publicacao=06/12/2010>. Acesso em: 17 março 2014.

BRASIL. STJ. HC 162.722. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. 01/06/2010. Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000283489&dt_publicacao=02/08/2010>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. STJ. REsp 634.162/SP. Rel.^a Min. Laurita Vaz. 06/09/2007. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400271628&dt_publicacao=08/10/2007>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. STJ. REsp 1.120.031/RS. Rel. Min. Jorge Mussi. 20/09/2011. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900874173&dt_publicacao=29/09/2011>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. STJ. REsp 1.154.543/SC. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 10/08/2010. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901798484&dt_publicacao=20/09/2010>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. STJ. REsp 1.202.447/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 26/10/2010. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801966497&dt_publicacao=13/12/2010>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. STJ. REsp 1.206.105/RJ. Rel. Min. Gilson Dipp. 26/06/2012. Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001493383&dt_publicacao=22/08/2012>. Acesso em: 16 mar. 2014.

FISCHER, Douglas. A prescrição no crime de estelionato previdenciário continuado. *Boletim dos Procuradores da República*. Brasília, a. 12, n. 83, p. 8-15, abr. 2003. Disponível em: <www.anpr.org.br/images/stories/BoletimProcuradores/boletim83.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal?*. 2006. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060918150748742&mode=print>. Acesso em: 17 mar. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral - Arts. 1º a 120 CP*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general: fundamentos la estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

STF. Informativo 583. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

A multa do art. 461 do CPC: um estudo sobre a tênue linha que separa efetividade e enriquecimento sem justa causa e os antagonismos quanto à titularidade do crédito

Arnaldo Sérgio Alves de Oliveira Filho*

Resumo: Por meio de pesquisas bibliográficas e de campo, buscar-se-á analisar determinadas posições doutrinárias, além do colhimento da opinião de alguns magistrados acerca da importância da multa do art. 461 do CPC para o cumprimento das obrigações judiciais, bem como questionar a titularidade do crédito resultante de sua aplicação.

Palavras-chave: Multa coercitiva. Cumprimento. Importância. Titularidade.

Sumário: 1 Introdução. 2 A multa do art. 461 do CPC: da origem à polêmica da titularidade do crédito. 3 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A multa do art. 461 do CPC surge como instrumento hábil no decurso do processo civil, a critério do magistrado, para forçar o cumprimento da obrigação judicial, mais precisamente a de tutela específica. É inegável, portanto, a sua utilidade frente aos mandamentos judiciais, porquanto se presta a incutir na parte demandada que será mais interessante cumprir a ordem judicial do que o contrário. Caso a parte demandada relute, resista em dar cabo ao cumprimento judicial, tornar-se-á oneroso para ela, haja vista se for exigido o referido cumprimento no menor espaço de tempo.

Embora se reconheça a sua imprescindibilidade para a efetividade das tutelas específicas, caberá salientar que o art. 461 do CPC não permanece incólume quando se trata da titularidade do crédito.

Com base em uma pesquisa bibliográfica e em entrevistas realizadas com magistrados, é possível observar que é unânime a sua importância no que diz respeito ao cumprimento das obrigações, não sendo, contudo, quanto à titularidade do crédito, pois há alguns doutrinadores que divergem da opinião de quem deva ser o titular do crédito resultante da aplicação da multa.

Paralelamente a isso, procurou-se pesquisar o que diz o ordenamento jurídico de outros países europeus, nascedouro do moderno processo civil, quanto a quem deva auferir o crédito resultante da aplicação da multa, sendo possível, com isso, proceder a uma comparação entre as legislações processualistas existentes em diferentes países.

Por fim, tendo em vista que o tema deste artigo é, em parte, polêmico e que não há muitos trabalhos científicos a respeito, surgiu o desejo de se pesquisar mais sobre o tema. Dessa forma, espera-se que este artigo sirva para a elucidação de possíveis dúvidas, ou que sirva, pelo menos, para a convicção de outros pesquisadores e estudiosos do tema.

2 A multa do art. 461 do CPC: da origem à polêmica da titularidade do crédito

Com o advento do Código Civil francês, vigente a partir de 21 de março de 1804, consolidou-se, naquele ordenamento jurídico, o princípio ideológico *nemo potest cogi ad factum*. Desde então, o emprego de constrições pessoais na execução de qualquer *facere* estava nitidamente vedado, restando, em consequência, comprometido o alcance da específica prestação devida ao credor.

Na tentativa de minimizar a vulnerabilidade da pretensão formulada, em juízo, pelo titular do crédito - até para que este não precisasse trilhar, tantas vezes insatisfatória, a via das perdas e danos -, deu-se início à aplicação de medidas gravosas em face do devedor. Em termos mais precisos, os tribunais da França passaram a fixar multas de valor extraordinário que teriam seu montante aumentado indefinidamente, caso o réu mantivesse a recusa em cumprir a obrigação tutelada no provimento jurisdicional.

A ideia concebida, a partir da lei psicológica que proclama a preferência do ser humano por comportamentos demandantes de menor esforço, ganhou corpo na jurisprudência francesa, dado o seu frequente êxito em obter do obrigado a exata conduta a que estava adstrito.

Desse modo, foi sendo desenvolvido e aperfeiçoado o sistema das *astreintes*: multas de valor exagerado impostas, por unidade de tempo, em decisões judiciais, visando, sobretudo, induzir o devedor a realizar a obrigação de fazer acordada ou devida por força de lei. Note-se, todavia, que o eficiente mecanismo não foi, em seu princípio, bem recepcionado pela doutrina.

Muitos juristas europeus criticaram a utilização das *astreintes* em virtude da ausência de fundamento legal que as autorizasse. Ademais, encarado como *quantum indenizatório*, o excessivo valor da multa contrariava o princípio da correspondência entre dano e ressarcimento.

Essas objeções doutrinárias, no entanto, foram insuficientes para barrar o emprego do mecanismo. Considerando os resultados positivos alcançados por meio dele, os juízes continuaram firmes em dar-lhe uso até que a figura jurisprudencial recebesse o amparo da lei. Com isso, além da sua gradativa posituação, o

* Pós-graduado em Direito Processual Civil. Servidor público do TJMG da 1ª Instância, lotado no Juizado Especial Cível da UFMG.

passar do tempo permitiu o reconhecimento da natureza coercitiva presente nas multas em análise, afastando-as, assim, das medidas ressarcitórias.

Hoje, as *astreintes* representam um instituto consolidado e de larga aplicação na França.

Encontram-se, basicamente, classificadas em provisórias e definitivas, caso sejam insuscetíveis de revisão. Quando provisórias, o valor pode ser modificado ou extinto, adequando-se às circunstâncias da lide; se definitivas, o réu poderá ser exonerado somente em razão de força maior ou de caso fortuito. Outro dado digno de atenção refere-se à possibilidade de a multa vir a beneficiar, em lugar do credor, instituições de assistência a pessoas carentes.

No Direito anglo-saxão, a efetividade das decisões judiciais que ordenam o devedor a cumprir sua obrigação de fazer é buscada por meio do sistema conhecido como *contempt of court*, o qual, não obstante sua proximidade com a *astreinte* do Direito francês, guarda características que lhe são próprias.

A técnica adotada pelos países da *Common Law* configura resposta à inobservância das *injunctions*.

Em linhas gerais, o *contempt of court* pode ser criminal ou cível, de modo a ensejar o emprego de uma sanção em face do ato dolosamente praticado em contrariedade ao comando judicial ou a aplicação de medida (como prisão, multa, restrição processual) destinada a compelir a parte ao cumprimento daquilo que lhe foi determinado. Na primeira hipótese, o mecanismo apresenta finalidade punitiva e refere-se a um fato passado. Na segunda, a providência é nitidamente coercitiva, incidindo em razão da relutância do sujeito, até que ele cumpra a ordem jurisdicional.

A partir dessas observações, é possível, ainda que muito superficialmente, comparar o instrumental francês com o sistema desenvolvido pelo Direito anglo-saxão, chegando-se a concluir pela maior amplitude deste.

Conforme anteriormente exposto, o sistema das *astreintes* limita-se à esfera cível e autoriza a imposição de medidas pecuniárias destinadas a agir sobre o ânimo do devedor, na tentativa de persuadi-lo a realizar a prestação tutelada pela decisão judicial. O *contempt of court*, por sua vez, mostra-se mais abrangente, englobando providências de natureza punitiva cabíveis na esfera criminal; ademais, autoriza, no âmbito cível, a utilização de meios que, não necessariamente, traduzem-se na atividade de fixar uma determinada quantia em dinheiro.

Desse modo, chega-se à conclusão de que a multa prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, apesar de conter semelhanças relacionadas à finalidade coercitiva e à espécie de provimento jurisdicional que se pretende efetivar com a aplicação da medida pecuniária abarcada pelo civil *contempt of court*, configura instituto absorvido pelo ordenamento jurídico pátrio em razão dos resultados positivos alcançados com o sistema das *astreintes*.

O mecanismo francês representa, portanto, a grande fonte de inspiração das Leis nºs 8.952/94 e 10.444/02, responsáveis por dotar o processo civil nacional de medida de apoio apta a encaminhar o devedor para o cumprimento do *facere*.

Com isso, o Direito brasileiro pôde dar um salto qualitativo no que concerne à tutela específica das obrigações de fazer, aumentando as chances, principalmente de o credor, de certa abstenção ou de uma prestação personalíssima, ver assegurada sua posição jurídica. Ao contribuir para a ultrapassagem do antigo obstáculo encontrado pelos magistrados no momento de garantir o exato bem devido, por força das obrigações em apreço, os §§ 4º e 5º do art. 461 permitem, hoje, aos juízes pátrios enfrentar problema a longo tempo combatido pelo sistema da *Common Law* e por outros ordenamentos europeus, como o francês e o alemão.

Compreendidas as principais características da multa disciplinada pelo art. 461 do Código de Processo Civil, passemos às considerações sobre a natureza dos atos relacionados à sua aplicação, a fim de proporcionar um entendimento mais completo acerca do instituto em análise.

Nesse ponto, é de fundamental importância abordar a clássica divisão elaborada por Chiovenda (1965), na tentativa de distinguir os meios executivos, ou seja, os instrumentos colocados à disposição dos membros do Poder Judiciário com o propósito de, uma vez utilizados, satisfazerem, no mundo fático, as pretensões legitimamente aduzidas em juízo.

Conforme defendido pelo autor, existem os meios de coação e os meios de sub-rogação. Através das medidas executivas coativas, também chamadas de coercitivas, almeja-se obter o bem reclamado pelo titular do crédito a partir da colaboração do próprio devedor. Em outras palavras, persuade-se o obrigado, na tentativa de impulsioná-lo à prática do exato comportamento a que está adstrito. Já o emprego das medidas sub-rogatórias, ou substitutivas, possibilita ao magistrado satisfazer o direito do credor, independentemente da participação do obrigado; a atividade promovida pelo órgão jurisdicional substitui o ato ou conjunto de atos devido em virtude do respectivo vínculo obrigacional.

No âmbito dos meios executivos de coação, cumpre, ainda, diferenciar as medidas de coerção direta das medidas de coerção indireta. Aquelas revestem o comando judicial de força intimidatória destinada a compelir o devedor à observância do respectivo provimento. As últimas, por sua vez, buscam punir a desobediência verificável em face da ordem expedida, para então coagir o obrigado a cumprir a específica prestação jurisdicionalmente tutelada.

Embora as medidas de coerção direta sejam referidas como exemplo de técnica executiva, o seu emprego apresenta-se incompatível com o que se considera execução forçada ou execução propriamente dita.

Por intermédio delas, o juiz visa agir sobre o ânimo do devedor e, a partir disso, fazer com que este observe a ordem judicial, conferindo ao titular do crédito o exato bem acordado ou decorrente de lei. A vontade e a consequente participação do obrigado configuram, portanto, elementos indispensáveis para que tais medidas promovam a satisfação do credor, absolutamente o contrário do que é observado na atividade executiva *stricto sensu*. A multa contemplada nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC configura medida de coerção direta, aplicável com o fim de estimular o devedor à observância do provimento mandamental que o ordena a cumprir sua obrigação de fazer. Logo, mostra-se impossível compreendê-la como meio típico de execução.

Valendo-se do até aqui afirmado, é possível evidenciar que a utilização da providência pecuniária autorizada pelos dispositivos acima referidos não caracteriza atividade executiva propriamente dita. Ao aplicar a multa, por determinada unidade de tempo, visando constranger psicologicamente o obrigado a realizar a prestação devida, o juiz atinge de imediato a pessoa, e apenas em grau secundário o patrimônio do qual ela é titular, praticando atos que se afastam da execução forçada e que vêm a caracterizar a chamada execução indireta.

Em outros termos, as providências tomadas pelo órgão jurisdicional, na adoção da medida pecuniária em análise, buscam satisfazer o credor do *facere* através da colaboração do obrigado, podendo, somente a partir de um conceito mais amplo e menos técnico, ser identificadas como atos executórios. Trata-se, rigorosamente, de atividades intimidatórias que antecedem o início da execução.

Dito isso, restam destacados os principais contornos delineadores do instrumento acessório introduzido no art. 461 do CPC com o advento das Leis nºs 8.952/94 e 10.444/02.

O entendimento do propósito da multa coercitiva, a ciência do instituto motivador de sua absorção pelo ordenamento jurídico pátrio e a compreensão de como a atividade que o concretiza situa-se no processo esclarecem a importância da medida de apoio prevista nos §§ 4º e 5º do art. 461. Com tais elementos em mente, o magistrado pode fazer melhor uso dos provimentos mandamentais, vindo a assegurar, com maior efetividade, o direito material legitimamente aduzido em juízo pelo credor da obrigação de fazer.

Atentos à relevância atribuível ao instrumento em foco, os diplomas legais acima mencionados preocuparam-se em introduzi-lo no processo civil brasileiro, sem, todavia, conferir ao sistema pátrio regulamentação necessária ao seu emprego. A leitura dos preceitos contidos no art. 461 e a ausência de outros dispositivos que versem sobre o tema comprovam a escassez de detalhamento normativo referente à aplicação da medida pecuniária. Cumpre, também, ressaltar que impasses ligados à exigibilidade e

à execução da multa imposta no comando judicial geram, até hoje, posicionamentos discordantes na doutrina e na jurisprudência.

Embora uma resposta adequada à grande parte dessas questões extrapole os limites traçados ao presente artigo, a postura omissiva do legislador é merecedora de alusão.

Para a criação do art. 461 do CPC, tomou-se como referência o art. 84 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, o adimplemento das obrigações judiciais, que, anteriormente, eram resolvidas por meio da conversão em perdas e danos, constituindo-se a regra geral, passou, então, a dar lugar à execução específica *lato sensu*, ou seja, dentro do mesmo processo. Somente na impossibilidade material da execução específica, de acordo com o que preconiza a Lei nº 8.952/94, ou mediante pedido expresso da parte requerente, é que se procede à conversão da obrigação em perdas e danos.

Ademais, a incessante preocupação dos legisladores em prestar a tutela jurisdicional, visando ao cumprimento das ordens judiciais, culminou com o advento do instituto jurídico, art. 461 do CPC, nos termos da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Para o Juiz de Direito da 4ª Secretaria do Juizado Especial Cível das Relações de Consumo, Dr. Antônio João de Oliveira, a multa do art. 461 do CPC “[...] é necessária ao cumprimento da ordem judicial, justamente por se tratar de um montante em dinheiro que será devido pelo réu, caso relute em cumprir a ordem judicial.”

Já para o Juiz de Direito, Dr. Sérgio Castro, também do Juizado Especial das Relações do Consumo, a multa coercitiva do art. 461 do CPC “foi o que de melhor aconteceu nas recentes reformas do Código de Processo Civil.”

No tocante à titularidade do crédito resultante da aplicação da multa, cumpre aqui salientar que, a despeito da dificuldade de se encontrar publicações que tratem especificamente desse particular, a quantidade de autores que serão citados a seguir é pequena, mas útil ao conhecimento das divergências que evidenciam o quão polêmica é a discussão concernente a quem deva auferir o montante pecuniário, oriundo da aplicação da multa coercitiva.

Antes mesmo de apresentar algumas considerações doutrinárias divergentes, urge a necessidade de se transcrever, integralmente, o que dizem alguns dispositivos que tratam do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro. No *caput* do art. 461 do CPC, está escrito que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. O art. 461, § 4º, do CPC diz que o juiz poderá impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for

suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Em suma, a aplicação da multa coercitiva possui amparo normativo, pois está expresso no Código de Processo Civil. Por outro lado, nada fala sobre quem está legitimado a levantar a quantia proveniente da imposição da multa.

A titularidade de um direito material não dá ao seu detentor o poder de impor meios suasórios contra ninguém. Esse poder pertence, exclusivamente, ao Estado e não é ele vinculado ao direito material, mas sim, apenas, ao poder que o Estado legitimamente exerce (AMARAL, 2010).

Talamini (2001), por sua vez, diz:

A aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse e desenvolvimento ao próprio autor - mediante a destinação do resultado nela obtido.

Spadoni (2001) assevera que:

[...] Ao se reconhecer na imposição da multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar qualquer fundamento lógico-jurídico que justifique ter a parte contrária direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.

Moreira (2005) escreve:

[...] A multa cominatória não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto de sua aplicação seja entregue ao credor em vez de ser recolhido aos cofres públicos.

Embora possam existir outros posicionamentos acerca dessa polêmica, e diante da escassa quantidade de publicações, os autores que foram citados ilustram os antagonismos suscitados pelo tema, não se esgotando, portanto, o surgimento de outros que queiram se debruçar sobre ele.

No que tange ao ordenamento jurídico de outros países que adotam a multa periódica como medida de coerção ao adimplemento estão Luxemburgo, Holanda e Bélgica. Pela convenção de Benelux, cuja vigência nesses três países ocorreu entre os anos de 1976 e 1980, não há nada que indique que o somatório correspondente à multa possa ser atribuída a um sujeito diverso do autor.

A mesma coisa acontece no Direito argentino, no qual o crédito é devido ao autor.

No Direito alemão, que também adota essa técnica sancionatória para as obrigações de não fazer e, especificamente, para as de se abster, a soma devida pelo

inadimplente reverte para o Estado e não para o autor, tendo em vista que tal sanção visa a reprimir a violação da autoridade do Estado, personificada no juiz.

Partindo-se da premissa de que a prestação da tutela jurisdicional eficaz é dever do Estado e de que possui a multa caráter público e processual, é lícito e moralmente correto afirmar que o interesse diretamente tutelado pela multa pecuniária é o do Estado.

Há no nosso ordenamento jurídico, um princípio que veda o enriquecimento sem justa causa. Por isso, surge o seguinte questionamento: que distância haveria entre esse princípio e a possibilidade de o crédito oriundo dele ser superior à obrigação reclamada, sendo esse mesmo crédito revertido em benefício do autor? Porque, aceitando-se a multa diária sem limite, *ad infinitum*, vitalícia, chegar-se-á ao inaceitável absurdo da pretensão de o autor vir a ser o inadimplemento do réu, visto que o importe da cominação ultrapassaria, em muito, o valor real da obrigação. Essa factível e ridícula pretensão do credor seria, evidentemente, pretensão de enriquecimento sem justa causa.

No art. 884, parágrafo único, do Código Civil brasileiro está previsto o seguinte:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

O enriquecimento sem causa gera, para o enriquecido, a obrigação de devolver a parcela do patrimônio que obteve sem causa justificada, ou, ainda, quando essa causa justificada deixa de existir, razão pela qual deve ser considerada tal espécie de enriquecimento como uma fonte de obrigações.

Aliás, no Código Civil de 2002, esse instituto figura justamente no Livro I da Parte Especial, cujo objeto é o Direito das Obrigações.

É fato, todavia, que o enriquecimento sem causa, conforme está caracterizado no Código Civil, apresenta conceito genérico, fazendo com que a sua aplicabilidade seja, muitas vezes, rechaçada pelos operadores do Direito, pelos advogados e pelos juízes, no momento em que atuam para compor os litígios. Isso porque deixam de tratar esse instituto como fonte de obrigações, confundindo-o com a equidade ou ainda com conceitos morais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito, pois a obrigação de restituir, por exemplo, pode resultar do comportamento de um terceiro e até mesmo da modificação da situação de fato que antes justificava o enriquecimento. No art. 885 do Código Civil, esta situação está devidamente esclarecida: A restituição é

devida, não só quando tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se este deixou de existir.

É claro que também poderá haver ilicitude no enriquecimento sem causa, o qual, portanto, passa para a esfera do enriquecimento ilícito e da responsabilidade civil. No entanto, a ilicitude não é elemento essencial para a configuração do enriquecimento sem causa, exigindo-se, apenas, na dicção legal, que haja o enriquecimento do beneficiário (com o consequente empobrecimento de alguém) e que não haja causa que justifique tal enriquecimento.

Muitas são as hipóteses que podem determinar o enriquecimento sem causa, situadas nas mais diversas áreas do Direito, como nos contratos, na prestação de serviços, na propriedade industrial e nas diversas espécies de negócios jurídicos, sendo certo que tão rico instituto, resgatado pelo Código Civil vigente, poderia ser mais utilizado para a solução de conflitos, haja vista que guarda em si conceito que reflete extrema simplicidade, qual seja: toda riqueza tem que ter uma causa, uma fonte.

Não se pode esquecer, ainda, que não são poucas as decisões judiciais que vêm propiciando o enriquecimento sem causa, pois aquele que recebe um benefício ao qual não faz jus, como vem reiteradamente ocorrendo nas relações de consumo, nos planos de assistência à saúde, nos planos de previdência complementar, na previdência social oficial e em tantos outros contratos, com certeza está obtendo enriquecimento sem causa, com a chancela do Poder Judiciário.

3 Conclusão

Não se discute a importância da multa diária, visando ao cumprimento eficaz das obrigações judiciais, conforme se depreende do que foi discorrido neste artigo. Há o justo reconhecimento na jurisprudência e doutrina.

Por outro lado, não se chega a um consenso quando o assunto envolve a titularidade do crédito, porque dá margem para entendimentos conflitantes, havendo mesmo diversos doutrinadores e operadores do Direito que se antagonizam quanto a essa questão.

No que se refere ao enriquecimento sem justa causa, como se pode observar do que foi dito logo acima, não há o cumprimento desse princípio, ficando ao talante dos operadores do Direito, advogados e juízes, que simplesmente o ignoram, para se dizer o mínimo.

Por fim, em nada enfraqueceria o poder coercitivo desse instituto jurídico, se houvesse a transferência, em qualquer legislação processual, da titularidade do crédito para o Estado.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do art. 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A doutrina brasileira da multa coercitiva*: três questões ainda polêmicas. Disponível em: <<http://revistajuridica.fafibe.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *DOU* de 17.03. 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. *DOU* de 08.05. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. *DOU* de 14.12.1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *DOU* de 12.09. 1990, retif. em 10.01.2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *DOU* de 17.01.1973, rep. em 27.07.2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CRIBARI, Giovanni. Execução específica - obrigações de fazer e de não prestar declaração de vontade: cominação de preceito cominatório. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 10, p. 47-81, abr./jun.1978.

CURI, Rodrigo Brandengurgo. *Multa do art. 461*: breves considerações. Disponível em: <<http://www.cam-adv.com.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. *Revista Jurídica*, a. 53, n. 338.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. *Enriquecimento sem justa causa gera obrigação*. Disponível em: <www.juristas.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2014.

SILVA, Rosana Ribeiro da. *Tutela específica da obrigação* (art. 461, CPC). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/886/tutela-especifica-da-obrigacao-art-461-cpc>>. Acesso em: 27 out. 2012.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio;

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, n. 105, jan.-mar. 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial

Queixa-crime - Injúria - Prescrição penal - Prescrição retroativa - Extinção da punibilidade

Ementa: Criminal. Queixa-crime. Prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade.

- Verificada a prescrição da pretensão punitiva estatal pelo transcurso de lapso temporal, deve ser extinta a punibilidade do querelado.

Prescrição que se decreta de ofício.

AÇÃO PENAL - ORDINÁRIO Nº 1.0000.15.014549-8/000 - Comarca de Muzambinho - Querelante: O.L.C.S.M. - Querelado: Flávio Umberto Moura Schmidt Juiz de Direito da Comarca de Muzambinho - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DECRETAR, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2016. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - O.L.C.S.M. ofereceu queixa-crime em face do Juiz de Direito da Comarca de Muzambinho, imputando-lhe a prática da conduta prevista no art. 140 c/c o art. 141, II, do Código Penal.

Consta da inicial acusatória que, no dia 6 de julho de 2011, o querelado, durante uma audiência, proferiu os seguintes dizeres contra o querelante, na presença de várias pessoas: “[...] você vai, mas veja se fez alguma coisa, veja se tu é homem para fazer alguma coisa, quero você (sic) se você é macho suficiente para fazer alguma coisa [...]”.

A f. 214, manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

A prescrição penal é a perda do poder de punir do Estado, causada pelo decurso do tempo fixado em lei.

Eis o ensinamento de César Roberto Bitencourt:

[...] a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado. A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP) (*Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. I, Parte geral, p. 671).

A pena máxima prevista abstratamente para o delito descrito no art. 140 c/c o art. 141, II, do Código Penal é 8 (oito) meses de detenção, prescrevendo-se em 3 (três) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.

O fato ocorreu em 6 de julho de 2011, sendo que até o presente momento não houve nem mesmo o recebimento da denúncia.

Considerando-se que, entre a data do fato até o presente momento, transcorreram-se mais de 3 (três) anos, consumada está a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por isso, com supedâneo no art. 109, VI, do Código Penal, decreta-se prescrita a pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV, do mesmo Codex.

Dê-se-lhe baixa na nota de culpa, fazendo-se desaparecer toda e qualquer anotação atinente a esse processo.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON FERNANDES, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALBERTO VILAS BOAS, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, SANDRA FONSECA, ESTEVÃO LUCCHESI, ÁUREA BRASIL, VEIGA DE OLIVEIRA, KILDARE CARVALHO, WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, BELIZÁRIO DE LACERDA e MOREIRA DINIZ.

Súmula - DECRETARAM, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

...

Agravo interno - Decisão que indeferiu a concessão da liminar em mandado de segurança - Relevante fundamentação jurídica - Inexistência - Concurso público de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro de Minas Gerais - Pontos pelo exercício da advocacia ou pelo desempenho da atividade privativa do bacharel em Direito por mais de três anos - Cognição sumária - Desacerto que indefere a pontuação - Não demonstração

Ementa: Agravo interno. Decisão que indeferiu a concessão da liminar em mandado de segurança. Inexistência de relevante fundamentação jurídica. Concurso público de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro do Estado de Minas Gerais. Prova de títulos.

Pontos pelo exercício da advocacia ou pelo desempenho da atividade privativa do bacharel em direito, por mais de três anos. Cognição sumária. Não demonstração do desacerto que indefere a pontuação. Desprovemento do recurso.

- Por força do art. 5º do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a comprovação do exercício da advocacia exige certidão expedida por cartórios ou secretarias Judiciais, ou cópia autenticada de atos privativos praticados pelo advogado, motivo pelo qual a exigência da Comissão Examinadora de certidão de “objeto e pé” não desgarra das exigências legais, ou mesmo editalícias, pertinentes.

- Em princípio, a simples certidão de inscrição na OAB acompanhada de documentos que indiquem o andamento processual de feitos no qual está cadastrado o impetrante, sem revelar, contudo, de forma específica o objeto da atuação, são insuficientes para a regular comprovação do exercício da advocacia.

- Num primeiro momento, a atividade notarial e de registro não pode ser considerada como privativa do bacharel em direito, porquanto, por força do § 2º do art. 15 da Lei 8.935/1994, poderão concorrer no concurso respectivo candidatos que, mesmo sem a referida formação, tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, 10 (dez) anos de exercício em serviço notarial ou de registro.

- Se, em sede de cognição sumária, os documentos apresentados pela parte impetrante não demonstram o desacerto da decisão administrativa que lhe inferiu os pontos almejados pela parte impetrante na fase títulos, deve ser indeferida, por ausência de relevante fundamentação jurídica, a medida liminar por meio da qual objetivada a concessão imediata da pontuação, ou mesmo a paralisação do concurso.

Desprovemento do recurso.

AGRAVO INTERNO CÍVEL Nº 1.0000.16.070327-8/001

- Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Marcone Alves Miranda - Agravado: Presidente da Comissão do Concurso Público de Provas e Títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2016. - Sandra Fonseca - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de agravo interno contra a decisão monocrática que indeferiu a liminar nos autos do mandado de segurança impetrado por Marcone Alves Miranda contra ato imputado ao i. Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público de Provas e Títulos para a Outorga das Delegações de Notas e de Registro do Estado de Minas Gerais, por meio do qual buscava a tutela de urgência, objetivando a imediata concessão dos pontos do título ao impetrante, tanto no critério provimento, quanto no critério remoção, pela comprovação do exercício da advocacia ou pelo exercício de delegação notarial e de registro na condição de bacharel em direito.

Ressalta que no “caso em apreço é possível constatar, à luz dos fatos arguidos na exordial do mandado de segurança e dos documentos carreados pelo agravante a presença clara e cristalina do ‘fundamento relevante’ para a concessão da medida liminar”.

Afirma que o Edital não especificou a forma pela qual deveria ocorrer a comprovação do exercício da advocacia, de modo que a exigência de certidão de objeto e pé veiculada via “Aviso”, implica fator surpresa que quebra a confiança dos candidatos no próprio edital.

Consigna que

a não atribuição de pontuação quanto ao exercício de delegação da atividade de notas e de registro pelo agravante não revela interpretação lógica do edital. O ato impugnado contraria a Lei nº 8.935/1994, em seu art. 14, inciso V, o qual consagra a formação jurídica como critério justificador da avaliação dos títulos. Ademais, a Resolução nº 81/2009 versou parâmetros compatíveis com a referida lei, ficando revelado que o termo “delegação” constante no item nº 7.1 e reproduzido no Edital nº 01/2014, em seu capítulo XVIII, item 4, alínea a refere-se de fato aos serviços extrajudiciais de notas e de registro, independentemente de não ser o cargo privativo de bacharel em Direito. O vocábulo ‘privativo’ deve ser usado apenas nos cargos, empregos ou funções públicas.

Busca a reforma da decisão agravada, no intuito de que seja concedida a medida liminar objetivada.

É o relatório.

O Edital 01/2014 considera, para fins de concessão de dois pontos na prova de títulos, sob a mesma rubrica, de forma que não pode ser ultrapassado o referido limite, o exercício da advocacia, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), ou de delegação, cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em Direito, por um mínimo de três anos até a data da primeira publicação desta 2ª retificação do Edital do Concurso.

As duas previsões atinentes à concessão de pontos em decorrência dos títulos apresentados pela parte impetrante e questionados neste mandado de segurança estão previstas no item 4 - a), do título XVIII do Edital, denominado “Do Exame dos Títulos”, que, no tocante à forma de comprovação, referente às duas hipóteses versadas, traz

a seguinte redação: “Certidão de inscrição na OAB ou certidão expedida pelo Órgão Público ao qual é subordinado, comprovando o exercício da delegação ou de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em Direito”.

Em princípio, a certidão de inscrição na OAB objetiva apenas revelar a inscrição na entidade de classe, para fins de demonstração de que o candidato se encontra habilitado à advocacia.

Em sede de cognição não exauriente, a demonstração do exercício da advocacia deveria ocorrer com base no art. 1º da Lei 8.906/1994, que faz expressa referência aos atos privativos do advogado como: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; o desempenho de atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas; a prática de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas que só podem ser admitidos em registros quando visados por advogado.

Assim, numa primeira análise, a demonstração dos atos privativos de advocacia, listados no art. 1º da Lei 8.906/1994, efetivamente praticados pelo advogado constitui requisito exigido pelo edital, para que fossem computados os pontos de título respectivos.

Nesse sentido é o enunciado normativo do próprio art. 5º do Estatuto da Ordem, segundo o qual a comprovação do efetivo exercício faz-se mediante certidão expedida por cartórios ou secretarias judiciais ou cópia autenticada de atos privativos.

Desse modo, em princípio, a simples certidão de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, acompanhada de *print* eletrônico, revelando o andamento processual de feitos nos quais a parte impetrante está cadastrada como advogado, revela sistemática de comprovação da advocacia destoante das exigências legais e editalícias pertinentes.

Nesse íterim, a exigência da Comissão Examinadora de apresentação de certidão de “objeto e pé”, ainda que especificada por meio de “Aviso” publicado em momento posterior à abertura do certame, não desgarra das exigências legais pertinentes, nada inovando em relação às exigências já constantes do edital.

Ademais, conforme noticiado na manifestação do Presidente da Comissão Examinadora do Concurso, documento de “Ordem 5”, o tema relativo aos requisitos necessários à comprovação da advocacia já foi debatido no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, no PCA nº 0004770-07.2016.2.00.0000, onde, reconhecendo, ademais, que o Aviso em nada inovou nas exigências já constantes do edital, em consonância, ademais, com a decisão monocrática agravada, ficou consignado que:

A simples certidão de inscrição na OAB não prova o efetivo exercício, mas apenas que o candidato foi regularmente aprovado e inscrito no quadro de advogados da OAB. Aquele é demonstrado por ‘certidões de objeto e pé’ de processos em que atuou, declaração do empregador ou documento similar que demonstre o exercício. A redação do item 4 do capítulo

XVIII - Exame de Títulos do Edital 01/2014, em que consta apenas a certidão de inscrição da OAB para a comprovação do exercício de advocacia, não induz seja necessário apenas este documento, uma vez que desvirtua a própria análise conceitual do termo “exercício”. O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que regulamenta a Lei nº 8.906/94, dispõe, de forma expressa, em seu art. 5º, sobre a comprovação do efetivo exercício da atividade de advocacia: ‘Art. 5º Considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos previstos no art. 1º do Estatuto, em causas ou questões distintas. Parágrafo único. A comprovação do efetivo exercício faz-se mediante: a) certidão expedida por cartórios ou secretarias Judiciais; b) cópia autenticada de atos privativos; c) certidão expedida pelo órgão público no qual o advogado exerça função privativa do seu ofício, indicando os atos praticados’. Em consulta ao site da Banca Examinadora, verifica-se que, em 01.10.2015, foi publicado aviso sobre os documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos para a outorga da delegação e títulos, tendo sido convocados, na mesma data, os candidatos aprovados na Prova Escrita e Prática para apresentação da referida documentação. Conforme se observa, o mencionado aviso não modificou as disposições já previstas inicialmente pelo Edital inaugural, apenas esclareceu quanto aos modos de comprovação de atividades, não tendo inovado, portanto, nas regras editalícias. O que se percebe é que a necessidade de apresentação de ‘certidões de objeto e pé’ para comprovação da atividade de advocacia derivou de interpretação da própria organizadora responsável pelo certame, entendimento diverso convolari o CNJ em banca examinadora, o que é inadmissível. Inclusive, o requerente recorreu administrativamente, tendo sido negado seu pedido, ao argumento de que ‘candidato não comprovou exercício da advocacia em pelo menos 5 (cinco) processos pelo período de 3 (três) anos, visto que os documentos apresentados contendo andamentos processuais não comprovam efetivamente a prática de algum ato no processo’ (Id nº 2018716), não podendo o CNJ configurar como instância recursal de decisões administrativas de Tribunais ou Bancas Examinadoras.

Noutro vértice, afirma o impetrante ter recebido a delegação para Tabelião de Protesto de Títulos e Oficial Registrador Interino de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Peçanha/MG e de Tabelião de Notas do 1º Ofício de Notas de Mutum/MG, cuja soma do período de exercício ultrapassa três anos.

No entanto, em sede de cognição sumária, a não contabilização da referida delegação para fins de se computar os dois pontos de título se afigura consentânea à legalidade.

Isso porque, *a priori*, pela regra extraída do enunciado normativo posto pelo § 2º do art. 15 da Lei 8.935/1994, poderão concorrer no concurso para o exercício da atividade notarial e de registro candidatos que não sejam bacharéis em direito, por terem completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, 10 (dez) anos de exercício em serviço notarial ou de registro.

Lado outro, deve ser mantido o indeferimento do pedido da agravante para que seja ordenada à autoridade

coatora a exibição da documentação apresentada pelo impetrante na prova de títulos.

Além de o agravante não comprovar a negativa de apresentação dos documentos cuja exibição pretende, sendo insuficiente para tanto a simples previsão editalícia, eles não guardam relevância para a análise do objeto do mandado de segurança.

Isso porque não há dúvidas de que, para fins de obter a pontuação na prova títulos, o impetrante apresentou à Comissão Examinadora documentos que revelam o andamento processual, em feitos no qual estava cadastrado.

No entanto, conforme já destacado, *a priori*, referida documentação não se confunde com a certidão de “objeto e pé”, ou mesmo com a cópia dos atos processuais especificamente praticados, não atendendo, portanto, às exigências legais ou editalícias.

Assim, pelo presente agravo interno, não foram apresentados elementos que revelem o desacerto da decisão que indeferiu a medida liminar requerida.

Conclusão.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - Declaro-me impedido para participar do julgamento do presente mandado de segurança, tendo em vista minha atuação como Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes à época da elaboração do Edital 01/2014, objeto do *writ*.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Senhor Presidente.

Rogo-lhe vênha para declarar meu impedimento nos presentes autos em virtude de presidir Comissão de Concurso de igual natureza debatida nestes autos.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI, LUIZ ARTUR HILÁRIO, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, MOREIRA DINIZ, EDILSON FERNANDES, DÁRCIO LOPARDI MENDES, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, SALDANHA DA FONSECA, PEDRO BERNARDES e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Autobiografia - Transmissão dos direitos autorais - Ônus da prova - Redator - Autor-fantasma

Ementa: Direito autoral. Obra autobiográfica. *Ghost-writer*. Escritor fantasma. Ausência de criação.

- O escritor contratado para redigir biografia com base nas narrativas do contratante não produz obra amparada pelo direito autoral, estando correto o indeferimento do seu pedido para que dela conste como coautor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0570.11.000003-3/002 - Comarca de Salinas - Apelante: Maria Helena da Costa - Apelado: ISAU RODRIGUES DE OLIVEIRA - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - Luiz Carlos Gomes da Mata - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Maria Helena da Costa interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª vara da Comarca de Salinas, Dra. Érica Climene Xavier Duarte, que julgou improcedentes os pedidos por ela formulados em ação ajuizada em desfavor do ora apelado, por entender que ela não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações.

A apelante sustenta que houve incorreta distribuição do ônus da prova, diante da confissão do requerido de que a contratação não se deu da forma ordinária, mas sim na espécie de *ghost-writer*, devendo ser observada a disposição do art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Como o requerido não produziu qualquer prova, deve ser reconhecido que a contratação se deu pela forma ordinária. A propósito da figura do *ghost-writer*, a apelante sustenta que o acolhimento de tal modalidade importa a violação ao art. 5º, inciso XXVII, da CF/88 e arts. 22 e 28 da Lei de Direitos Autorais.

Em pedido sucessivo, a apelante afirma estar amparada pelos benefícios da justiça gratuita, de forma que a condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios que lhe foi imposta deve ser suspensa.

Contrarrazões às f. 431/445, pugnando pela confirmação da sentença.

É o relatório. Decido:

Presentes todas as condições de admissibilidade, conheço do recurso.

Quando do julgamento do recurso de agravo de instrumento, em que foi questionada a liminar deferida em favor da ora apelante, já adiantei o meu entendimento sobre a modalidade de contratação de profissional para o auxílio na produção de autobiografias. Transcrevo o que se vê à f. 333:

Em regra as autobiografias, quando não escritas pelo próprio autobiografado, são contratadas de *ghost-writers*, com transmissão de todos os direitos autorais ao contratante. A exceção deve ser provada.

A sentença segue o mesmo entendimento, na minha visão, impondo de forma correta o ônus da prova à parte autora, já que constitutiva do seu direito. É que o ordinário se presume e a exceção deve ser provada, daí a imposição à autora do ônus de provar que “resolvi aceitar o trabalho com uma única condição: que seu nome figurasse como coautora da produção literária” (inicial, f. 04).

Então, a disposição legal aplicável é aquela disposta no inciso I do art. 373 do vigente Código de Processo Civil.

A propósito da alegada violação às garantias constitucionais e infraconstitucionais ao direito autoral (art. 5º, inciso XXVII, da CF/88 e arts. 22 e 28 da Lei de Direitos Autorais), entendo que a apelante nada produziu que possa ser enquadrado em tal proteção, pois confessadamente diz ter sido contratada como redatora, para contar sobre a vida do biografado, de personagens por ele relacionados. Tal modalidade de contratação não tem o condão de criar direitos autorais, conforme informa o seguinte precedente jurisprudencial:

Responsabilidade civil. Direito autoral. Pedido de reconhecimento do *ghost-writer* (escritor fantasma). Como único e exclusivo autor da obra-literária *Doce veneno do escorpião*. Obrigação de fazer. Ressarcimento por danos patrimoniais e morais. Impossibilidade por ausência de criação e falta de previsão legal. Análise do contrato firmando entre apelante e a apelada editora. Preliminares de nulidade rejeitadas. Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP - Apelação nº 0181194-46.2008.8.26.0100, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Coelho Mendes - j. em 05.04.2011).

Do acórdão acima colacionado, extraio pertinente argumentação sobre a inviabilidade de reconhecer o trabalho prestado na condição de mero redator contratado para biografar a vida do contratante como a criação de obra suscetível de proteção como direito autoral. Transcrevo-a, *in verbis*:

Compulsando os autos, verifica-se que, na fase de pontuação contratual (f. 23), o apelante foi convidado pela editora recorrida para prestar serviços de redação na condição de *ghost-writer*, aceitando a incumbência conforme demonstram os documentos anexados (f. 24 e ss.), vindo a celebrar contrato definitivo (f. 82/84). Neste ponto, é importante esclarecer que o termo *ghost-writer* é uma expressão da língua inglesa que

denomina o profissional especializado em prestar serviços de redação de textos para pessoas que desejam transferir suas experiências de vida para um livro, mas carecem de tempo ou simplesmente não têm o dom da narrativa, o autor-fantasma trabalha silenciosamente, pesquisando, organizando selecionando material, realizando entrevistas, enfim escrevendo o texto, porém não assina como autor da obra (extraído do Texto Escrito Fantasma, de Rodrigo Alves. Matéria. publicada em abril/2003, pela Revista Veredas, do Centro Cultural do Banco do Brasil). [...] Desta forma, percebe-se que o apelante sempre teve ampla ciência que não seria considerado autor da obra, não havendo nos autos nenhum elemento probatório que afaste este entendimento. [...] Em que pese ser o recorrente pessoa física, este firmou contrato como prestador de serviço, na qualidade de redator, ou seja, como profissional da área de comunicação, que inclusive já realizou diversos outros trabalhos de grande repercussão no mercado editorial, configurando-se ato jurídico perfeito em uma relação jurídica civil, exigindo-se, portanto, uma interpretação restritiva das cláusulas estabelecidas. Ademais, restou patente das provas colhidas nos autos que a personagem 'Bruna Surfistinha', assim como os relatos constantes do livro, são baseados ou inspirados na vida de Raquel como profissional do sexo, com experiências vivenciadas e contadas por ela, quer parte em seu *blog* quer parte nas entrevistas concedidas ao redator apelante (f. 544 e ss). [...] Logo, deduz-se que o contrato celebrado pelo apelante com a editora visou à prestação do serviço de redação que consistia predominantemente em organizar os fatos e as histórias contadas pela apelada Raquel. Portanto, concluo que a autoria da obra de fato pertence exclusivamente à apelada Raquel, não vislumbrando nenhuma violação a direitos morais e patrimoniais de autor ao apelado, conforme o disposto na r. sentença que deve ser mantida em sua totalidade.

Portanto, a sentença não merece reforma quanto à solução dada para a causa. O único reparo que nela faço é para declarar a suspensão dos ônus sucumbenciais, em atenção ao disposto no art. 98, § 3º, do vigente Código de Processo Civil, em razão da gratuidade de justiça deferida à autora/apelante (f. 246).

Feitas tais considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas declarar suspensa a exigibilidade da condenação imposta à apelante na sentença, na forma do art. 98, § 3º, do vigente Código de Processo Civil.

Custas recursais, pela apelante, uma vez que não houve decaimento da parte contrária. Fica suspensa a exigibilidade pela mesma razão acima declinada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA e NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Município - Interesse de agir - Imposição de obrigação de fazer - Limpeza e retirada de entulho de oficina e terreno - Ausência de demonstração de que todas as medidas administrativas foram realizadas para a retirada dos criatórios das larvas de *Aedes aegypti* - Judicialização caracterizada - Falta de interesse de agir confirmada

Ementa: Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Autorização de limpeza e retirada de entulho de oficina e terreno. Ausência de demonstração de que todas as medidas administrativas foram realizadas para a retirada de vasilhames que servem como criatórios das larvas de *Aedes aegypti*. Judicialização. Falta de interesse de agir. Manutenção da sentença.

- Cumpre à Administração, dentro de seu poder de polícia, agir para obstar o funcionamento de estabelecimento que não dá correta destinação aos entulhos, contribuindo para a propagação da dengue.

- Há autorização constitucional e legal para que o Município, em caso de reiterada recusa do proprietário, realize limpeza no local e retirada dos objetos responsáveis pelo armazenamento das larvas do mosquito, depositando-os em local apropriado.

- Deve ser mantida a sentença que extingue o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, eis que não restou demonstrado que o apelante tomou todas as medidas necessárias para justificar o acionamento da máquina judiciária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0476.16.000091-7/001 - Comarca de Passa-Quatro - Apelante: Município de Passa-Quatro - Apelado: Edeson Cipriano da Silva - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2016. - Afrânio Vilela - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, apelação aviada pelo Município de Passa-Quatro contra a r. sentença de f. 27/43, que, nos autos da ação de obrigação de fazer interposta em face de Edeson Cipriano da Silva, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC/73.

Nas razões recursais (f. 46/48), alega o apelante, em síntese, que restou demonstrado o interesse processual, na medida em que as ações administrativas não se mostraram eficazes. Aduz que, comprovada a letargia do requerido ao não diligenciar para contínua eliminação de focos do mosquito, “resta transformado seu ato omissivo para ato comissivo em obstaculizar o combate à dengue, o que consubstancia a necessidade de se buscar, do Poder Judiciário, medida mais eficaz”. Pugna pelo provimento do recurso para cassar a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito.

Contrarrazões às f. 53/58.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer, opinando pelo desprovimento do recurso (f. 67/68).

É o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O presente feito foi extinto sob o fundamento de ausência de interesse processual da municipalidade, tendo em vista que esta dispõe do poder de polícia e dos recursos necessários, inclusive coercitivos, decorrentes do poder de polícia.

A demanda afigura-se como hipótese de judicialização, que traz a este Poder Judiciário inúmeros conflitos que poderiam e deveriam ser solucionados no âmbito administrativo.

Todavia, tendo em vista que o Judiciário não se exime de agir quando provocado, notadamente em se tratando de ação que visa resguardar a saúde da população local e, por conseguinte, contribuir com as campanhas de conscientização promovidas pelo próprio Executivo nos meios de comunicação, passo à análise do recurso.

Aduz o apelante que restou demonstrado o interesse processual, na medida em que as ações administrativas não se mostraram eficazes.

Vejamos.

Depreende-se dos autos que a apelante realizou inspeção da ‘Oficina Edeson Cipriano’ em 30.09.2015 (f. 8/13) e nova inspeção em 14.10.2015 (f. 15/18), emitindo o termo de visita nº 1.023 (f. 19), com solicitação de providências (f. 24/25). Restando constatado a existência de criadouros de *Aedes aegypti* no imóvel (f. 21/23), não foram tomadas todas as providências pelo apelado.

Ora, o poder de polícia é inerente ao município e o poder de polícia sanitário independe de alvará ou de autorização do proprietário, em face do poder inerente ao órgão público nessa área.

A possibilidade de entrada forçada de agentes de saúde em residências é prevista na Constituição da República, desde que em casos de perigo público ou flagrante criminal, confira-se: “Art. 5º, inciso XXV. No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Inclusive, no caso do combate a dengue, foi editada a Lei nº 13.301/2016, que permite o ingresso de agentes de endemia em imóveis públicos e particulares abandonados ou em locais onde o proprietário não esteja para garantir o acesso ou em caso de recusa, *in verbis*:

“Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde - SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN. [...] IV - ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.

Não se nega aqui vigência ao art. 5º, XI, da CR/88, que dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, mas situação excepcional de iminente necessidade de adoção de medidas de vigilância em saúde ocorre quando verificado perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika.

Em igual sentido, dispõe a Lei Municipal nº 2.076/2015:

Art. 1º. A eventual negativa de acesso aos imóveis, por parte de seus respectivos responsáveis, aos agentes de vetores e autoridades sanitárias, quando no exercício de suas funções de controle de mosquitos vetores, ensejará a solicitação de apoio da autoridade policial para o encaminhamento das ações necessárias e, diante da persistência da atitude, o caso será encaminhado ao Ministério Público para a adoção das medidas cabíveis.

[...]

Art. 14. [...] § 1º Previamente à aplicação das multas estabelecidas neste artigo, o infrator será notificado para regularizar a situação no prazo de 05 (cinco) dias, findo o qual estará sujeito à imposição das penalidades mencionadas.

Não há dúvidas de que a municipalidade tem o dever constitucional e legal de promover o combate e a prevenção a surtos epidemiológicos.

Assim, deve o Município de Passa-Quatro, usando do seu poder de polícia, fazer a fiscalização sanitária nas residências que o permitirem, e, quanto àquelas que criarem obstáculo, a aplicação das medidas coercitivas constantes na própria legislação municipal.

E, persistindo o descumprimento, realizar o ingresso forçado no local, procedendo com as medidas necessárias para o combate ao mosquito. Com a possibilidade de aplicação ao responsável, se verificada negativa de ingresso do agente de endemia e recusa à realização

de medidas de limpeza e combate de criadouros, das medidas previstas na legislação municipal e, ainda, punição para a não obediência de determinação de uma autoridade sanitária considerando que a situação caracterizaria infração sanitária prevista na Lei nº 6.437/77.

Neste mote, entendo que a sentença de lavra do douto Juiz Fábio Roberto Caruso de Carvalho não merece reparos, visto que “não há necessidade de provocar o Judiciário, quando se tem instrumentos próprios para a atuação”. O Município de Passa-Quatro dispõe de todos os meios administrativos para promover a preservação da saúde coletiva, através da aplicação de multas e outras penalidades legais para que o requerido promova a limpeza do imóvel (oficina e terreno), e, ainda, em caso de descumprimento, possui autorização normativa para a entrada forçada no lote para a eliminação dos focos de criadouro do *Aedes aegypti*.

Não restou demonstrado, portanto, que o apelante tomou todas as medidas necessárias para justificar o acionamento da máquina judiciária, motivo pelo qual não merece qualquer reparo a sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito.

Isso posto, nego provimento ao recurso e mantenho integralmente a sentença.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de indenização - Procedimento cirúrgico - Responsabilidade civil objetiva - Elemento subjetivo - Dolo - Culpa - Responsabilidade do fornecedor - Responsabilidade do hospital por erro médico - Ausência de provas - Prova pericial

Ementa: Apelação cível. Indenização. Erro médico. Luxação e perda óssea em punho esquerdo. Internação e tratamento cirúrgico sem sucesso. Acionamento do nosocômio. Procedimento realizado por médico integrante do corpo clínico. Responsabilidade objetiva do hospital. Conduta culposa do médico. Ausência. Indenização indevida.

- A instituição onde realizado o procedimento cirúrgico é solidariamente responsável pelos danos que seus prepostos causem a terceiros, pois, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie,

a responsabilidade do fornecedor é objetiva, nos casos de prestação de serviços defeituosa.

- A responsabilidade civil por suposto erro médico demanda, para sua caracterização, prova da imprudência, negligência ou imperícia do profissional de saúde no tratamento do paciente; ausente conduta culposa por parte do profissional de saúde, bem como nexo de causalidade entre o procedimento realizado e respectivo insucesso, não há falar em obrigação de indenizar, inclusive por parte do hospital em que realizada a cirurgia, pois não constatado o vício na prestação do serviço, e, por via de consequência, a ocorrência de ato ilícito.

- A prestação de serviços médicos constitui obrigação de meio, e não de resultado, pois o compromisso do profissional se restringe a envidar todos os esforços para o alcance do objetivo pretendido, e não à obtenção do resultado em si.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0059.02.000120-8/002 - Comarca de Barroso - Apelante: J.J.P. - Apelado: Instituto de Maternidade, Assistência à Infância e Policlínica de Barbacena, J.P.L. - Relator: DES. JOÃO CÂNCIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - João Cancio - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOÃO CÂNCIO - Trata-se de apelação cível interposta por J.J.P. em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Barroso, de f. 271/273, que, nos autos da ação de indenização ajuizada em face de Instituto de Maternidade, Assistência à Infância e Policlínica de Barbacena, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de R\$3.000,00, observada a gratuidade de justiça.

Inconformada, a parte autora apresenta razões recursais às f. 275/279, alegando, em suma, que o autor não foi informado das consequências advindas do procedimento cirúrgico ao qual foi submetido. Diz que não assinou nenhum termo de responsabilidade, relatório ou laudo que atestasse o que fora realizado. Afirma que é inadmissível que o autor fique com as sequelas advindas da cirurgia sem a devida reparação. Finaliza, afirmando que restou devidamente comprovado nos autos que os apelados contribuíram para o agravamento das lesões sofridas pelo apelante, devendo ser obrigados a indenizar.

Contrarrazões às f. 282/286.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Mérito.

Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por J.J.P. em face de Instituto de Maternidade Assistência à Infância e Policlínica de Barbacena S.A. e J.P.L., narrando que, em 18.02.2000, sofreu uma queda do teto de uma igreja onde estava trabalhando, sofrendo luxação do punho esquerdo, com perda óssea. Diz que deu entrada nas dependências do réu, onde foi submetido à cirurgia, permanecendo internado até o dia 25.02.2000. Afirma que seu braço foi engessado de forma equivocada, o que provocou atrofia e deformação dele. Relata que, se não houvesse imperícia e negligência, não estaria na atual situação, de quase total invalidez.

Discorreu sobre os danos físicos e morais suportados em razão de conduta negligente e imperita dos prepostos dos réus, requerendo, ao final, a reparação dos danos estéticos no importe de R\$60.000,00, além de R\$90.000,00, a título de danos morais.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais por ausência de qualquer indício de que os serviços médicos hospitalares prestados ao autor não foram corretos, não havendo demonstração de negligência ou imperícia.

No apelo, pugna a parte autora pela integral reforma da sentença, nos termos já relatados.

Da responsabilidade civil.

Como cediço, são pilares do dever de indenizar a ocorrência dos requisitos exigidos à responsabilidade civil, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02. A saber:

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Da *lege lata*, extrai-se, portanto, que ao direito à reparação exige-se ocorrência de ato ilícito, nexo causal e dano.

No caso, trata-se de responsabilidade civil por suposto erro médico cometido pelo segundo requerido em procedimento cirúrgico ao qual se submeteu o requerente, que demanda, para sua caracterização, prova da imprudência, negligência ou imperícia do profissional de saúde no tratamento da paciente.

Vale dizer que a prestação de serviços médicos constitui obrigação de meio e não de resultado, pois o compromisso do profissional se restringe a envidar todos os esforços para o alcance do objetivo pretendido (em

regra, a recuperação da saúde do paciente), e não à obtenção do resultado em si.

Sobre o tema, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

A obrigação do médico, que é chamado a atender um cliente, não constitui (salvo na cirurgia estética [...]) uma obrigação de resultado, porém uma obrigação de meios. Ele não assume o compromisso de curar o doente (o que seria contra a lógica dos fatos), mas de prestar-lhe assistência, cuidados, não quaisquer cuidados, porém conscienciosos e adequados ao seu estado (PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 151).

Nessa esteira, se ausente prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), não há falar em responsabilização do médico por eventual insucesso de determinado procedimento.

Lado outro, a instituição requerida é também responsável por eventual erro médico constatado em suas dependências, pois, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, nos casos de prestação de serviços defeituosa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

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

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No mesmo sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial: 1) Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico em plantão, por médico integrante do corpo clínico do hospital. Responsabilidade objetiva do hospital; 2) Culpa reconhecida pelo tribunal de origem. 3) Teoria da perda da chance. 4) Impossibilidade de reapreciação da prova pelo STJ. Súmula 7/STJ. 1. - A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2. - A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3 - Recurso especial do hospital improvido (Recurso Especial nº 1.184.128/MS - 2010/0038999-0)

- Terceira Turma - Relator : Ministro Sidnei Beneti - j. em 08.06.2010).

Bem assim, deste e. Tribunal:

Indenização. Danos morais. Erro médico. Cirurgia de vasectomia em vez de postectomia. Culpa. Responsabilidade solidária. Hospital/médico. - O hospital em que se realiza qualquer procedimento médico ou cirúrgico tem responsabilidade solidária, em tese, por qualquer erro médico cometido em seus estabelecimentos. Inteligência do art. 932 do Código Civil e do art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. - Estando comprovada a culpa do médico e o nexo causal existente entre a sua conduta e o dano sofrido pelo paciente, caracterizada está a responsabilidade do médico e do hospital pelo pagamento de indenização (TJMG - Ap. Cível nº 2.0000.00.496582-6/000 - 16ª Câmara Cível - Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza - j. em 28.02.2007 - DJ de 30.03.2007).

Erro médico. Negligência no atendimento. Sequelas. Hospital. Responsabilidade solidária e direta. Dano moral reconhecido. - Evidenciado o erro médico pela negligência no atendimento e comprovados os danos morais decorrentes daquele ato, impõe-se o pagamento da indenização respectiva. - Verificando que o hospital cobrou diretamente pelos serviços inerentes à consulta, é de se reconhecer a responsabilidade direta da entidade hospitalar, além da responsabilidade solidária decorrente da culpa *in eligendo* relativa ao corpo clínico (Apelação Cível nº 1.0024.05.891378-1/001 - 13ª Câmara Cível - Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata - j. em 07.10.2010).

Especificamente sobre a responsabilidade dos hospitais por erro médico, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente (REsp 1145728/MG), cuja relatoria do acórdão coube ao e. Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que, em procedimentos ocorridos em seus estabelecimentos, devem ser observadas três situações distintas para sua aferição, quais sejam:

1. Na hipótese em que as obrigações contraídas pelo nosocômio se limitarem ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC);

2. Quando os atos técnicos forem praticados por médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, a responsabilidade é imputada apenas ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilização (art. 14, § 4º, do CDC), se esta não concorreu para a ocorrência do dano;

3. E, por fim, no caso de os atos técnicos serem praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, haverá responsabilidade solidária entre o nosocômio e o médico, sendo necessária a apuração de culpa do profissional para responsabilização deste.

Confira-se:

Direito civil. Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço. Súmula 7 do STJ. Violação dos arts. 334 e 335 do CPC. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Redimensionamento do valor fixado para pensão. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Termo inicial de incidência da correção monetária. Data da decisão que fixou o valor da indenização. 1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4º, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). 2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i). 3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ. 4. [...] (publ. em 08.09.2011).

Dessa forma, como se trata o caso de responsabilidade por atos técnicos supostamente praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital - 3ª hipótese acima descrita -, imprescindível se faz a constatação do erro médico para que se possa atribuir responsabilidade à entidade ré.

No caso, não há qualquer prova nos autos no sentido de comprovar as alegadas imperícia e negligência dos profissionais do corpo clínico do réu no atendimento do autor, tanto no que tange à internação e a cirurgia (negligência), quanto no que se refere ao ato cirúrgico realizado (imperícia):

Assim, conclui-se que não restou comprovada a inobservância de normas técnicas ou de cautelas durante o atendimento médico prestado ao autor pelos requeridos.

Pois, em se tratando, como se trata, a *quaestio iuris* de dúvida quanto à aferição de suposto erro médico, inolvidável que a prova pericial, a qual restara preclusa, traria em seu conteúdo informações fundamentais que,

analisadas em conjunto com o restante do acervo probatório do feito, permitem a formação de convicção segura para o julgamento.

Leciona José Carlos de Moraes Salles:

[...] o juiz deve ser um especialista em leis. Toda a sua formação é dirigida para isso. Entretanto, a vasta gama de atividades humanas não permite possa o magistrado conhecer tudo que se relaciona com essas atividades. [...] É natural, portanto, que, no exercício da atividade jurisdicional, procure assessorar-se com pessoas versadas nos diversos assuntos que lhe são submetidos à apreciação, a fim de que, auxiliado pelo parecer desses técnicos, possa inteirar-se da matéria sob exame e formar conscientemente, sua convicção a respeito.

Reitero que a obrigação do profissional médico é de meio, e não de resultado, de modo que, conquanto não atingido o objetivo almejado quando da realização da cirurgia, seria necessária a constatação, pela perícia, de que não foram adotados os procedimentos corretos na tentativa de restabelecimento da saúde do paciente corroborando a alegação de “erro médico” a amparar o pleito indenizatório.

Não comprovada, portanto, a ocorrência de ato ilícito, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Acresço à condenação sucumbencial honorários recursais de 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11º, do NCPC/15, a serem pagos pela apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER e VASCONCELOS LINS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Nulidade do exame pericial - Especialização médica - Complexidade do exame médico pericial - Falta de conhecimento técnico ou científico - Ausência de qualificação técnico-profissional - Substituição por profissional especializado - Médico especializado

Ementa: Apelação. Benefício previdenciário. Perícia realizada por profissional desprovido de conhecimento técnico específico. Preliminar de nulidade do laudo pericial. Acolhimento. Mérito prejudicado.

- Tendo em vista a inconsistência do laudo elaborado e a natureza dos trabalhos técnicos a serem realizados, revela-se adequada a substituição do perito nomeado por outro profissional que tenha especialização na matéria objeto do litígio, conforme autoriza o inciso I do art. 468 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.12.000163-9/002 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Adelina Rosa dos Santos - Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR SUSCITADA PELA APELANTE, RESTANDO PREJUDICADO O MÉRITO DO APELO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - Mota e Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Cuida-se de recurso de apelação interposto pela autora, Adelina Rosa dos Santos (f. 388/403), em face da sentença de f. 382/385, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, Fernando Fulgêncio Felicíssimo, que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, condenando a autora ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Em suas razões de recurso, suscita a apelante nulidade da perícia, uma vez que a médica que realizou os trabalhos não possui especialidade em ortopedia, destacando que os laudos dos fisioterapeutas e dos ortopedistas juntados aos autos demonstram claramente a incapacidade e a irreversibilidade do seu quadro.

Assevera que recebeu benefício de auxílio-doença acidentário durante o período de 25.08.2008 a 15.03.2009, tendo retornado às suas atividades laborais, e, por não conseguir mais trabalhar, foi demitida em 25.03.2009, tendo-lhe sido concedido auxílio-doença no período de 09.05.2011 a 29.06.2011, quando fora cassado o referido benefício e indeferidos todos os seus pedidos concernentes a sua manutenção.

Destaca que é conferido ao juiz a livre apreciação das provas, não ficando o mesmo adstrito ao laudo pericial, restando demonstrado, *in casu*, que a apelante fraturou o tornozelo direito e se submeteu à intervenção cirúrgica, não conseguindo mais realizar atividades laborativas nem suas atividades diárias.

Requer, assim, sejam os autos remetidos à instância de origem para a realização de nova perícia por médico

especializado em ortopedia, ou, julgados procedentes os pedidos contidos na exordial, pugna pela condenação do réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Recurso prescindido de preparo, tendo em vista que a apelante se encontra amparada pelos benefícios da assistência judiciária gratuita (f. 127).

Contrarrazões apresentadas às f. 404/v., reiterando os termos da contestação e pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

Eis o breve relato. Passo a decidir.

Da preliminar de nulidade do exame pericial.

Relatam os autos que a autora sofreu acidente de trabalho em 09.08.2008, tendo fraturado o tornozelo direito, o que ensejou a sua internação com intervenção cirúrgica, conforme se extrai dos relatórios médicos acostados às f. 85/100.

O laudo pericial de f. 258/266 aponta que a autora possui “sequela de fratura de tornozelo direito”, não havendo sinais de incapacidade (f. 260), e que “não” se trata de acidente de trabalho (item 10 - f. 261).

Extrai-se, ainda, do referido parecer que “a incapacidade é susceptível de recuperação para o exercício da atividade profissional normalmente exercida pela parte” (item 11 - f. 261).

À f. 262, a ilustre perita assim conclui:

Item 19 - A periciada teve fratura em 2008, e, atualmente, apresenta diagnóstico de artrose secundária ao trauma, que, provavelmente, é a idade. São alterações geralmente esperadas na região do trauma articular. Mas não há alterações ao exame físico que justifiquem incapacidade. A periciada realiza os movimentos dos pés, deambula sem alterações e não apresenta incapacidade para o trabalho.

Em acréscimo, esclarece a ilustre perita que:

F. 263 - A periciada possui 51 anos, ensino fundamental, e que exercia a atividade de auxiliar de serviços gerais.

[...]

Item 8. Qual especialidade do douto perito nomeado:

Resposta: Geral, infectologista, médica do trabalho, médica do tráfego (Pós-Graduação: Auditoria, Perícia Médica, Ergonomia do Trabalho).

Item 9. A qual ramo da medicina pertence a moléstia que acomete a periciada?

Resposta: A área médica.

F. 264 - Item 12. Qual o diagnóstico cinético-funcional da periciada?

Resposta: A perita é médica.

Item 15. A doença da periciada está relacionada com a atividade exercida pela mesma?

Resposta: Não, mas relata que ocorreu no trabalho.

Item 17.1. Quais os sintomas?

Resposta: Relata dor no tornozelo direito.

Item 17.2. Como a doença evoluiu?

Resposta: Muito bem [...].

O registro na CTPS da autora atesta que ela exercia atividade de serviços gerais (f. 34), tendo os relatórios emitidos pelo médico ortopedista, em 2011, declarado que a autora “apresenta enorme dor e limitação de

movimento em tornozelo” (f. 80), com “sequela de caráter definitivo” (f. 81).

Depreende-se, ainda, que, à f. 82, somente após três anos do ato cirúrgico é que a autora retirou os parafusos, tendo sido diagnosticada uma “diminuição da FM (força muscular e edema)” - f. 83.

Nesse panorama, em criterioso exame dos elementos constantes no laudo pericial elaborado pela médica do trabalho, Dra. Andréa Guimarães Lara (f. 258/266), julgo que esse laudo é destituído de solidez técnica a amparar a (im)procedência do pleito autoral.

Ademais, no item 20 de f. 262, acerca da complexidade do exame médico pericial, a ilustre perita classifica-o em grau máximo, o que julgo comprometer o seu diagnóstico em hipótese diversa da sua especialização médica.

Pertinente transcrever o *caput* do art. 156 e seu parágrafo 5º do CPC, *in verbis*:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

[...]

§ 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

No que tange à possibilidade de substituição da perita nomeada, o inciso I do art. 468 da legislação processual civil prevê que o perito poderá ser substituído quando carecer de conhecimento técnico ou científico.

Antônio Cláudio da Costa Machado, em comentário ao dispositivo legal acima transcrito, preleciona que:

A falta de conhecimento técnico ou científico torna a prova pericial, formalizada no laudo, absolutamente inidônea para a demonstração do fato litigioso (COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil, interpretado e anotado*. São Paulo: Manole, 2006. p. 795).

Nesse contexto, verificando-se, *in casu*, que a perita oficial indicada não possui qualificação técnico-profissional para atuar na área de ortopedia, considero oportuna a sua substituição por profissional especializado nesse segmento.

Confira-se o entendimento deste Tribunal:

Agravo retido. Direito processual civil. Responsabilidade civil decorrente de dano causado por cirurgia ortopédica. Perícia realizada por profissional desprovido de conhecimento técnico específico. Pedido de realização de nova perícia por perito provido de conhecimento técnico em cirurgia ortopédica. Provimento. I - Uma vez que o perito oficial não possui qualificação técnico-profissional para atuar na área de ortopedia, não possuindo sequer especialidade em cirurgia geral, não deveria ter sido nomeado para atuar como perito oficial no caso em exame, que se trata da análise da atuação de profissional da área de cirurgia ortopédica, por infringência à norma contida no art. 424, inc. I, do CPC. II - Agravo

retido provido (Apelação Cível nº 1.0024.06.049971-2/02 - Relator: Des. Mota e Silva - DJe de 10.04.2014).

Agravo de instrumento. Nomeação de perito. Perícia médica. Especialização na matéria. Necessidade. Substituição do expert. Possibilidade. - 'Atento aos parâmetros de utilidade e especialidade que orientam a interpretação do art. 145 do Código de Processo Civil, não se afigura recomendável a nomeação de perito que, confessadamente, carece de conhecimentos satisfatórios sobre a matéria que lhe é submetida à apreciação (REsp 773192/SP - Relator: Ministro Castro Filho - j. em 07.02.2006 - DJ de 06.03.2006, p. 386)' (Agr. de Inst. 1.0024.11.164488-6/001 - Relator: Des. Domingos Coelho - DJe de 14.08.2014).

Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais. Nomeação de perito. Perícia médica. Especialidade em cirurgia plástica. Inobservância. Substituição do perito. Possibilidade. Decisão reformada. Recurso provido. 1 - Apesar de o juiz ser o destinatário da prova e poder nomear o perito de sua confiança, é indispensável que este comprove possuir o conhecimento técnico ou científico acerca da matéria em que deverá opinar, conforme dispõem o *caput* e o § 2º do art. 145 do CPC. 2 - Não comprovando o médico, especialista em Medicina do Trabalho e Clínica Médica, possuir conhecimento técnico acerca da especialidade em cirurgia plástica, mostra-se necessária, quando indispensável a especialidade para o deslinde da lide, a sua substituição pelo profissional da respectiva área, conforme previsto no inciso I do art. 424 do CPC. 3 - Agravo provido (TJMG - AI nº 1.0024.08.278210-3/001 - Relator: Des. José Marcos Vieira - 16ª Câmara Cível - j. em 07.07.2010).

Mediante tais fundamentos, acolho a preliminar suscitada pela apelante, determinando a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja realizada nova perícia, com a nomeação de um médico especializado na área de ortopedia, restando prejudicado o mérito do apelo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARNALDO MACIEL e JOÃO CANCIO.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR SUSCITADA PELA APELANTE, RESTANDO PREJUDICADO O MÉRITO DO APELO.

...

Doação inoficiosa - Anulação - Prazo prescricional - Vintenário - Termo inicial - Registro do ato

Ementa: Apelação cível. Ação de anulação de doação inoficiosa. Prescrição. Termo inicial. Registro do ato. Superior Tribunal de Justiça. Recurso a que se nega provimento.

- Na esteira do seu papel de uniformizador da interpretação da lei federal, o Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de

ação de nulidade de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular.

- Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, em harmonia com o art. 926 do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL 1.0382.13.000293-6/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Alcineia Tomaz dos Santos - Apelados: Carla Ferreira Thomaz e outro, Luciana Ferreira Thomaz, Tiago Ferreira Thomaz, Ana Lúcia Thomaz Vollrath, Ernesto Vollrath Filho, Cristiane Paes Catão, Giancarlo Izidoro, Marcos Vollrath, Flávio Vollrath, Ana Lúcia Thomaz Vollrath, Ana Cristina Vollrath Izidoro - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Sentença (f. 238/240-v.) nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, reconhecendo a prescrição da pretensão.

Em capítulo secundário, condenou a parte requerente às custas e honorários advocatícios no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), cujo pagamento foi suspenso por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Embargos de declaração (f. 244/249) não acolhidos pelo Juízo de origem (f. 250-TJ).

Apelação (f. 252/261-TJ). A parte apelante confronta a sentença, esclarecendo que, antes de 04.09.2007, não havia qualquer representação que pudesse legitimar a impugnação de atos de doação realizados nas datas de 04.11.1985 e 04.12.1986. Portanto, a prescrição somente se concretizaria em 04.09.2017. Pelo princípio da eventualidade, com base em subsídios teóricos e jurisprudenciais, que "[...] todos os herdeiros devidamente reconhecidos e habilitados teriam sua prescrição iniciada na data da abertura da sucessão [...]". Acrescenta, também, que, seguindo o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, visto que a morte do doador somente ocorreu em 20.09.1995, o instituto da prescrição também se afastaria. Discorre sobre a imprescritibilidade da ação declaratória.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença.

Contrarrazões ofertadas às f. 264/268-TJ.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça à f. 276

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Decido.

Apesar do extenso número de informações apresentadas nos autos, a controvérsia é pontual: averiguar qual o prazo prescricional da pretensão veiculada nos autos da ação anulatória de doação inoficiosa.

Ao inventariar, com atenção às ocorrências dos autos, o raciocínio percorrido pelo Juízo de origem não reclama qualquer reparo.

Tal qual pontuado, os negócios jurídicos impugnados foram registrados em 04.11.1985 (f. 132); 04.11.1985 (f. 133) e 04.12.1986 (f. 134), e, observada a regra de transição prevista do art. 2.028 do Código Civil, a pretensão está prescrita, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 10.01.2013.

Na esteira do seu papel de uniformizador da interpretação da lei federal, o Superior Tribunal de Justiça, há muito, firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação de nulidade de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular.

Civil e processual. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Doação de ascendente a descendente. Nulidade. Prescrição. Marco inicial. Data da liberalidade. - 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no caso de ação em que se busca invalidar doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico impugnado. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 332566/PR).

Colaciona-se acórdão desta Segunda Câmara Cível, na qual tenho assento e integrei a Turma Julgadora, no mesmo sentido:

Apelação cível. Ação de anulação de doação inoficiosa. Prescrição. Termo inicial. Registro da doação. Precedentes STJ. Ocorrência. Recurso não provido. - Consoante entendimento pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incide a prescrição vintenária (CC/1916, art. 177) para a ação de anulação de doação inoficiosa, iniciando-se a contagem do prazo na data do registro da respectiva escritura no cartório competente (Recurso 1.0134.14.006391-5/001, Rel.º Des.ª Hilda Teixeira da Costa, p. em 09.12.2015).

De mais a mais, deve-se ter em mente que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, em harmonia com o art. 926 do Código de Processo Civil.

Por fim, com o devido e necessário respeito à tese sustentada pela apelante, cunhando as palavras da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, “[...] é preciso aprender a acabar com o processo sabendo que um dos lados perde [...]”.

À luz dessas considerações, nego provimento ao recurso e, por via de consequência, mantenho inalterada a sentença.

Custas, pela parte apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Princípio da identidade física do juiz - Utilização de bens públicos para fins particulares - Princípio da probidade administrativa - Princípio da moralidade administrativa

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Veículo oficial. Utilização de veículo oficial e servidores da administração pública municipal para fins particulares. Configuração. Sentença mantida.

- Configura ato de improbidade administrativa a utilização de veículos públicos e servidores para fins particulares, em afronta ao princípio da moralidade administrativa, que deve pautar a conduta de todos os agentes públicos.

- Detectada a utilização indevida de veículo oficial ou particular pela administração pública, em proveito de terceira pessoa, exsurge a necessidade de ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos, bem como de aplicação das penas previstas na Lei nº 8.429/92, de acordo com os parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, observadas as circunstâncias do caso concreto.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0259.11.000426-6/001 -
Comarca de Ferros - Apelante: Roberto Keller Carvalho
Gonçalves e outro, Maria da Conceição Sales - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator:
DES. ELIAS CAMILO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2016. - Elias Camilo Sobrinho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 213/218, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Roberto Keller Carvalho Gonçalves e Maria da Conceição Sales, julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na inicial, para reconhecer o ato de improbidade

administrativa praticado por Roberto Keller Carvalho Gonçalves, condenando-o nas seguintes sanções: 1) “Multa no valor de 01 (uma) vez o valor do dano a ser apurado em liquidação por arbitramento”; 2) “suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos”; 3) “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 5 (cinco) anos”; 4) “devolução aos cofres públicos de Carmésia, do valor do prejuízo causado a ser apurado em liquidação por arbitramento”; 5) “perda da função pública”. Condenou-o, ainda, ao pagamento das custas processuais.

Na peça recursal de f. 220/230, pugna o apelante pela reforma da sentença, para que os pedidos iniciais sejam julgados improcedentes, à alegação de que o Magistrado que concluiu a instrução é diverso do que proferiu a r. sentença. Aduz que a decisão se deu de forma equivocada, uma vez que se baseou em depoimentos testemunhais, especialmente de Margareth Lage Quintão Madureira, que se revelou adversária política do apelante, tendo apresentado outras denúncias a seu desfavor. Afirmar que a prova testemunhal não pode ser a única a fundamentar o pedido de improbidade. Assevera que, de acordo com os documentos colacionados aos autos, o apelante não solicitou ou autorizou o uso de veículos da Prefeitura, nem houve a cessão de servidores para transportar grama para a casa da avó de sua esposa. Ressalta que somente tomou conhecimento dos fatos pelo Secretário Municipal de Obras, Transporte e Comunicações, que o alertou sobre a possível utilização indevida dos bens públicos do Município. Enfatiza que não houve dolo, culpa, má-fé ou omissão que sejam capazes de tipificar o ato de improbidade. Destaca que houve instauração de sindicância, a qual concluiu que o uso indevido dos bens públicos aconteceu por ordem equivocada do supervisor de manutenção e controle da frota municipal aos motoristas dos caminhões, que despejaram o carregamento de grama em propriedade do Sr. Joaquim Lélio, ao invés de fazê-lo na Usina de Triagem e Compostagem de lixo. Sustenta que, ao final da sindicância, sugeriu a imposição de sanção ao Sr. Joaquim Lélio Mourão, relativa ao ressarcimento dos valores despendidos pelo Município de Carmésia, nos termos do relatório circunstanciado de f. 64 e seguintes.

Contrarrazões às f. 251/255.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 264/270, opinando pelo desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Com a devida vênia, tenho que a pretensão recursal não pode ser acolhida.

Primeiramente, destaco que não merece ser acolhida a alegação de ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

O mencionado princípio está previsto no art. 132 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe o seguinte:

O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

É bem verdade que o referido dispositivo reza que o juiz que tiver dado início à instrução deverá julgar a causa. Entretanto, tal fato decorre da movimentação natural na carreira da Magistrado que deu início à instrução, tendo em vista que era Juíza substituta na comarca, que há anos estava acéfala. Ademais, o Juiz que proferiu a sentença, presume-se, concluiu pela desnecessidade de renovação, como lhe permitia o art. 132, parágrafo único, do revogado CPC, avaliou com perfeição as provas contidas nos autos, razão pela qual não se deve invocar o caráter absoluto do princípio da identidade do juiz. É este, inclusive, o entendimento jurisprudencial:

O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto. Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão (AgRg no Ag 624.779/RS, Rel. Min. Castro Filho, Corte Especial, DJe de 17.11.2008).

As provas produzidas nos autos revelam que o apelante, enquanto prefeito de Carmésia, permitiu que bens públicos e funcionários da administração pública fossem utilizados para o transporte de grama e demais materiais para construção de um campo de futebol, na casa de campo de propriedade da avó de sua esposa. Os depoimentos relatam que o transporte era feito em horário de trabalho dos servidores públicos, utilizando o caminhão pertencente ao Município de Carmésia e outro caminhão particular, contratado também pelo prefeito para prestação de serviços públicos.

A testemunha Margareth Lage Quintão Madureira, assim declarou:

[...] que a depoente procurou as autoridades em 2010 para denunciar que o réu usava o maquinário da prefeitura para construir em um terreno que pertencia no papel à avó da esposa dele, mas que publicamente pertencia ao réu; que o réu estava construindo para ele um sítio, um campinho com gramado e, segundo populares, para passar o fim de semana; que nunca ouviu dizer que a fazenda pertencia a Joaquim Lélio, mas sim que pertencia ao réu; [...] (f. 184).

Cabe ressaltar que, conforme já declarado pelo Juiz sentenciante, a suspeição ou impedimento da testemunha Margareth Lage não pode ser objeto de apreciação, uma vez que tal alegação não foi realizada no momento oportuno, estando atingida pelo instituto da preclusão.

Ademais, o proprietário do caminhão particular contratado pelo município, Sr. João Batista Apolinário, confirmou, em suas declarações prestadas ao Ministério

Público, que prestou diversos serviços de transporte à administração pública de Carmésia.

[...] que é prestador de serviços exclusivo da prefeitura municipal de Carmésia, há aproximadamente uns 10 anos; que o declarante não sabe dizer se a propriedade é da Sra. Maria da Conceição Sales; que o declarante afirma que estava conduzindo o caminhão CVH 9373 de sua propriedade, mostrado nas fotos; que estava em serviço enquanto fazia o transporte de grama para o local supramencionado; que, em data anterior, o declarante já levou areia no mesmo caminhão para a mesma propriedade; que foi o encarregado de transporte da prefeitura de Carmésia Joaquim Lélío Mourão quem mandou o declarante levar a areia para tal propriedade; que esclarece que no dia dos fatos, somente foi ordenado a carregar o caminhão com a grama, mas ninguém disse para onde ia levá-lo, porém, como já haviam sido levados outros caminhões de grama e areia para a propriedade, o declarante descarregou o caminhão lá; que o declarante não recorda precisamente da data, mas que foi no ano político, mais precisamente nos primeiros meses; que o declarante trabalha livre de combustível, sendo que a prefeitura já entrega o caminhão abastecido.

Assim, a prova testemunhal confirma que o apelante permitiu que bens públicos fossem utilizados para fins particulares, objetivando beneficiar terceira pessoa.

Importa consignar que o princípio da probidade administrativa orienta que todo agente público deve servir a Administração com honestidade, lealdade, boa-fé, agindo no exercício de suas funções com o objetivo direto de zelar pelo interesse público.

Ressalta-se que a improbidade administrativa está intimamente ligada à desonestidade, ao dolo no sentido de lesar a coletividade em benefício próprio ou de terceiros. A lei não trata apenas das questões que envolvam dinheiro público, mas também de questões atinentes à ética na atividade administrativa e à legalidade das condutas dos agentes.

Em sentido material, o ato de improbidade pressupõe o aproveitamento da função pública para granjear ou distribuir, em proveito próprio ou de terceiro, vantagem ilegal ou imoral, de alguma maneira infringindo os princípios que norteiam a Administração Pública.

Como visto, ao contrário do alegado pelo recorrente, não há dúvida de que foram utilizados bens públicos e servidores municipais para fins pessoais, o que configura ato de improbidade administrativa, submetendo o infrator às penalidades prescritas na Lei nº 8.429/92. Vejamos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. [...]

[...]

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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 dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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 cinco anos;

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.

Na espécie, a proibição de utilizar bens públicos para fins particulares decorre da própria Constituição Federal, sendo certo que a conduta do apelante configura verdadeira afronta ao princípio da moralidade administrativa, que deve pautar a conduta de todos os agentes públicos.

Nesse contexto, resta evidente o dolo do agente, pois ninguém utiliza caminhão e servidores da prefeitura para a construção de campo de futebol de terceiros, por equívoco. Ora, os atos em testilha encontram expressa tipificação na lei de improbidade, conforme já demonstrado acima.

No que tange à dosimetria das sanções, sabe-se que as penas devem ser aplicadas de acordo com os parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, observadas as

circunstâncias do caso concreto. Com base nesses parâmetros, tenho que a reprimenda deve ser suficiente para punir a improbidade praticada e desestimular a repetição da conduta pelos infratores e demais cidadãos.

Em relação às sanções aplicadas ao apelante, ainda que não haja insurgência específica a respeito, parece-me de bom alvitre, na espécie, mantê-las na forma determinada pelo Juiz singular, pois a multa no valor de 1 (uma) vez o valor do dano, a suspensão de direitos políticos por 5 (cinco) anos, a proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de 5 (cinco) anos, a devolução aos cofres públicos do valor do prejuízo causado e a perda da função pública são bastantes para punir o ato de improbidade. Destaco, ainda, que a condenação de ressarcimento do prejuízo causado não possui caráter punitivo, e sim reparatório. Ademais, a multa fixada no valor de 1 (uma) vez o valor do dano atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e JAIR VARÃO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cominatória - Indenização por danos materiais e morais - Defeito de veículo automotor - Vício de qualidade - Cobertura - Período de garantia contratual - Substituição de veículo - Concessionária - Fabricante - Dano moral - Honorários advocatícios

Ementa: Ação cominatória. Danos morais. Veículo defeituoso. Substituição. Prova. Multa diária. Honorários advocatícios. Ex-concessionária. Fabricante.

- Compete à fabricante promover a troca de veículo que se mostrou defeituoso quando posto em uso, ante a prova de que o defeito não foi reparado de forma precisa, devendo receber de volta o veículo substituído.

- O consumidor, vítima de produto defeituoso cujo conserto não acontece dentro de um prazo razoável, e ainda assim não se mostra adequado, suporta um real dissabor, não trivial, que enseja o direito de haver uma adequada reparação pecuniária por danos morais.

- Os honorários advocatícios não apropriados para o trabalho técnico executado, pela natureza e importância da causa, desafiam majoração adequada.

- A responsabilidade subsidiária do art. 13, I, do CDC não pode recair sobre a ex-concessionária que vendeu o veículo que se mostrou defeituoso no período de uso, porquanto não se pode penalizar, objetivamente, uma empresa que não é mais comerciante do produto e cuja fabricante é conhecida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0408.14.000434-7/002 - Comarca de Matias Barbosa - Apelantes: 1ª) Hyundai Caa do Brasil Ltda. e Caa Montadora de Veículos Ltda. - 2ª) Antônio Massari de Almeida - 3ª) Imotors Veículos Ltda. - Apelados: Hyundai Caa do Brasil Ltda., Caa Montadora de Veículos Ltda., Antônio Massari de Almeida, Imotors Veículos Ltda. - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA E À TERCEIRA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2017. - Saldanha da Fonseca - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Recursos próprios e tempestivos.

Primeira apelação (f. 207/229).

A análise dos autos revela que o apelado requer, em face das primeiras apelantes e da terceira apelante, tutela jurídica cominatória c/c reparação pecuniária por danos morais.

Alega que adquiriu, em junho de 2013, um veículo da marca Hyundai, modelo Elantra GLS 1.8 Flex, placa OLQ-6357, ainda coberto pela garantia contratual de cinco anos oferecida pela fabricante importadora, terceira ré. Em meados do mês de dezembro de 2013, o veículo apresentou problemas no motor, momento em que o levou sob guincho para a concessionária, visando à realização dos reparos necessários, pois se encontrava coberto pela garantia contratual. A primeira ré, que comercializou o veículo e é concessionária autorizada da marca Hyundai, informou que o veículo não poderia sequer ser retirado do guincho, tendo em vista que não mais teria convênio para realizar manutenção em veículos importados da marca Hyundai. Por isso, requereu a presença da Polícia Militar para que fosse lavrado um boletim de ocorrência, o que foi feito na presença de ambos os envolvidos. Seguindo orientação da fabricante importadora, encaminhou o veículo à cidade do Rio de Janeiro (RJ) para que os reparos fossem realizados pela segunda ré, concessionária autorizada da marca Hyundai. Ultrapassado o prazo de 30 dias disposto pelo art. 18, § 1º, do CDC, notificou as rés, solicitando a substituição do

veículo. A substituição do veículo não foi efetivada e não foram reparados os vícios do motor, encontrando-se há 84 dias sem o automóvel, o que vem lhe causando transtornos. Requer a substituição do veículo por outro de mesma espécie, não podendo ter mais do que 18 meses de uso e aproximadamente 36.000 quilômetros rodados, situação do veículo no momento da entrega à concessionária, com autorização para retirada de todos os acessórios e reparação pecuniária por dano moral não inferior a R\$15.000,00.

Pedido julgado procedente para: condenar solidariamente as rés a substituir o veículo descrito na inicial por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$2.000,00, fixado em 40 dias-multa, bem como ao pagamento de indenização no importe de R\$5.000,00 a título de danos morais, com correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ); autorizar o autor a retirar todos os acessórios do veículo, conforme lista; e condenar as rés ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de R\$2.000,00 (f. 197/199v.). Embargos de declaração acolhidos (f. 201) e rejeitados (f. 202/206).

As primeiras apelantes, Hyundai Caa do Brasil Ltda. e Caa Montadora de Veículos S.A., sustentam que o juízo determinou a substituição do motor, mas não se ateve aos fatos de que os serviços foram realizados no prazo razoável. Cabia ao apelado provar os fatos constitutivos de seu direito, ônus do qual não se desincumbiu, uma vez que não comprovou a causa da necessidade de reparo, nem que o veículo não fora reparado em prazo razoável. O veículo está em perfeitas condições de uso e à disposição do apelado, razão pela qual deve ser afastada a condenação relativa à troca do carro. O veículo em questão não possui nenhum vício que não tenha sido sanado em tempo totalmente razoável. O carro foi reparado pela garantia, de modo que não deve ser mantida a decisão de substituição do bem que se encontra em perfeitas condições de uso. A substituição do bem deve ser feita se considerada, na pior das hipóteses, a devolução do veículo usado, para evitar enriquecimento ilícito do apelado, o que não foi determinado e deve acontecer no caso de manutenção da sentença recorrida. A condenação à troca do veículo em questão por um novo (zero km) é desproporcional, visto que o alegado vício no automóvel inexistia, podendo o apelado utilizá-lo de forma normal, uma vez que está na posse do bem, fazendo uso normal. A multa aplicada deve ser reduzida, pois não pode servir para dar causa a enriquecimento injusto do apelado. Não há danos morais pela ausência de ato ilícito, sendo que o inadimplemento contratual não enseja danos morais. Mantida essa condenação, pugna pela redução da quantia arbitrada.

O Código de Defesa do Consumidor definiu vício como falta de qualidade de um produto ou serviço. No que diz respeito ao fornecimento de produtos, tratado no art. 18, vício é particularidade que torna o produto inadequado, impróprio para consumo, diminua o valor do produto ou que apresente disparidade entre o que efetivamente existe e o indicado. Esse Código exige que todo e qualquer produto ou serviço comercializado no Brasil tenha qualidade, não sendo tolerada a comercialização de produto ou serviço viciado, salvo se expressamente anunciado ao consumidor o vício, não se admitindo exonerações de responsabilidade abstratas e genéricas. O Código de Defesa do Consumidor tolera a comercialização de produtos com vícios aparentes, desde que o consumidor tenha ciência expressa desses vícios, mas, de maneira alguma, não aceita a exoneração de responsabilidade pela colocação no mercado de produto com vício oculto, de conhecimento ou não do fornecedor.

O apelado adquiriu das primeiras apelantes um veículo que acusou, ao longo do período de uso, defeito no motor (f. 19/34), e cujo reparo não se tornou efetivo no longo tempo decorrido (f. 163/192) entre o recebimento do veículo pela concessionária autorizada e a devolução para o apelado. Nesse cenário, a determinação da sentença recorrida para que as primeiras apelantes substituíssem o veículo descrito na inicial por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$2.000,00, fixado em 40 dias-multa, não carece de qualquer ajuste técnico, de acordo com o disposto no art. 18, I, do CDC. Não obstante processada a substituição do veículo, ao apelado cumpre devolver às primeiras apelantes o veículo que está em seu poder, o que a sentença recorrida deixou subentendido ao determinar a substituição do veículo. Aliás, apesar de insinuado pelas primeiras apelantes, a sentença recorrida não determina a substituição por veículo zero quilômetro.

A multa diária fixada no valor de R\$2.000,00, podendo corresponder ao total de 40 dias-multa, em decorrência da obrigação de fazer imposta, não comporta nenhuma redução, uma vez que sua função técnica é proporcionar o exato cumprimento da obrigação, não podendo servir de desestímulo ao consumidor.

A reparação pecuniária por danos morais no importe de R\$5.000,00 é devida em razão de que o apelado foi vítima de um produto que se mostrou carente de qualidade, e a presteza esperada da fabricante, quanto ao conserto em tempo razoável, também se mostrou frustrada, de tal sorte que o apelado suportou um real dissabor, não trivial, que enseja lesão (art. 186 do Código Civil), e deve ser reparada a título de danos morais. Note que defeito causa ou pode causar dano ao consumidor - físico ou psíquico, de repercussão patrimonial e/ou moral (art. 12, § 1º, do CDC) -, enquanto o vício não tem, em princípio, a condição de causar dano físico ou psíquico.

A quantia arbitrada se mostra adequada para o cenário dos fatos, não comportando redução.

Segunda apelação (f. 234/242).

O segundo apelante requer a majoração da quantia arbitrada a título de danos morais, por compreender que está aquém da efetiva compensação norteadora do instituto da reparação civil e de seus efeitos correlatos, quando analisado o caso em testilha, assim como postula a majoração dos honorários advocatícios em razão do trabalho técnico desenvolvido.

A reparação pecuniária por danos morais no importe de R\$5.000,00 se mostra adequada para o caso, pois o segundo apelante suportou um dissabor, não trivial, por ter adquirido um veículo que se mostrou defeituoso e por não ter recebido da fabricante importadora a contrapartida devida relacionada ao conserto em tempo razoável. Imaginar o contrário é querer fazer com que um dissabor se torne fonte de riqueza, o que é imoral. Aliás, a pessoa humana deve ser inteligente para saber que os fatos da vida são de mão dupla, a lesão deve ser reparada, mas não deve ser utilizada como fonte de ganho lotérico, já que o trabalho dignifica, a esperteza impura pune, ainda que de maneira não imediata, assim mostra a vida.

Os honorários advocatícios arbitrados de R\$2.000,00 carecem de majoração adequada, para que passem a corresponder à quantia final de R\$4.000,00, tornando-se próprios para a natureza e importância da causa e do trabalho técnico realizado.

Terceira apelação (f. 243/249).

A terceira apelante afirma que não é concessionária da Caa Montadora de Veículos Ltda. e, não sendo autorizada pela fabricante, não pode comercializar ou reparar veículo por ela fabricado. Não realizou nenhum dos reparos indicados nos documentos de f. 164/167, uma vez que não mais detém a concessão da fabricante do veículo do apelado. O veículo não permaneceu parado por 103 dias em loja de que é proprietária, pois não é mais concessionária autorizada para vender ou reparar veículos fabricados por Caa. No caso em apreço, os danos morais não estão caracterizados, pois não há ofensa à reputação, imagem, honra e boa fama do autor perante a sociedade.

A terceira apelante, conquanto tenha sido a concessionária que vendeu ao apelado o veículo defeituoso no período de uso, por deixar de sê-lo, decerto não pode responder pelos efeitos da venda de um veículo defeituoso (art. 12 do CDC). Não considerar a real situação jurídica da terceira apelante é penalizar objetivamente um não comerciante de produto cuja fabricante é conhecida, embora assim não permita o disposto na norma do art. 13, I, do CDC. O caso é de improcedência do pedido em relação à terceira apelante, porquanto está afeta à responsabilidade subsidiária resolvida dentro do cenário de mérito.

A impugnação à condenação de pagamento de reparação pecuniária por danos morais revela-se

prejudicada em razão da improcedência do pedido cominatório em face da terceira apelante.

Dispositivo.

Com tais razões, nego provimento à primeira apelação e dou parcial provimento à segunda e à terceira apelações, para determinar o pagamento de honorários advocatícios de R\$4.000,00 e julgar improcedente o pedido cominatório com reparação pecuniária por danos morais em face da terceira apelante - Imotors Veículos Ltda. -, e condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios de R\$1.500,00, suspensa a exigibilidade por litigar amparado pela gratuidade da justiça.

Custas, pelas primeiras apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA E À TERCEIRA APELAÇÕES.

...

Embargos à execução - Cédula de crédito - Título executivo - Revisão de contrato - Capitalização de juros - Súmulas 539 e 541 do STJ - Entendimento novo - Juros remuneratórios - Taxa - Abusividade - Bacen - Comissão de permanência - Cumulação com outros encargos - Repetição simples de indébito

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Cédula de crédito. Título executivo. Revisão contratual. Capitalização de juros. Novo entendimento. Súmulas 539 e 541 do STJ. Possibilidade de cobrança. Juros remuneratórios. Taxa inferior à média praticada no mercado. Abusividade não configurada. Bacen. Comissão de permanência cumulada com outros encargos. Cobrança vedada. Repetição simples do indébito. Sentença parcialmente reformada.

- A cédula de crédito tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, conforme inteligência da Lei 10.931/04.

- Entende-se a capitalização de juros como os juros devidos e já vencidos que, periodicamente, se incorporam ao valor principal. Ao montante principal são acrescentados novos juros, que constituem um novo total.

- "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/03/2000".

- Com o julgamento da ADIn nº 2316/DF pelo Supremo Tribunal Federal e o posicionamento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça - Súmula 539 - entendo que a capitalização dos juros deve ser permitida nos contratos de financiamento em geral.

- A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado, o que não restou demonstrado no caso em análise.

- Em hipótese alguma, a comissão de permanência deve ser cumulada com outros encargos, sob pena da ocorrência de *bis in idem*, o que não pode ser admitido.

- Sentença parcialmente reformada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0019.14.000461-5/001 - Comarca de Alpinópolis - Apelantes: Messias Alves de Oliveira e outro, Regina Rosário da Silva Oliveira - Apelado: Banco Bradesco S.A. - Relatora: DES.ª MARIZA DE MELO PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2016. - Mariza de Melo Porto - Relator.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIZA DE MELO PORTO - I - Relatório.

1. Cuida-se de apelação interposta por Messias Alves de Oliveira e outros da sentença (f. 31/34) proferida nos autos dos embargos à execução, que julgou improcedentes os referidos embargos, condenando os apelantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais). Suspensa a exigibilidade destes valores, uma vez que estes litigam sob os benefícios da justiça gratuita.

2. Aduzem os apelantes, às f. 37/45, preliminarmente, que seu direito foi cerceado, uma vez que não foi oportunizada às partes a realização de prova pericial. No mérito, sustentam que: a) - em nosso ordenamento é vedada a cobrança de juros capitalizados; b) - a taxa dos juros remuneratórios pactuada é abusiva; c) - a comissão de permanência não pode ser cumulada com outros encargos, bem como deve ser limitada aos encargos moratórios. Por fim, pede a reforma da sentença objugada para julgar procedentes os pedidos iniciais.

3. Contrarrazões às f. 50/55.

4. Sem interferência obrigatória da Procuradoria-Geral da República.

5. Sem preparo por litigar a parte sob os benefícios da justiça gratuita.

É o relatório.

II - Juízo de admissibilidade.

6. Vistos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

III - Esclarecimento.

7. Primeiramente, é mister salientar que, em março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil. É dele que extraio o art. 14, que assim dispõe: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

8. Em segundo lugar, ressalto que, no nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no âmbito do direito intertemporal processual, vigora o chamado sistema de isolamento dos atos processuais, segundo o qual, há de se respeitar os atos processuais realizados, assim como os efeitos deles oriundo. Nessa esteira, Amaral dos Santos ensina que:

[...] a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se.

9. Cito, por oportuno, *in verbis*, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Execução fiscal. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Conselho de Fiscalização Profissional. Art. 8º da Lei 12.514/2011. Inaplicabilidade às ações em trâmite. Norma processual. Art. 1.211 do CPC. 'Teoria dos Atos Processuais Isolados'. Princípio *tempus regit actum*. - 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ('Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente') às execuções propostas antes de sua entrada em vigor. 3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: 'Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes'. Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso. 4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada 'Teoria dos Atos Processuais Isolados', em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no

momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum à parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. 5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que 'Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.09.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal. 6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ (REsp 1404796/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 26.03.2014, DJe de 09.04.2014).

10. Assim, a nova lei incide sobre os feitos em curso, respeitando-se, evidentemente, os direitos processuais adquiridos, a fim de que seja garantida e preservada a segurança jurídica, não tendo forças para invalidar ou reduzir efeitos do ato processual consumado na lei anterior, tampouco convalidar ato processual cuja consumação desrespeitou a lei vigente do tempo de sua prática.

IV - Preliminar.

11. Alega o apelante que é imprescindível a realização da prova pericial e que a não efetivação desta cerceia o direito de defesa da parte.

12. Cinge-se a controvérsia à necessidade de realização de perícia técnica hábil a analisar acerca da onerosidade excessiva alegada.

13. Aduzem que, somente por meio da perícia contábil, haverá a perfeita análise dos encargos contratuais cobrados do consumidor e se chegará à verdade real dos fatos.

14. Vale ressaltar que a prova não pertence às partes, mas, sim, ao juízo, que é o seu destinatário, cabendo ao julgador formar a sua convicção, determinando a produção daquelas que entender necessárias à melhor instrução do feito.

15. Nesse sentido é o art. 370 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 370 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito".

16. Trata-se de embargos de devedor cuja controvérsia gira em torno de cobranças de taxas e encargos considerados abusivos.

17. No caso dos presentes autos, verifica-se que a matéria é eminentemente de direito, cabendo ao julgador apurar as supostas ilegalidades, confrontado as leis aplicáveis com as cláusulas impugnadas, utilizando-se de cálculos matemáticos simples, não havendo necessidade de perícia.

18. A seguir, o entendimento desta Câmara em caso análogo:

Ação revisional. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Desnecessidade. Cédula de crédito bancário. Taxa de juros remuneratórios. Súmula 596 do STF. Lei de usura inaplicável. Capitalização mensal de juros. Admissibilidade. Regular pactuação. Comissão de permanência. Interpretação da Súmula 472 do STJ. Taxa de abertura de crédito e emissão de boleto. Ausência de comprovação da cobrança. Repetição de indébito. Art. 42 do Codecon. Inaplicabilidade. Ausência de má-fé. Reforma parcial da sentença. - Tratando-se de ação revisional de nulidade de cláusulas em contratos bancários, cuja matéria discutida é eminentemente de direito, possível ao julgador formar sua convicção a partir da análise do contrato objeto de revisão, restando desnecessária a produção de prova pericial. - Às instituições financeiras não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano. Prevalecem os juros pactuados, ante a ausência de prova de que referido encargo viola a taxa média de mercado, praticada no momento da celebração do contrato. - A capitalização de juros em Cédulas de Crédito Bancário, nos termos do art. 28 da Lei nº 10.931/04, é lícita, desde que contratada. - A comissão de permanência é devida após o vencimento da dívida, ou seja, no período de inadimplência, desde que não ultrapasse a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja, juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o pedido de normalidade, juros de mora até o limite de 12% ao ano e multa a taxa de 2% do valor da prestação. - Não comprovada a cobrança das taxas de abertura de crédito e emissão de boleto, confirma-se a sentença de improcedência do pedido de reconhecimento de abusividade. - Estando evidenciada nos autos que a instituição financeira agiu com base nas cláusulas contratuais, supostamente firmada pela parte autora, legítima sua atuação, afastando a má-fé inerente ao art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Apelação Cível nº 1.0134.11.009060-9/001, Rel.: Des. Wanderley Paiva, 11ª Câmara Cível, j. em 11.12.2013, p. em 18.12.2013).

19. Posto isso, por considerar o presente caso prescindível de realização de perícia técnica contábil, mantenho a sentença primeva e considero o feito instruído para julgamento.

V - Mérito.

a)

20. Insurgem-se os apelantes contra o não reconhecimento na sentença da abusividade da capitalização de juros.

21. Entende-se a capitalização de juros como os juros devidos e já vencidos que, periodicamente, se

incorporam ao valor principal. Ao montante principal são acrescentados novos juros, que constituem um novo total.

22. Referida prática também é conhecida como anatocismo ou juros compostos. O ordenamento jurídico pátrio permitia tal exercício; é o que se depreende do art. 1.262 do Código Civil (CC) de 1916.

23. No entanto, com a edição da denominada Lei de Usura - Decreto nº 22.626 de 07.04.1933 - a capitalização de juros passou a ser expressamente proibida. *In verbis*: “É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano (art. 4º)”.

24. Colaborando com o entendimento supra, em 1963, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula nº 121, a qual vedava, expressamente, a capitalização de juros, ainda que pactuada.

25. Com a modificação do Código Civil, que passou a vigorar em 2002, abriu-se a possibilidade da cobrança da capitalização anual dos juros. Isso porque, “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual” (art. 591 do CC).

26. Diante da controvérsia em saber se o art. 591 aplica-se somente aos contratos de mútuo ou também aos contratos bancários, publicou-se a Medida Provisória nº 2.170-36/2001, que passou a permitir a capitalização mensal de juros nos contratos bancários, a partir de 31.03.2000, desde que pactuada. Vejamos o art. 5º.

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie, de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

27. Todavia, a MP não foi convertida em lei e encontra-se vigente por força do art. 2º da emenda constitucional nº 32.

28. A constitucionalidade da MP supra estava sendo questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2316/DF - e seu principal fundamento é que não há urgência ou relevância da matéria tratada na norma em questão a atrair o art. 62 da Constituição da República de 1988; porém, a questão foi pacificada com o julgamento da ADIn, sendo reconhecida a constitucionalidade - requisitos formais - da referida MP, não havendo óbice a sua aplicação a todos os contratos regidos pelo Sistema financeiro.

29. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Resp 973.827, argumentou

que “em 22.09.2004, a Segunda Seção desta Corte alterou seu entendimento, passando a admitir a capitalização mensal nos contratos bancários firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/00, desde que estipulada expressamente”.

30. Referido posicionamento foi pacificado por meio da publicação da Súmula 539 do STJ, a qual permite “a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual, em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000”.

31. Destarte, pode-se concluir que, com o julgamento da ADIn nº 2316/DF pelo Supremo Tribunal Federal e o posicionamento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça - Súmula 539 - entendo que a capitalização dos juros deve ser permitida nos contratos de financiamento em geral.

b)

31. Cinge-se, ainda, a controvérsia a esclarecer se no Sistema Financeiro Nacional vigora a liberdade de pactuação dos juros remuneratórios.

32. Os juros remuneratórios são aqueles estabelecidos ou pactuados em contrato para que sejam cumpridos pelo devedor, enquanto vigente o acordo ou pelo seu inadimplemento.

33. Na atualidade, o entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que as partes podem estipular livremente os juros remuneratórios, por conseguinte, pode-se, concluir que as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros - 12% (doze por cento) ano - que foi estipulada na Lei de Usura.

34. Pela pertinência, transcrevo a Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal (STF):

As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

35. A interferência do Poder Judiciário, na revisão dos contratos, autoriza-se, somente, em situações excepcionais, quando comprovado o desequilíbrio contratual ou lucros excessivos.

36. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) veda ao fornecedor, dentre outras práticas abusivas, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V).

37. Corroborando o art. 51, IV, torna nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

38. Desse modo, a interferência na relação contratual é medida excepcional. Uma vez que a abusividade coloca o consumidor em desvantagem exagerada na relação de consumo.

39. Depreende-se dos autos em apenso que a taxa dos juros remuneratórios contratada foi de 6,25% ao ano

(p. 09-18 dos autos em apenso). Em consulta ao site do Banco Central do Brasil - Bacen, observa-se que a taxa média do mercado, à época do negócio jurídico, estava acima da pactuada entre as partes.

40. Consoante o exposto acima, entendo que a taxa dos juros remuneratórios ao percentual de 6,25% ao ano é razoável, uma vez que obedece à média do mercado financeiro. Assim, neste aspecto, mantenho a sentença primeva.

c)

41. Alegam, ainda, os apelantes que a cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos configura uma conduta ilegal pela instituição financeira apelada.

42. No tocante à questão da comissão de permanência, entendia que, no curso do contrato, era possível a sua cobrança, sendo calculada pela taxa média de mercado apurada e informada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa dos juros remuneratórios do contrato, não se mostrando potestativa a cláusula contratual que a prevê, de acordo com a Súmula 294, STJ, transcrita a seguir:

Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (enunciado da Súmula nº 294 do STJ).

43. Entretanto, em hipótese alguma, a comissão de permanência deve ser cumulada com outros encargos, sob pena da ocorrência de *bis in idem*, o que não pode ser admitido. *In verbis*:

Nos contratos de mútuo celebrados com as instituições financeiras, admite-se a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual. Na hipótese de haver cumulação, esses encargos devem ser afastados e para manter-se tão-somente a incidência da comissão de permanência. Precedentes (AGRESP nº 400.921-RS, 3ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrichi, DJU de 06.10.2003, p. 268).

44. Corroborando o julgado acima, foi editada a Súmula nº 472, cujo enunciado é de que:

A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

45. Assim, revendo meu posicionamento acerca da limitação dos encargos, entendo que, apesar da previsão contratual da cobrança da referida taxa, resta caracterizada a abusividade de sua exigência, porquanto os elementos trazidos aos autos demonstram a cumulação de tal encargo com multa contratual de 2% (dois por cento) e juros moratórios de 1% ao mês (f. 10 dos autos em apenso).

46. Dessarte, no eventual período de inadimplência, a cobrança da comissão de permanência será até o limite dos juros remuneratórios e moratórios, sem aplicar qualquer outro encargo.

47. Assim, nesse quesito, reformo a sentença primeva, para afastar, no eventual período de inadimplência, a cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos, podendo ela ser cobrada até o limite dos juros remuneratórios e moratórios previstos no contrato, sem aplicar qualquer outro encargo.

d)

48. É pacífico o entendimento no STJ (2ª Seção) de que a "repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor" (Resp 1.199.273-SP).

49. No caso *sub judice*, não ficou demonstrada a má-fé e há dúvida razoável na cobrança da parte que se mostrou indevida, não se justificando a imposição de que ela seja restituída em dobro.

50. Afora isso, o ônus probatório da má-fé era do requerente, nos termos do art. 373, I, do NCPC. Nesse sentido, portanto, deve ser mantida a sentença de primeiro grau.

51. A devolução das quantias pagas a mais deverá ser feita de modo simples, podendo ser compensada no saldo devedor - a critério do autor - ou devolvido em espécie, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Vale ressaltar que a restituição ocorrerá apenas em relação às quantias efetivamente pagas.

VI - Dispositivo.

52. Posto isso, dou parcial provimento ao recurso, para limitar a comissão de permanência até o limite dos juros remuneratórios e moratórios previstos no contrato, sem aplicar qualquer outro encargo. Determino, ainda, que a devolução das quantias pagas a mais deverá ser feita de modo simples, podendo ser compensado no saldo devedor - a critério do autor - ou devolvido em espécie, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

53. Custas e honorários advocatícios: em razão da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com 50% dos ônus sucumbenciais. Suspensa a exigibilidade destes valores pelo apelante, uma vez que este litiga sob os auspícios da justiça gratuita.

É o voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALBERTO DINIZ JUNIOR e SHIRLEY FENZI BERTÃO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ação de cobrança - Servidora municipal -
Aposentadoria - Regime geral de previdência -
Complementação dos proventos - Pretensão à
aplicação das normas de regime próprio - Lei local**

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Direito constitucional e administrativo. Servidora do Município de Frutal. Aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência. Complementação dos proventos. Lei local. Pretendida aplicação das normas do regime próprio de previdência. Inexistência do colimado direito.

- Diante da vinculação dos servidores do Município de Frutal ao Regime Geral de Previdência, a cujas coberturas e limites eles estão sujeitos, não é de se acolher a pretensão da servidora de complementação do benefício pelo ente municipal, sobretudo à ausência da instituição de regime previdenciário complementar e da duvidosa constitucionalidade do dispositivo da lei local que asseguraria o direito pretendido, por ofensa ao caráter contributivo do regime.

- Ainda que se reputasse obrigatória a aplicação das normas do art. 40 da Constituição da República à servidora aposentada pelo INSS, não seria cabível *in casu* a complementação do benefício previdenciário pelo município, em razão de a demandante não haver sequer alegado que faria jus à percepção de proventos equivalentes à totalidade da remuneração do cargo, mesmo à luz da norma transitória do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 ou do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, sob cuja égide se aposentou.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.14.000657-5/001 -
Comarca de Frutal - Apelante: Neliamar Luz de Souza
Ferreira - Apelado: Município Frutal - Relator: DES.
EDGARD PENNA AMORIM**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Neliamar Luz de Souza Ferreira, em face do Município de Frutal, a fim de obter a complementação de seus proventos de aposentadoria.

Adoto o relatório da sentença de f. 87/93, por correto, e acrescento que o i. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Frutal, André Ricardo Botasso, julgou improcedente o pedido, condenada a autora ao pagamento

das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensão a exigibilidade, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, a autora apela às f. 94/108, à alegação de que a Lei Complementar Municipal nº 43/2004 estabelece o dever do requerido de complementar a aposentadoria dos servidores cujos proventos são pagos pelo INSS. Afirma que aos servidores efetivos aplicam-se as regras do art. 40 da CR/88, o que, por si só, já é suficiente para constatar a obrigação do Município em complementar seus proventos. Defende que, embora seja dado aos entes municipais estabelecer um limite máximo para o pagamento da aposentadoria dos seus servidores, isso depende da instituição de previdência complementar, a qual, no caso do réu, inexistente. Sustenta que, como o benefício previdenciário por ela percebido é inferior à remuneração outrora recebida, ela faz jus à complementação. Colaciona precedentes.

Contrarrazões, às f. 111/112, pelo desprovimento da apelação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A questão a ser examinada neste sobrejuízo se refere à apuração do pretendo direito da autora à complementação, pelo Município de Frutal, do benefício da aposentadoria pago pelo INSS.

Ao analisar os autos, na esteira do i. Sentenciante, não me convenço do direito da requerente à pretendida complementação dos proventos pelo Município.

Ao que se vê, a requerente logrou aposentadoria no INSS, em 05.04.2011 (cf. carta de concessão do benefício de f. 21), em decorrência da vinculação dos servidores municipais ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 043, de 2 de junho de 2004, que dispõe:

Art. 205 Para fins previdenciários, o Município manterá filiação dos servidores públicos municipais ao Sistema Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social.

Art. 206 Os benefícios previdenciários do servidor municipal serão pagos pelo INSS, observadas as disposições da legislação própria.

§ 1º Na hipótese de os benefícios pagos pelo INSS forem em valor, em termos integrais ou proporcionais, inferior ao valor a que o servidor tenha direito, o Município fará a sua complementação, até o limite da integralidade do benefício, na forma estabelecida em lei.

§ 2º O Município terá prazo de 120 dias, contados da publicação desta Lei para apresentar projeto de lei regulamentando o contido no parágrafo anterior, não o fazendo, arcará com as despesas ali previstas, até que a regulamentá-las.

Nesse contexto, à luz do disposto no § 1º do art. 206 da mencionada Lei Complementar Municipal nº 43/2004 e com fulcro nas disposições contidas no art. 40 da CR/88, a autora defende que caberia ao Município complementar seus proventos de aposentadoria para o montante de R\$1.853,90 (mil oitocentos e cinquenta e

três reais e noventa centavos), o qual equivale ao vencimento básico devido ao servidor da ativa ocupante do cargo de Professor Nível II, grau "L" (f. 23), correspondente ao cargo no qual ela logrou aposentadoria

Contudo, *data venia*, não há falar em obrigação da Municipalidade de promover a pretendida complementação dos proventos com fulcro na norma acima mencionada.

É que, de um lado, a vinculação da demandante ao Regime Geral de Previdência se lhe impõe a aplicação das regras inerentes a tal regime (CR, art. 201, e Lei federal nº 8.213/91).

Lado outro, conquanto a lei local, por liberalidade, confira ao Município a obrigação de complementar os proventos dos servidores aposentados no INSS, o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, porquanto, desde o advento da Emenda nº 20/98, disciplinador do caráter contributivo do regime, não se coaduna com a Constituição da República a concessão de benefício sem a devida contribuição para custeio da despesa. Ademais, não se vislumbra a criação, pelo ente municipal, do regime previdenciário complementar de que tratam os §§ 14 e 15 do art. 40 do Texto Constitucional.

Finalmente, ainda que se perfilhasse a tese defendida pela parte autora de que os servidores públicos titulares de cargo efetivo, mesmo vinculados ao Regime Geral de Previdência, fariam jus à aplicação das normas do art. 40 da Constituição da República, entendo que não se revelaria o pretensão direito da servidora à complementação dos proventos pelo Município.

É que, como a demandante se aposentou em 05.04.2011, ou seja, na vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 - já que os benefícios previdenciários são regidos pela lei vigente à época da reunião dos requisitos necessários à jubilação -, o cálculo dos respectivos proventos não mais se sujeita à totalidade da remuneração do cargo ocupado pela servidora na ativa - o que é justamente a pretensão deduzida na inicial -, conforme dispunha a redação anterior do § 3º do art. 40 do Texto Constitucional. De outro lado, a autora nem sequer alegou preencher os requisitos estabelecidos na norma transitória do art. 6º da mencionada Emenda ou no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, aliás, invocado pelo i. Juiz *a quo* para amparar a improcedência do pedido.

Dessarte, à luz das normas regentes do regime próprio de previdência do servidor público, também não se poderia assegurar à autora a colimada complementação da aposentadoria, conforme já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

Previdenciário. Prescrição do fundo de direito. Servidor público. Aposentadoria. Complementação. Lei municipal. Constituição federal. Normas de transição. Ausência de preenchimento dos requisitos para aposentação com proventos integrais. - I - Não há falar em prescrição do fundo de direito quando a ação é ajuizada dentro do prazo de cinco anos contados do indeferimento do pleito na via administrativa. II - A aplicação da norma municipal que prevê direito à

complementação da aposentadoria concedida pelo INSS até o valor correspondente aos vencimentos do cargo ou função, somente é possível nas hipóteses em que o servidor faça jus à aposentadoria com proventos integrais, pois, do contrário, estar-se-ia burlando a própria Constituição Federal, que, em matéria de aposentadoria de servidores, estabelece normas de observância obrigatória para os entes federados, conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. III - Ausente a comprovação dos requisitos necessários à aposentadoria com proventos integrais, na forma estabelecida pelas normas de transição insculpidas na Emenda Constitucional nº 47/05, inexistente direito à percepção da complementação de aposentadoria (TJMG, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0313.09.297301-2/002, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Oitava Câmara Cível, j. em 19.05.2011, DJe de 13.07.2011).

Ao exposto, nego provimento ao recurso.

Deixo de condenar a apelante ao pagamento das custas recursais, por força da justiça gratuita concedida em primeira instância, nos termos do inc. II do art. 10 da Lei estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Dano moral - Produto impróprio para o consumo - Responsabilidade do fabricante - Dever de indenizar - Responsabilidade por vício do produto e do serviço - Valor da indenização

Ementa: Apelação cível. Indenização. Danos morais. Inseto dentro do pão de queijo. Produto consumido e impróprio. Majoração do valor da indenização.

- A existência de barata no pão de queijo, ingerido pelo apelante, demonstra que houve negligência na manipulação do produto e desrespeito ao consumidor, o que não foi afastado por prova de regularidade e higiene adequadas na fabricação dos produtos.

- A fixação da compensação por dano puramente moral não tem dimensão matemática, devendo ser arbitrado apenas para compensar a dor, o vexame, a angústia e a tristeza; enfim, o abalo psicológico sofrido pela vítima. Deve, assim, levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito repressivo e pedagógico a propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso lhe represente um enriquecimento imotivado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.15.000930-0/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Djalma Alves de Carvalho Júnior - Apelada: Maglioni Ribeiro e Cia. Ltda. - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVI-
MENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - Newton
Teixeira Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Djalma
Alves de Carvalho ofertou recurso de apelação, plei-
teando a reforma da sentença que julgou parcialmente
procedente seu pedido formulado na inicial da ação
de indenização por danos morais, ajuizada em face de
Maglioni Ribeiro e Cia. Ltda., sob o argumento de que
o valor arbitrado pelos danos morais foi ínfimo, a ponto
de nada representar ao ofensor para dissuadi-lo de outro
igual atentado.

Afirma que a decisão monocrática merece ser refor-
mada para majorar o valor da condenação da inden-
ização por danos morais, uma vez que não observou os
princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo
arbitrada em valor irrisório, não atendendo, assim, à fina-
lidade da reparação dos danos sofridos pelo apelante.

Ao final, requer o conhecimento do recurso e seu
provimento, reformando a sentença e condenando a
apelada à reparação, pelos danos morais, no importe de
R\$15.000,00 (quinze mil reais).

A ré apresentou contrarrazões, às f. 84/86.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso interposto, porquanto presentes
os pressupostos de admissibilidade.

Cumprе ressaltar que, *in casu*, não há qualquer
dúvida quanto à incidência do Código de Defesa do
Consumidor, visto tratar de relação de consumo e, por
consequente, incidirem as regras dos arts. 2º e 6º do
mesmo Código.

O simples fato de disponibilizar, no mercado,
produtos sem condições de consumo, capazes de compro-
meter a segurança dos consumidores, gera o dever de
indenizar da apelada, considerando que ela deve dispo-
nibilizar aos seus clientes serviços de qualidade, e não
colocar em risco a vida e a saúde de seus consumidores.

Além disso, a conduta da apelada quebra a relação
de confiança entre consumidor e prestador de serviços,
devendo a recorrida ser punida, de forma pedagógica,
para não rescindir no ilícito cometido.

Tal fato - a existência de uma barata no pão de
queijo ingerido pelo apelante - demonstra que houve
negligência na manipulação do produto e desrespeito ao
consumidor, o que não foi afastado por prova de regula-
ridade e higiene adequada na fabricação dos produtos.

A responsabilidade do fabricante, nesse caso, é
apurada independentemente de ter ou não ocasionado o
efetivo prejuízo, visto que, materialmente, está constatada

a culpa em fabricar e distribuir produtos em desacordo
com as normas do Código de Defesa do Consumidor,
submetendo-se, dessa forma, à punição ante a concreti-
zação do nexo de causalidade.

Assim, presentes estão o dano moral e a obrigação
de indenizar, conforme disposto no art. 186 do Código
Civil brasileiro:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negli-
gência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a
outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A esse respeito, dispõe o Código de Defesa
do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou
estrangeiro, e o importador respondem, independentemente
da existência de culpa, pela reparação dos danos causados
aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabri-
cação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apre-
sentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como
por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utili-
zação e riscos.

O fabricante, como se vê, responde, independente-
mente da existência de culpa, pela reparação dos danos
causados aos consumidores, por defeitos decorrentes da
fabricação, salvo se for constatada qualquer das hipó-
teses excludentes insertas no § 3º do art. 14 do Código
de Defesa do Consumidor, pelo que, não sendo compro-
vada a existência de fatos extintivos ou modificativos do
direito do consumidor, a indenização deve ser deferida.

Destarte, presentes o dano ao consumidor e o nexo
causal com a conduta da apelada, há o dever de inde-
nizar, observando-se a finalidade pedagógica e compen-
satória do instituto do dano moral, devendo ser evitadas
futuras erronias nesse sentido e também o enriquecimento
ilícito de uma das partes.

Nesse sentido a doutrina afirma:

Ação de indenização. Responsabilidade civil. Dano moral.
Relação de consumo. Presença de corpo estranho em sacos de
arroz. Prova suficiente. Dano moral verificado. - Comprovado,
de forma suficiente, que o produto adquirido pelo consumidor
apresentava conteúdo impróprio para consumo, torna-se
devida a indenização por danos morais. - Ao comercializar
produto impróprio para o consumo, independentemente da
respeitabilidade do fabricante, o fornecedor responde pelo
vício do produto e pelos danos a que tal vício deu causa - fato
do produto (Apelação Cível nº 1.0145.07.415727-5/001 -
Relator: Des. Nilo Lacerda - j. em 17.12.2008).

Assim, ao comercializar produto impróprio para o
consumo, independentemente da sua respeitabilidade, a
apelada responde pelo vício do produto e pelos danos a
que tal vício deu causa - fato do produto.

Quanto à responsabilidade por vício do produto e do
serviço, determina o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo durá-
veis 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 diminuem 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.

[...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

[...]

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Assim, o dano moral causado ao apelante, no caso, possui presunção *iuris et de iure*, pois inegável a ofensa à dignidade do cidadão consumidor, ao verificar que adquiriu e poderia ter consumido alimento, em que jamais esperava encontrar a presença de corpo estranho, no caso, uma barata.

Não mais se admite que comerciantes negligentes deem pouca atenção ao consumidor e passem a fornecer produtos sem a mínima condição para o consumo.

Não há como negar a existência de constrangimento e repugnância, no fato de o apelante ter adquirido e corrido risco de ingerir corpo estranho, no caso, uma barata, com risco de sofrer intoxicação, além da repugnância, da humilhação e dos possíveis males que poderiam advir da ingestão de alimento contaminado.

Ensina Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de direito civil brasileiro*, que:

Realmente, na reparação do dano moral, o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 93).

Assim, o valor de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) não se mostra razoável para reparar o ilícito praticado pela ré e os danos causados à consumidora.

Conforme cediço, a fixação da compensação por dano puramente moral não tem dimensão matemática, devendo ser arbitrado apenas para compensar a dor, o vexame, a angústia, a tristeza; enfim, o abalo psicológico sofrido pela vítima. Deve, assim, levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito repressivo e pedagógico a propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso lhe represente um enriquecimento sem causa.

Dito isso, dou provimento ao recurso de apelação, condenado a apelada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$15.000,00 (quinze mil reais), corrigidos, monetariamente, a partir da publicação

do acórdão, acrescido de juros moratórios desde o evento danoso.

Em face do provimento deste recurso, majoro os honorários advocatícios arbitrados na sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com o Relator.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com o Relator, ressalvado meu entendimento pessoal de que a indenização foi arbitrada em valor acima do recomendável neste caso concreto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Condomínio edilício - Anulação de ato assemblear que deliberou pela proibição de auxílio a portador de necessidades especiais - Violação do princípio da dignidade humana e da isonomia material - Eficácia horizontal dos direitos fundamentais - Dever de solidariedade - Obras de acessibilidade - Adequação arquitetônica para integração do portador de deficiência física - Necessidade reconhecida - Dano moral - Ocorrência - Valor - Redução - Prova testemunhal - Empregado antigo - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Existência de suspeição por interesse no litígio

Ementa: Direito civil e processual civil. Apelação cível. Ação ordinária. Agravo retido. Desprovimento. Condomínio edilício. Anulação de ato assemblear, que deliberou pela proibição de auxílio à parte autora, portadora de necessidades especiais. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Violação do princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia material. Dever de solidariedade. Obras de acessibilidade. Adequação arquitetônica, para integração do portador de deficiência física. Necessidade. Dano moral. Ocorrência. Valor. Redução.

- A subordinação existente entre o empregado e o empregador não induz, por si só, a suspeição, a fazer-se presumir que aquele tem interesse no litígio, devendo ser analisada no caso concreto.

- A deliberação condominial - de proibição de auxílio à parte autora, portadora de necessidades especiais, pelos empregados do condomínio edilício - violou o princípio da dignidade da pessoa humana, de valor supremo

na ordem constitucional vigente, como fundamento da República.

- A despeito de os fatos descritos na inicial dizerem respeito a relação de natureza privada, não se descarta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a regê-la, notadamente na hipótese em que a condição da parte autora inspira especial cuidado, no âmbito de sua convivência com os demais condôminos, pelo que deles se exigiria a adoção de providência para que fosse garantido a ela integração, buscando, de modo solidário, proporcionar-lhe amplo acesso às dependências do edifício.

- Estando comprovada a culpa da parte ré na ocorrência do evento danoso, bem como o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, dúvida não há sobre a responsabilidade civil, ensejadora do dever reparatório.

- Inexiste critério objetivo para a estipulação do valor do dano moral, que deve ser arbitrado pelo juiz de acordo com as circunstâncias de cada caso, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixando reparação que signifique, ao ofendido, uma compensação pelo sofrimento experimentado, e, ao ofensor, um desestímulo à reiteração de atos da mesma natureza.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.001000-9/003 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Condomínio do Edifício Parque Itália representado pela Síndica Diva Frade Rocha - Apelada: Ana Tereza Baêta Campomizzi - Relator: DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Condomínio do Edifício Parque Itália contra sentença (f. 353/360) proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que, em "Ação Ordinária de Anulação de Deliberação Assemblear [...] e Indenização por Danos Morais" ajuizada por Ana Tereza Baeta Campomizzi, julgou procedentes os pedidos iniciais, para (i) declarar nula a deliberação dos condôminos que proibiu os funcionários do réu de prestarem auxílio à autora, no percurso de rampas existentes no edifício; (ii) determinar a construção de plataformas elevatórias verticais ou inclinadas, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de incidência de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais) e

(iii) condenar-lhe ao pagamento de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de indenização por dano moral.

Busca o apelante, com seu inconformismo, ver reformada a sentença impugnada, de modo a ter lugar a improcedência dos pedidos iniciais.

Em suas razões recursais, requer a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal, por ele formulado; no mérito do apelo, afirma que nunca afrontou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tampouco o direito de ir e vir da apelada; que construiu rampas, proporcionando a ela, que faz uso de cadeira de rodas, acesso aos elevadores; que permitia que seus funcionários auxiliassem a recorrida, até que, em decorrência dos abusos que esta cometia, ficou resolvido, em assembleia dos condôminos, que a ajuda não mais seria permitida; que, pelas limitações físicas do local, não é possível realizar construção para atenuar a inclinação da rampa ali existente; que o auxílio prestado incluía a retirada do veículo da autora da vaga de garagem, o seu acompanhamento até o apartamento, carregando suas compras e sua retirada do interior do veículo, colocando-a na cadeira de rodas; que, no edifício, existe portaria, e a entrada e saída depende do acionamento do portão; que, às vezes, os porteiros deixavam o seu posto, para prestar assistência à requerente, fazendo com que os demais moradores fossem obrigados a esperar o seu retorno; que o tratamento dispensado à autora gerou desequilíbrio na relação com os outros condôminos; que inexistente a obrigação de indenizar, por não comprovado o dano moral; que, por eventualidade, caso mantida a condenação, o valor deve ser reduzido, ao entendimento de que se mostra exorbitante; que não pode ser compelida à instalação de elevador, por falta de amparo legal e em razão do alto custo da obra.

Preparo, regular, comprovado à f. 394.

Contrarrazões às f. 397/411.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do apelo, por presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Agravo retido.

Impõe-se, primeiramente, o enfrentamento do agravo retido de f. 332/333, interposto pelo réu, ora agravante, contra decisão interlocutória que indeferiu a oitiva de testemunha, pelo douto Juízo *a quo*, ao argumento de que interessada na causa, por ser sua empregada, o que, no entendimento do recorrente, caracterizou cerceamento de defesa.

A existência de relação de emprego entre a testemunha e a parte que a arrolou não está expressamente prevista no dispositivo em referência, devendo ser analisada a questão no caso concreto.

A subordinação observada entre aquela - empregado - e a parte que a indicou - empregador - não induz, por si só, a suspeição, a fazer-se presumir que tem interesse no litígio.

Entretanto, tenho que o fato de estar ela prestando serviços ao réu por mais de 14 (quatorze) anos, como declarou à f. 332, retira a necessária isenção que se espera do seu depoimento, a inviabilizar sua oitiva, mesmo porque se encontra envolvida nos fatos narrados na inicial.

Nesse caso, concluo que incide, na hipótese, o disposto no art. 405, § 3º, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973, com a seguinte redação:

Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas (redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

[...]

3.º. São suspeitos:

[...]

IV - o que tiver interesse no litígio.

Aliás, outro não é o entendimento desta Instância Revisora:

Apelação cível. Agravo retido. Oitiva de testemunha como informante. Decisão mantida. Indenização. Dano à imagem. Legitimidade ativa e passiva. Utilização indevida de fotografia de menor para fins comerciais. Ausência de autorização. Reparação devida. Fixação do *quantum*. Honorários de sucumbência. I - É acertada a decisão que ouve como informante a testemunha que é empregado da ré e trabalhou no serviço que está sendo debatido na lide, face ao nítido interesse da mesma na solução final do processo. II - Estão legitimados a figurar no polo ativo e passivo da ação de indenização por violação ao direito à imagem, respectivamente: a pessoa que teve sua fotografia divulgada sem autorização e a empresa que fez a campanha publicitária com a foto extraída da internet. III - A utilização não autorizada de fotografia de criança, para fins comerciais em campanha publicitária de local proibido para menores, enseja reparação moral correspondente, por violação ao direito de imagem do fotografado. IV - A indenização prescinde de prova do prejuízo (Sumula 403 STJ). V - À luz do art. 20 do CPC, nas causas em que há condenação, são devidos, pelo vencido, ao vencedor, honorários advocatícios de sucumbência, em quantia a ser arbitrada nos moldes do § 3º, do art. 20, do CPC, para bem remunerar o trabalho do profissional atuante na demanda (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.10.092273-1/002, Relator Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgamento em 07.06.2016, publicação da súmula em 10.06.2016).

Ademais, entendo que, diante da realização de outras provas, suficientes à comprovação dos fatos alegados pelas partes, inexistente prejuízo para o réu, não havendo falar em cerceamento de defesa.

Com essas razões, nego provimento ao agravo retido.

Mérito do apelo.

O inconformismo, a meu aviso, está a merecer provimento parcial.

Cinge-se a controvérsia recursal à possibilidade de anulação da Assembleia Geral realizada pelos condôminos do réu, que resultou na proibição de prestação de auxílio à autora, pelos funcionários daquele, de modo a restabelecer a ajuda anteriormente oferecida, para que

possa esta ter acesso às dependências do edifício em que reside, bem como de imposição ao Condomínio de obrigação de criar meios de acessibilidade no local, de modo a possibilitar que requerente possa, por esforço próprio, ali transitar.

Deve ser verificado ainda se os fatos narrados na inicial foram bastantes para causar à autora o dano moral que alega ter sofrido, a fazer jus à correspondente indenização.

Do que dos autos consta, a autora, em virtude de suas limitações físicas, decorrentes de acidente automobilístico, faz uso de cadeira de rodas, necessitando de auxílio para acessar os elevadores do prédio que constitui o condomínio réu.

É fato incontroverso que os funcionários do requerido prestaram auxílio à requerente nesse sentido, o que veio a ser proibido, por conta de deliberação condominial constante da ata reproduzida às f. 79/81, datada de 15.12.2010.

Está comprovado ainda que o Condomínio realizou obras no prédio, construindo rampas, o que evidenciado em diversas provas que vieram ao caderno processual, notadamente o que descrito à f. 80 e elementos constantes do laudo pericial.

A deliberação condominial - de proibição de auxílio à autora, pelos empregados do condomínio edilício - a meu aviso, violou o princípio da dignidade da pessoa humana - de valor supremo na ordem constitucional vigente, como fundamento da República - assim insculpido no art. 1º, inciso III, da CR/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

A despeito de os fatos descritos na inicial dizerem respeito a relação de natureza privada, não se descarta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a regê-la, notadamente na hipótese dos autos, em que a condição da autora inspira especial cuidado, no âmbito de sua convivência com os demais condôminos, pelo que deles se exigiria a adoção de providência para que fosse garantida

a ela integridade, em isonomia material, buscando, de modo solidário, proporcionar-lhe amplo acesso às dependências do edifício, o que poderia se dar por outros meios, que não necessariamente utilizando-se dos seus funcionários.

Devo registrar que, conforme alegado na inicial e não impugnado pelo requerido, a autora dispõe de empregada doméstica, e a ajuda reclamada só seria necessária quando esta não lhe estivesse disponível, resultando na conclusão de que o auxílio, pelos funcionários do réu, dava-se de maneira eventual.

Ora, simplesmente proibir o auxílio à requerente, como acima relatado, sem que houvesse proposições alternativas, restringindo sua locomoção, a meu aviso, mostrou-se ilícita, quando nada, desarrazoada, a autorizar a intervenção jurisdicional.

Tenho que, nesse sentido, agiu com acerto o douto Juízo de primeiro grau, ao nulificar o ato resultante da assembleia condominial.

Não prosperam os argumentos defensivos de ausência de amparo legal para a imposição de modificações físicas no prédio, que resultem na plena acessibilidade da autora, pois, ao contrário do que alega, há disposição normativa, nesse tocante, a teor do que estabelece o art. 13 e incisos, da Lei nº 10.098/00:

Art. 13. Os edifícios de uso privado em que seja obrigatória a instalação de elevadores deverão ser construídos atendendo aos seguintes requisitos mínimos de acessibilidade:

- I - percurso acessível que una as unidades habitacionais com o exterior e com as dependências de uso comum;
- II - percurso acessível que una a edificação à via pública, às edificações e aos serviços anexos de uso comum e aos edifícios vizinhos;
- III - cabine do elevador e respectiva porta de entrada acessíveis para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Não se descarta que foram realizadas obras no local, de construção de rampas, contudo, pelo que extrai da prova pericial, cujo laudo encontra-se às f. 238/244, estas se afiguram inservíveis, como consta de sua conclusão (f. 240/241), por estarem em desacordo com a norma NBR 9050 da ABNT.

Complementa o perito que:

Entretanto, pode-se observar que há impossibilidade física de se reformar a rampa para atender àquelas especificações. Não há espaço suficiente para se estender a rampa para atenuar a inclinação, nem como dividi-la em mais de um segmento.

Diz ainda o expert que (*verbis*):

em contato direto com a autora na visita acima mencionada, requisitou que a mesma tentasse subir a rampa da garagem, sendo que a mesma não conseguiu completar o exercício, alegando que o esforço necessário é a maior do que o capaz de exercer. Enfim, ao que tudo indica, a autora não consegue, sozinha, transpor a rampa com a cadeira de rodas que atualmente usa (f. 295).

Nesse cingir, as modificações foram insuficientes para solucionar o problema de acessibilidade da autora, devendo ser implementados outros mecanismos que possam franquear o seu livre trânsito até os elevadores do prédio.

Nesse cingir, reputo correta a solução encontrada pelo culto sentenciante, que determinou a implantação de plataforma elevatória vertical ou inclinada, nos termos da normatização de regência - por óbvio, adotando a solução que melhor lhe aprouver - ordenando ainda que,

enquanto não concluída a transformação no local, seja prestado auxílio à autora, para que possa ter livre acesso ao seu apartamento.

Além disso, não há prova da inviabilidade financeira da obra, deixando o réu de comprovar não estar em condição de efetivá-la, pelo que merece ser mantida a sentença, também nesse aspecto.

Quanto ao dano moral, estabelece o Código Civil, em seu art. 927, a obrigação de reparar o dano àquele que o causar, por ato ilícito.

O conceito de ato ilícito é dado pelo mesmo Diploma, em seu art. 186, que assim dispõe: "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".

Na situação fática versada nos presentes autos, está demonstrado que o réu, ao negar as súplicas da autora, reprisa-se, portadora de necessidades especiais, o que a impossibilitou de se locomover livremente, visando ao acesso aos elevadores do prédio, além de toda a delonga na solução do conflito, gerando desgaste excessivo para ela - inclusive com representação ao Ministério Público Estadual, sem sucesso - resultando na propositura desta ação, para ver respeitado o seu direito de ir e vir, de integração ao meio social e sua dignidade, entendendo caracterizado o dano existencial, de ordem moral, ensejador de reparação pecuniária, nos termos das normas legais acima referidas.

Os fatos apresentados e comprovados, por si, são suficientes para ensejar ofensa à honra da parte e lesão extrapatrimonial resultante de sofrimento causado por natural revolta, raiva, humilhação, tristeza e angústia.

Assentada a configuração do dano moral alegado na peça de ingresso, impõe-se o exame do valor da indenização, fixado na sentença recorrida, cuja redução é pretendida pelo réu, por dizê-lo exorbitante.

Inexiste, sabidamente, critério objetivo para a estipulação desse valor, que deve ser arbitrado pelo Juiz, de acordo com a circunstância de cada caso.

A reparação deve ser tal que signifique, ao ofendido, uma compensação pela dor sofrida, e, ao ofensor, um desestímulo à prática de atos da mesma natureza.

Há de ter caráter reparatório, sem representar enriquecimento sem causa.

Devem ser levados em consideração, segundo a jurisprudência, alguns fatores, como a gravidade da ofensa, o grau de culpa ou dolo do ofensor, a repercussão e as consequências do fato, a posição social do lesado e a condição econômica e financeira do autor e do réu.

Levando em conta esses fatores, tenho que a indenização, fixada em primeiro grau em R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mostra-se excessiva, para reparar os danos sofridos pela autora, devendo ser reduzida para R\$20.000,00 (vinte mil reais), que se mostra condizente com a realidade dos autos.

Com tais considerações, dou provimento parcial ao apelo, e o faço para, reformando parcialmente a sentença combatida, fixar o *quantum* indenizatório em R\$20.000,00 (vinte mil reais), ficando mantido, no mais, o que decidido em primeiro grau.

Custas recursais pelo apelante, dada a sucumbência mínima da apelada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA e JOSÉ ARTHUR FILHO.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO.

...

Reparação civil - Acidente de veículo - Morte de servidor - Responsabilidade civil do município - Jornada excessiva de trabalho - Culpa *in vigilando* - Danos morais - Reconhecimento - Critérios de fixação do dano moral - Existência de pensão previdenciária - Filhos menores - Fixação de pensão a título indenizatório - Possibilidade - Independência - Termo final de pagamento - Danos materiais - Correção monetária e juros - Súmulas 43 e 54 do STJ - Aplicação - Danos morais - Juros de mora desde a ocorrência do evento danoso - Correção monetária desde o arbitramento - Súmula 362 do STJ - Incidência

Ementa: Apelação cível. Reexame necessário. Reparação civil. Acidente com veículo. Morte de servidor. Responsabilidade do município. Jornada excessiva de trabalho. Danos morais. Pensão. Filhos menores. Honorários.

- Para as condutas omissivas do ente público aplica-se a regra da responsabilidade civil comum, ou seja, é necessária a comprovação não só do dano e do nexo de causalidade, mas também da culpa do ente federado.

- Se o Município deixou de fiscalizar a jornada de trabalho do servidor, determinando tarefas em excesso, conforme devidamente comprovado nos autos, incorre na culpa *in vigilando*, devendo reparar os danos morais à família em razão do óbito do servidor.

- A mensuração do dano moral deve observar o caráter pedagógico, compensatório e punitivo da medida.

- É perfeitamente admissível, *in casu*, a fixação de pensão mensal aos filhos menores, até os beneficiários comple-

tarem 25 (vinte e cinco) anos, sendo que a percepção de pensão previdenciária não constitui óbice para a tal fixação.

- O valor dos honorários deve ser arbitrado considerando o grau de zelo do advogado, bem como a complexidade da causa.

Recursos conhecidos e não providos, com reforma parcial da sentença em reexame necessário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0002.13.001024-8/001 - Comarca de Abaeté - 1^{as} Apelantes: Jéssica Regina Assis de Andrade, Isadora Regina Assis de Andrade, Oneida Ferreira de Andrade Assis e outros - 2^o Apelante: Município de Cedro do Abaeté - Apelados: Isadora Regina Assis de Andrade, Jéssica Regina Assis de Andrade, Oneida Ferreira de Andrade Assis e outros, Município de Cedro do Abaeté - Relator: DES. GÍLSON SOARES LEMES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2016. - Gilson Soares Lemes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GILSON SOARES LEMES - Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos por Oneida Ferreira de Andrade Assis e outros e do Município de Cedro do Abaeté, em face da sentença de f. 173/187, proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais causados em acidente de veículo.

No provimento, o Juízo a quo julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais formulados pelos autores para condenar o réu ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais e a título de pensão mensal aos menores R.A.F. e I.R.A.A., o equivalente a 2/3 da última remuneração do *de cujus*, incluindo-se em tal fração o que seria pago a título de 13^o salário, devendo a referida pensão retroagir até a data do evento danoso e perdurar até que os beneficiários completem 25 (vinte e cinco) anos.

Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$3.000,00 (três mil reais).

Em suas razões recursais (f. 189/201), os primeiros apelantes requerem a majoração da indenização de danos morais e dos honorários advocatícios arbitrados.

Contrarrazões do Município às f. 204/210, pelo não provimento do recurso.

Já o Município, segundo apelante, em suas razões recursais de f. 211/225, sustenta que foi o *de cujus* quem deu causa ao sinistro, não sendo devida a indenização a título de danos morais pleiteada.

Ressalta que o valor arbitrado é exorbitante, sobretudo se se considerar a condição dos recorridos, não podendo a indenização significar empobrecimento descabido do erário e enriquecimento imotivado dos apelados.

Aduz que não há fundamentos jurídicos para que o ente federado seja obrigado a arcar com pensão em favor dos filhos menores da vítima.

Esclarece que não há culpa provada do apelante no que tange à causa do sinistro que vitimou o pai dos recorridos e que eles recebem pensão previdenciária nos termos da Lei do RGPS.

Eventualmente pugna pela redução do valor arbitrado, sustentando que a pensão baseada na remuneração do servidor deve ser dividida entre eventuais beneficiários e que arbitrar 2/3 do valor percebido para seus filhos menores não é razoável.

Afirma que o pagamento da pensão deve ser mantido somente até os beneficiários completarem 18 (dezoito) anos ou, quando muito, 21 (vinte e um) anos, não havendo razões para sua fixação até os 25 (vinte e cinco) anos.

Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões dos segundo apelados às f. 233/238, pela manutenção da r. sentença.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 247/243 pelo desprovimento dos recursos aviados.

É o relatório.

De início, cumpre registrar que o Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria de isolamento dos atos processuais.

Assim, embora o julgamento do presente recurso se dê na vigência das regras do novo Código de Processo Civil, os requisitos de admissibilidade do recurso serão apreciados conforme a legislação em vigor na data da publicação da sentença.

Conheço dos recursos voluntários, bem como do reexame necessário, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

À vista da nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, que possibilita o julgamento continuado da apelação, quando seu resultado for não unânime, e considerando que essa hipótese de julgamento não se aplica aos casos de remessa necessária, inicio o julgamento pelo exame dos recursos voluntários e, posteriormente, se for o caso, analisarei questões afetas ao reexame necessário.

Na espécie, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais formulados pelos autores para condenar o réu ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais e a título de pensão mensal aos menores R.A.F. e I.R.A.A., o equivalente a 2/3 da última remuneração do *de cujus*, incluindo

tal fração no que seria pago a título de 13º salário, devendo a referida pensão retroagir até a data do evento danoso e perdurar até que os beneficiários completem 25 (vinte e cinco) anos.

Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$3.000,00 (três mil reais).

Os recursos serão analisados em conjunto, tendo em vista que, em ambos, se discute a indenização por danos morais.

Da responsabilidade do ente público.

Nos termos do art. 186 do Código Civil: “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”.

Sobre o tema leciona o renomado jurista José dos Santos Carvalho Filho:

A noção de responsabilidade implica a ideia de resposta, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar.

De fato, quando o Direito trata de responsabilidade, induz de imediato, a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.

[...]

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que ‘Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei’, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43 do Código Civil, que, como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos, e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa.

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente

a responsabilidade objetiva; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir e razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata de responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.

Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas quando se tratar de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização se dará por culpa. Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser esta mais abrangente que aquela. De fato, sempre estarão presentes o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, se exigirá, além do fato administrativo em si, que seja ele calcado na culpa.

[...]

Assinale-se, por oportuno, que, tratando-se de responsabilidade civil, urge que, nas condutas omissivas, além do elemento culposo, se revele a presença de nexo direto de causalidade entre o fato e o dano sofrido pela vítima. Significa dizer que não pode o intérprete buscar a relação de causalidade quando há uma ou várias intercausas entre a omissão e o resultado danoso. De qualquer modo, incidirá sempre a responsabilidade com culpa (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 547, 567-569).

No caso em comento, os autores pretendem a reparação civil decorrente do óbito do servidor que estava prestando serviços para a Administração no momento do sinistro.

Assim, apesar do brilhantismo da sentença proferida pela d. Magistrada *a quo*, verifica-se não ser aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, mas sim a responsabilidade civil comum, ou seja, são necessários não só a comprovação do dano e do nexo causal, mas também da culpa do ente público.

Denota-se que o *de cujus* era motorista contratado pelo município de Cedro do Abaeté e sofreu acidente automobilístico, que culminou no seu óbito, quando prestava serviço para a Administração Pública (docs. 27, 49/58).

Verifica-se que o acidente ocorreu em razão da sobrejornada imputada ao trabalhador, em face da conduta omissiva do apelante, que permitiu que tal fato ocorresse sem tomar nenhuma providência.

Cumpra mencionar que, embora a perícia de f. 87/104 tenha concluído que a causa do acidente foi o ingresso do veículo conduzindo pelo servidor na contramão de direção, não há como imputar ao *de cujus* a culpa exclusiva pelo acidente, e afastar a responsabilidade da Administração, sobretudo porque a prova dos autos demonstra que o servidor cumpria jornada

extenuante, abusiva e quase sobre-humana, visto que no dia do fato estava trabalhando desde as três horas da manhã e ainda fora designado para fazer nova viagem às vinte e duas horas, senão vejamos:

Que o depoente estava presente no acidente, acompanhando seu pai Raimundo Pereira Damas; que o depoente, seu pai, o motorista e o Sr. Dimas estavam no veículo Fiat Uno da Secretaria Municipal da Saúde de Cedro do Abaeté; que eles estavam indo para a Cidade de Belo Horizonte e saíram de Cedro do Abaeté por volta de 22:30 horas; que não sabe como se deu o acidente, pois o depoente estava dormindo; que o motorista do veículo comentou com o depoente que já tinha ido até a cidade de Belo Horizonte, no mesmo dia, e tinha recebido ordem para retornar; que não percebeu se o motorista estava com aparência de cansado. [...] Que o motorista comentou com o depoente que já tinha saído para Belo Horizonte, no mesmo dia, às 03:00 da manhã, tendo retornado às 19:00 horas; que o motorista também disse que tinha recebido ordem para retornar a Belo Horizonte da Secretaria de Saúde do Município, D.^a Armanda; que eles pararam para tomar café na estrada às 04:00 horas da manhã e às 05:00 horas o depoente comentou com o depoente que a estrada estava vazia e o depoente iria dormir um pouco; que, depois disso, o depoente não viu mais nada; [...] (Depoimento da testemunha Waldinho Damas da Cunha - f. 146).

[...] Que fez uma viagem com o falecido Regeuiter na quinta-feira, antes do acidente em que ocorreu o seu óbito; que saíram de Cedro do Abaeté às 04:00 horas da manhã rumo a Belo Horizonte e retornaram às 18:40 horas, aproximadamente; que não sabe se Regeuiter foi escalado para outra viagem no dia posterior; que teve notícias do óbito dele na sexta-feira de manhã; [...] (Depoimento da testemunha Geliana Ângela Borges - f. 147).

[...] Que conhecia o Sr. Gegeuiter (sic) em Cedro de Abaeté; que ele era motorista na saúde no município; que ele trabalhava na prefeitura há aproximadamente oito meses e era muito diligente na direção de veículo automotor; que, no dia dos fatos, o depoente cruzou com o veículo dirigido pelo falecido às 4:30 horas da manhã, perto da cidade de Pompéu; que uma hora e meia depois desse cruzamento, tomou conhecimento do óbito de Regeuiter; que o falecido estava dirigindo em uma velocidade compatível com o local onde houve o cruzamento; que ficou sabendo que o falecido tinha feito duas viagens para Belo Horizonte no dia dos fatos; que não sabe precisar os horários de chegadas e saídas dessas viagens; que não sabe informar quem deu ordens para o falecido fazer duas viagens no mesmo dia, pois estava descansando no dia anterior, pois ia viajar de madrugada; que também é motorista da prefeitura, no setor da saúde; que Regeuiter não sabia falar não e tinha uma carga de trabalho excessiva; [...] (Depoimento testemunha Marcos Antônio Oliveira Silva - f. 148).

Logo, uma vez comprovada a existência do dano, o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, além da culpa do ente público, em razão da omissão no controle da jornada de seu funcionário (*culpa in vigilando*), forçoso reconhecer o dever de indenizar do requerido.

Mutatis mutandis, já decidiu esse e. TJMG:

Apelação cível. Comarca de São João do Paraíso. Ação indenizatória. Danos morais. Servidor público municipal (gari).

Acidente de trabalho. Óbito. Responsabilidade civil do ente público. Aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva. Culpa *in vigilando*. Adoção e fiscalização das normas de segurança. Omissão do Poder Público. Do dever de indenizar configurado. Irmã da vítima. Dano moral configurado. Consectários. Art. 1º - F da Lei 9.494/97.

- Em caso de acidente de trabalho de servidor público, não obstante a teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo art. 37, § 6º, da CF/88, ao ente público também se aplica a responsabilidade subjetiva, por se tratar de ato omissivo. - Devem estar presentes concomitantemente três fatores indispensáveis à responsabilização civil: i) a omissão ilícita estatal; ii) a efetiva ocorrência dos danos; iii) e a relação de causalidade entre o dano e a conduta culposa do ente público, no caso, o Município de São João Paraíso, que deixou de fiscalizar e prevenir os riscos da atividade de gari, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, um direito social dos trabalhadores extensível aos servidores públicos (art. 7º, XXII c/c art. 39, § 3º, da CF/88). - Ausente a devida vigilância sobre a atividade exercida pela vítima na constância de sua jornada de trabalho (culpa *in vigilando*), mostra-se imperioso o dever de indenizar a irmã da vítima pelo sofrimento decorrente da perda do ente querido. - Os juros e correção monetária devem incidir na forma do art. 1º - F da Lei 9.494/97, sendo o termo inicial da correção monetária a data da publicação da sentença e dos juros, o evento danoso. - O índice de correção monetária adotado entre 30.06.2009 e 25.03.2015 corresponde à TR, incidindo a partir de 26.03.2015, o IPCA. - Preliminar rejeitada. - Recurso não provido. - Sentença modificada de ofício quanto aos juros e correção monetária (TJMG - Apelação Cível nº 1.0627.10.000649-3/001, Relatora Des.ª Heloísa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 1º.10.2015, p. em 07.10.2015).

Reexame necessário. Apelação cível. Responsabilidade civil. Nulidade do processo. Não intervenção do Ministério Público em primeiro grau. Ausência de prejuízo. Manifestação da procuradoria de justiça em grau recursal. Acidente ocorrido durante jornada de trabalho. Morte do funcionário público. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Danos morais. Obrigação de indenizar. Pensionamento. Aplicabilidade. - Segundo orientação do Colendo STJ: 'A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa, sem que haja arguição de prejuízo ou alegação de nulidade' (EDcl no REsp 1184752/PI, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 16.10.2014, DJe de 21.10.2014). - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva - independente de prova de culpa, porque amparada na teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal/1988. - Quando o fato danoso se deve a uma omissão, decorrente de *faute du service* (o serviço não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou atrasado), aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. - Presentes a omissão antijurídica, o resultado danoso e o nexo de causalidade entre um e outro, deve ser mantida a condenação do ente público ao pagamento de indenização por danos morais (TJMG - Apelação Cível nº 1.0280.10.000505-5/001, Relatora Des.ª Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. em 09.07.2015, p. em 15.07.2015).

Observa-se que o Município não comprovou qualquer fato impeditivo ao direito dos autores, visto que não logrou êxito em comprovar suas alegações no sentido de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima,

visto que, conforme já mencionado, restou comprovada a sobrejornada, inclusive habitual, e que a ordem para o transporte partiu da própria administração.

Dano moral.

É cediço que o dano moral tem origem na violação de direito da personalidade do ofendido. Nesse sentido é o magistério de Flávio Tartuce:

Buscando uma primeira classificação dos danos morais, em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, constitui aquilo que a pessoa sente, o que se pode denominar dano moral *in natura*. Deve ficar claro que para a caracterização do dano moral não há obrigatoriedade da presença desses sentimentos humanos negativos, conforme enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil: 'O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento' (Enunciado nº 445). Cite-se, a título de exemplo, o dano moral da pessoa jurídica que, por óbvio, não passa por tais situações (Súmula 227 do STJ).

Em sentido impróprio, o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como por exemplo, à liberdade, à opção sexual, à opção religiosa, entre outros. Trata-se do dano moral em sentido amplo ou *lato sensu*, que não necessita da prova do sofrimento em si para a sua caracterização (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 408/409).

No caso em apreço, é indiscutível que os autores sofreram abalo passível de reparação a título de danos morais, tendo em vista que a perda do ente querido ocorreu de forma trágica.

Sobre o tema discorre a doutrina especializada:

Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.

Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irredenção.

São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que existem.

No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1998, p. 111).

Valor do dano moral.

Noutro passo, sabe-se que a mensuração da reparação do dano moral consiste em árdua tarefa para o

julgador, pois ela deve observar o caráter pedagógico, compensatório, bem como punitivo da medida.

Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor.

Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante, o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido.

[...]

Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva.

O critério de se levar em consideração, no arbitramento do *quantum* indenizatório, a condição social e econômica do ofendido causa, a princípio, certa perplexidade, podendo ser indagado em que medida teria influência sobre a dimensão do sofrimento por ele experimentado. Indagam alguns se a dor do pobre vale menos que a do rico. É evidente que o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar uma equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 675-676 e 681).

Em outras palavras, o valor fixado deve observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tal como assentado pelo STJ:

Agravo regimental. Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Dano moral. Honorários advocatícios. Revisão dos valores. Não provimento. - 1. O valor fixado a título de danos morais foi arbitrado em sintonia com os critérios jurisprudenciais desta Corte e pautado pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, observadas as condições pessoais e econômicas das partes e as peculiaridades do caso concreto. 2. Provisto o recurso especial para reformar o acórdão recorrido, compete a esta Corte Superior aplicar o direito à espécie e fixar os honorários advocatícios. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1526116/SP, Rel.º Min.ª Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 18.06.2015, DJe 26.06.2015).

Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Civil. Indenização. Dano moral. Herdeiros. Legitimidade. *Quantum* da indenização fixado em valor exorbitante. Necessidade da redução. Respeito aos parâmetros e jurisprudência do STJ. Precedentes. [...] 2. 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 (STJ, AgRg no Ag 850273/BA, Quarta Turma, Relator Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. em 03.08.2010).

Dessarte, o valor de danos morais deve ser arbitrado de forma a indenizar a vítima em face do sofrimento e angústia experimentados e de forma a desestimular a repetição do ato.

Em exame dos fatores relacionados ao caso concreto, denota-se que o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), equivalente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por recorrente, arbitrado pela d. Juíza *a quo*, é razoável para diminuir a dor sofrida pelos autores, apresentando um caráter punitivo em relação ao requerido, sem, contudo, ensejar enriquecimento ilícito da parte, sobretudo considerando a participação do *de cujus* no acidente que o vitimou, bem como a condição financeira do requerentes.

Da pensão aos filhos menores.

Pretende o segundo apelante a reforma na decisão que o condenou a pagar pensão para os dois filhos menores do *de cujus*, no valor de 2/3 da última remuneração do *de cujus*, até que eles completem 25 (vinte e cinco) anos.

De início, cumpre mencionar que já restou configurado o dever de indenizar do segundo apelante.

Ademais, o fato de os filhos menores perceberem pensão previdenciária não interfere na percepção da pensão indenizatória requerida, haja vista que aquela é assegurada pela Previdência e essa pelo direito comum.

Nesse sentido colhe-se jurisprudência do c. STJ:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte. Indenização por danos morais. Juros de mora. Termo inicial. Evento danoso. Súmula nº 54/STJ. Pensionamento mensal. Benefício previdenciário. Independência. Abatimento. Impossibilidade. Precedentes. Honorários advocatícios. Redimensionamento. Possibilidade. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. - 1 - A indenização por dano moral puro decorrente da morte de familiar em acidente automobilístico deve ser acrescida de juros moratórios a contar da data do evento danoso, a teor do que determina, inclusive, a Súmula nº 54/STJ. 2 - Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, apesar da ressalva do posicionamento pessoal do relator em sentido contrário, é perfeitamente possível a cumulação das parcelas de pensão indenizatória por ilícito civil e de benefício previdenciário sem que isso importe em ofensa ao princípio da reparação integral. 3 - Não constitui *reformatio in pejus* a redistribuição dos ônus sucumbenciais resultante do acolhimento de pedido expresso das partes ou da alteração da verba indenizatória pleiteada na demanda. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 541.568/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe de 30.09.2015).

Quanto ao valor arbitrado pela i. Magistrada *a quo*, verifica-se que andou bem a Sentenciante, pois o valor

de 2/3 da remuneração do falecido é adequado para o caso em comento.

Observa-se que foi descontado 1/3 da remuneração, ante a presunção de gastos do genitor dos menores com suas despesas pessoais.

Ademais, diferentemente do sustentado pelo segundo apelante, denota-se que não restou comprovada a dependência financeira da filha maior e da esposa do de cujus, tanto que não fora arbitrada pensão em favor delas.

Assim, de forma diversa do pretendido pelo requerido, não há como reduzir o montante fixado, que equivale a pouco mais de um salário mínimo.

Ademais, a fixação da pensão até os filhos menores completarem 25 (vinte e cinco) anos leva em consideração a presunção de dependência dos filhos até a conclusão do ensino superior, devendo ser mantido esse limite etário, conforme vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Dos honorários advocatícios.

Sobre os honorários advocatícios, dispõe o art. 20, § 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Na hipótese em análise, verifica-se que o montante fixado pela i. Julgadora, R\$ 3.000,00 (três mil reais), mostra-se razoável, se observados os critérios estabelecidos na norma mencionada.

Logo, não merece prosperar o apelo quanto a esse tópico.

Do reexame necessário.

Em reexame necessário, denota-se que a d. Magistrada a quo determinou que a incidência de juros e correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública devem observar o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, sendo de rigor a observância, para fins de incidência, a data do evento danoso.

Em relação aos consectários, a sentença merece pequena reforma.

No que se refere aos danos materiais, a correção monetária e os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso (S. 43 e 54 do STJ).

Quanto aos danos morais, os juros de mora incidem desde a data do evento danoso (S. 54 STJ), e a correção monetária, desde a data do arbitramento, ou seja, da sentença (S. 362 do STJ).

Para fins de atualização, devem ser observados exatamente os ditames da Lei 11.960/2009, ou seja, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica (TR) e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ressalte-se que a correção monetária e os juros de mora possuem natureza de ordem pública, podendo ser analisados até de ofício, não configurando, portanto, *reformatio in pejus*, conforme já decidiu o c. STJ:

Tributário e processual civil. Correção monetária. Mecanismo de recomposição. Consectário legal. Matéria de ordem pública não sujeita à reclusão ou pedido expresso. Análise de ofício pelo magistrado. Ausência de *reformatio in pejus*. - 1 - É sabido que a 'correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita' (AgRg nos EREsp 1.149.594/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, j. em 06.10.2010, DJe de 08.11.2010). 2 - Na hipótese, o entendimento firmado pela Corte de origem encontra respaldo na jurisprudência do STJ, segundo a qual a correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício pelo magistrado. Logo, não há falar em *reformatio in pejus* praticado pela Corte de origem, ao aplicar a previsão de correção monetária contida no art. 7º, §§ 2º e 3º, da Lei 4.357/64 à hipótese de extinção da ação decorrente do cancelamento de débitos fiscais por força de lei superveniente, ainda que não haja recurso da parte contrária. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1397973/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 13.10.2015, DJe de 20.10.2015).

Agravo regimental. Recurso especial. Ação indenizatória. Dano moral. Juros moratórios e correção monetária. Alteração dos termos iniciais de ofício. Possibilidade. Matéria de ordem pública. - 1 - Os juros de mora e a correção monetária constituem matéria de ordem pública, razão pela qual a alteração dos respectivos termos iniciais de ofício não configura *reformatio in pejus*. 2 - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1394554/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 15.09.2015, DJe de 21.09.2015).

Pelo exposto, nego provimento aos recursos voluntários e, no reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, conforme fundamentação acima.

Custas recursais, pelos primeiro e segundo apelantes, suspensa a exigibilidade em relação ao primeiro, em face da assistência judiciária, e isento o segundo, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e PAULO BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA

...

Dano moral - Responsabilidade objetiva - Teoria do risco administrativo

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Danos morais. Vítima atingida por disparos efetuados pela Polícia Militar em operação policial. Imprudência. Imperícia. Dever de indenizar. Configuração. Juros e correção monetária. Honorários advocatícios.

- De acordo com o art. 37, § 6º, da CF, 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.

- Uma vez configurada a prática do ato ilícito pelo Estado, os danos por ele causados devem ser reparados.

- Na fixação do valor de indenização por danos morais, deve-se, por um lado, buscar a fixação de um valor que não importe em enriquecimento sem causa ao lesado, mas que também não se revele insignificante, de modo a potencializar o aspecto pedagógico da indenização.

- A correção monetária deverá dar-se, desde a data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ, pelo IPCA, por ser o melhor índice que reflete a inflação acumulada no período, e juros de mora, a partir da data do evento danoso, de acordo com o art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, até a expedição do precatório ou do RPV, observada a modulação das ADIs 4.357 e 4.425.

- Os honorários advocatícios devem ser fixados considerando o grau de zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.14.001032-5/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Antônio Carlos de Camargos - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JAIR VARÃO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - *Jair Varão* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de apelação cível interposta contra a r. sentença de f. 620/622-v., proferida pelo digno Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio/MG, que, nos autos de ação de indenização por danos morais proposta por Antônio Carlos de Camargos em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, ficando suspensa sua exigibilidade, haja vista a concessão da justiça gratuita.

Recorre a parte autora, às f. 626/631, sustentando, em síntese, que as provas dos autos demonstram que os policiais militares, em uma operação de combate a quadrilha especializada em arrombamento de caixas eletrônicos, chegaram ao local do assalto, onde o apelante havia sido rendido pelos assaltantes, atirando sem se preocupar com os civis que ali estavam rendidos e deitados. Aduz que ao menos três disparos atingiram os civis, que sequer serviam de escudo aos bandidos, o que evidencia total inabilidade da polícia no caso. Afirma que o laudo pericial concluiu que somente da posição onde estavam os policiais militares poderiam ter vindo os tiros que atingiram o apelante, além de ter restado comprovado que não houve qualquer disparo dos criminosos em direção às vítimas. Alega que foram tantos disparos em direção aos "reféns" que se tornou impossível aferir com precisão o policial que seria autor dos disparos, numa clara demonstração de omissão, imperícia e descaso da PMMG para com a população que deveria proteger. Sustenta a responsabilidade objetiva do Estado na reparação dos danos que seus agentes causarem a terceiros. Argumenta que a imprudência da Polícia Militar não fica apenas no fato de atirar contra os reféns, mas também no fato de terem montado uma operação de tocaia e não avisar ou mesmo determinar aos comerciantes próximos ao banco para que fechassem suas portas a partir de um determinado horário. Afirma que a documentação apresentada pela defesa apenas confirma os fatos expostos na exordial, sendo que, na decisão de f. 586/588, a PMMG admite a culpa, porém se eximiu de encontrar os culpados, tendo sido a investigação concluída como "delito de autoria indefinida". Nesses termos, pugna pela reforma da r. sentença.

Contrarrazões, às f. 633-v./634-v., em óbvias infirmações.

I - Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

II - Juízo de mérito.

Cinge-se a presente controvérsia a verificar se o Estado possui o dever de indenizar o ora apelante pelos danos morais decorrentes do fato de este ter sido atingido por disparos efetuados pela Polícia Militar em uma operação de combate a uma quadrilha de arrombamento de caixa eletrônico.

Inicialmente, cumpre analisar a conduta dos agentes, para que, nos termos do art. 186 do CC, seja configurado o ato ilícito e, conseqüentemente, o dever de reparar os danos por ele causados.

Sobre o tema, estabelece o art. 37, § 6º, da CF que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Trata-se, com efeito, da aplicação da teoria do risco administrativo que impõe a responsabilidade objetiva aos atos comissivos perpetrados pela Administração Pública direta e também indireta se prestadora de serviços públicos, bem ainda pelos particulares igualmente prestadores de serviço público.

Notadamente, a responsabilidade civil objetiva do Estado configura-se com os seguintes requisitos: a) dano; b) ação administrativa e; c) o nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa.

Sobre o tema vale o escólio jurisprudencial do Pretório Excelso, *verbis*:

A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18.02.1992, Segunda Turma, DJ de 03.03.1992).

No mesmo sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do Poder Público é objetiva, adotando-se a teoria do risco administrativo, fundada na ideia de solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos, exigindo-se a presença dos seguintes requisitos: dano, conduta administrativa e nexo causal (REsp 866.450/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 24.04.2007, DJe de 07.03.2008).

Sem embargo ao exposto, certo é que a obrigação do Estado afasta-se com a comprovação das excludentes de responsabilidade, vale dizer, culpa exclusiva da vítima, força maior e fato exclusivo de terceiros.

Nessa perspectiva, o culto Desembargador Bitencourt Marcondes:

A responsabilidade do Estado é objetiva, com base na teoria do risco administrativo, cabendo à Administração demonstrar a ocorrência das causas excludentes de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou força maior (Apelação Cível 1.0384.09.072358-4/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, j. em 12.05.2011, p. em 06.07.2011).

Noutro giro, imperioso salientar que a responsabilidade objetiva inverte o ônus da prova, o que, por via de consequência, incumbe ao Estado o dever de provar as causas excludentes de sua responsabilidade. Veja-se:

Assim, em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, ao Estado compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima, o que ocorreu, no caso. - Recurso desprovido (Apelação Cível 1.0518.04.057372-8/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 25.11.2008, p. em 09.01.2009).

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva e baseia-se no risco administrativo. 2. A responsabilidade civil, segundo a teoria objetiva, exige a presença do *eventus damni*, do dano efetivo e do nexo causal entre um e outro. 3. Cumpre ao Estado provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima para afastar a sua responsabilidade pela reparação do dano. 4. Inexistindo prova de qualquer uma das excludentes, deve o Estado reparar o dano causado ao particular em sinistro automobilístico decorrente de buracos existentes na rodovia (Apelação Cível 1.0024.05.749772-9/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 06.03.2007, p. em 23.03.2007).

No caso em análise, pelas provas carreadas aos autos, vejo que o Estado não logrou êxito em comprovar a ausência do nexo de causalidade entre a ação dos policiais e o dano sofrido pelo ora apelante, tal como entendeu o Magistrado *a quo*, tampouco demonstrou a existência de algum excludente de responsabilidade que pudesse afastar seu dever de indenização.

Pelo que se infere das informações que constam no Inquérito Policial Militar de f. 167/588, especificamente nos depoimentos de f. 236/237 e 255/272, nota-se que os policiais militares, que haviam sido informados de um possível furto à caixa eletrônico na cidade de Guimarães, mantiveram-se ocultos no pátio de veículos da prefeitura do referido município para observar a agência bancária e aguardar a ação dos criminosos. Por volta das 3 horas, os bandidos chegaram ao local altamente armados e logo renderam os dois indivíduos que estavam no bar ao lado do banco, o apelante e seu amigo, ordenando que

estes se deitassem no chão. Minutos depois, os policiais chegaram ao local para abordar os assaltantes, que, ao perceberem a presença dos militares, iniciaram uma troca de tiros que acabou atingindo os homens rendidos pelos bandidos, ocasionando a morte de um deles e ferimentos no ora apelante.

Percebe-se, portanto, que o dano sofrido pelo recorrente, qual seja ter sido atingido pelos disparos efetuados pelos policiais na operação contra a quadrilha especializada em arrombamento de caixas eletrônicos, decorreu diretamente da ação dos policiais militares que não planejaram adequadamente a operação policial.

Isso porque, tendo em vista que os policiais estavam observando o local do crime para abordar os criminosos no momento em que estivessem agindo, certo é que tiveram conhecimento da presença dos civis no local, que foram rendidos pelos bandidos; e, diante de tal situação, deveriam ter analisado a melhor forma de agir sem colocar em risco a vida dos indivíduos inocentes que ali estavam. Vale dizer que os policiais tinham ciência de que os bandidos estavam fortemente armados e, portanto, poderiam presumir uma possível troca de tiros e o alto risco de atingir os homens rendidos. Assim, deveriam os policiais ter planejado o momento mais oportuno de abordar os criminosos ou, até mesmo, ter deixado de agir na presença dos civis, restando demonstradas a imprudência e a imperícia dos agentes.

Desse modo, em que pese os policiais terem efetuado os disparos em legítima defesa, haja vista que foram os criminosos que começaram a atirar contra os militares, tendo lançado inclusive um explosivo nas viaturas, deveriam os agentes policiais ter evitado a situação ou agido de forma mais prudente para evitar os danos causados aos indivíduos rendidos pelos criminosos.

Não há falar, ainda, como se retira de alguns depoimentos, que os disparos que atingiram as vítimas foram efetuados pelos bandidos, porquanto o laudo pericial comprovou que tais tiros somente poderiam ter vindo da posição em que se encontravam os policiais.

Desse modo, resta configurada a responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, o dever de indenizar a vítima.

No que tange ao dano moral, não há dúvidas de sua existência no caso em análise. Os fatos são claros e não se pode desconsiderar a esfera extrapatrimonial da vítima.

Os critérios a serem utilizados para fins de arbitramento são cediços. Não é, entretanto, tarefa fácil fixar um valor que, por um lado, amenize o abalo sofrido, sem causar enriquecimento despropositado, e, por outro, tenha caráter pedagógico, sem fugir aos parâmetros da proporcionalidade.

No caso, tem-se que o dano moral é oriundo do fato de ter sido o apelante atingido por disparos efetuados por policiais militares em uma troca de tiros em que o recorrente e seu amigo estavam rendidos pelos

criminosos, tendo, inclusive, presenciado a morte de seu colega, não se duvidando de que se trata de um grande abalo psicológico.

Por isso, entendo que o importe de R\$20.000,00 (vinte mil reais) atende à finalidade do instituto.

Quanto aos encargos acessórios, em melhor análise do tema, retomando o posicionamento outrora por mim assumido, tenho que deve prevalecer o entendimento esposado no precedente do STJ, que melhor ilustra a matéria:

Agravo regimental. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Execução em mandado de segurança. Condenações da Fazenda Pública. Índice de correção monetária. Controvérsia não abordada pelo STF nas ADIs nº 4.357 e 4.425. Pendência de julgamento de repercussão geral e de recurso especial Repetitivo específico. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. Diante da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 9.494/1997 pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs nº 4.357/DF e 4.425/DF), a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.270.439/PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, assentou o entendimento de que, nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária, a correção monetária deveria ser calculada com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). 3. O Supremo Tribunal Federal, em 25.03.2015, concluindo o julgamento da modulação dos efeitos das referidas ações, esclareceu que a Taxa Referencial (TR) deverá ser utilizada até essa data, devendo, após, ser os precatórios corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). 4. Mesmo tendo a Suprema Corte modulado os efeitos das decisões proferidas nas ADIs nº 4.357/DF e 4.425/DF, não saneou definitivamente a questão referente a incidência de juros moratórios e correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública (mas somente quanto à atualização monetária dos precatórios/RPV), principalmente naquelas de natureza não tributárias. 5. O Supremo teria corroborado a compreensão de não ter apreciado a controvérsia sob o viés das condenações impostas à Fazenda Pública, não tributárias, ao determinar a aplicação da sistemática vigente antes do julgamento das citadas ações diretas de inconstitucionalidade até sobrevir a modulação de efeitos, sendo que, agora, após proferida a decisão, admitiu recurso extraordinário com repercussão geral, RE nº 870.947/SE, cuja análise foi iniciada em 27.03.2015. 6. No Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia específica quanto à atualização das condenações impostas à Fazenda Pública, não tributárias, também foi objeto de recurso especial repetitivo, ainda pendente de julgamento, qual seja o REsp n. 1.492.221/PR. 7. Ainda que os recursos destacados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não tenham sido julgados, a controvérsia vem sendo decidida no âmbito desta Corte nos termos em que postos no provimento ora atacado. 8. Considerando-se que os tribunais extraordinários podem julgar de forma diferente do entendimento que vem sendo adotado, uma análise definitiva neste momento processual se mostra temerária. 9. Para evitar uma insegurança jurídica ou até mesmo um tumulto processual, devem as execuções seguir seu *iter* processual como já vem sendo feito, devendo, contudo, na expedição do precatório, ser bloqueados os valores referentes à correção monetária do período posterior a 25.03.2015, precisamente a diferença entre o valor decorrente da atualização feita com a TR e o valor em que utilizado

o IPCA-E como índice, até que o Supremo encerre o julgamento do RE nº 870.947/SE, permitindo, assim, a devolução dos valores ao Erário, caso seja alterado o entendimento hoje adotado. 10. Agravo regimental improvido (AgRg na PET na ExeMS 8.532/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. em 28.10.2015, DJe de 11.11.2015).

Desta feita, passo a adotar o entendimento de que sobre as parcelas incidirão correção monetária, desde a data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ, pelo IPCA, por ser o melhor índice que reflete a inflação acumulada no período, e juros de mora, a partir da data do evento danoso, de acordo com o art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, até a expedição do precatório ou do RPV, observada a modulação das ADIs 4.357 e 4.425.

Quanto aos honorários de sucumbência, é sabido que estes devem ser fixados considerando o grau de zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Assim, tendo em vista a reforma da sentença de primeiro grau, com a consequente precedência do pedido inicial, e nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, vigentes quando a sentença foi prolatada, inverte os ônus sucumbenciais, mantendo o valor arbitrado na primeira instância, R\$1.500,00, por entender que está condizente com a complexidade da causa e com o trabalho demandado.

No que tange aos honorários advocatícios recursais, revela-se inaplicável, neste momento, a regra contida no § 11 do art. 85 do CPC/15. Isso porque os honorários configuram direito material; e, como os recursos foram manejados na vigência do CPC/73, tem-se aplicável as disposições vigentes àquela época.

Nesse sentido, lição de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] o § 11 do art. 85 do CPC somente deve ser aplicado aos casos em que for possível recorrer ou já houver recorribilidade a partir do início de sua vigência, não se aplicando aos recursos já interpostos ou pendentes de julgamento. Trata-se de regra de decisão, e não de regra processual. Como regra de decisão, somente pode aplicar-se a fatos posteriores ao início de sua vigência. E a base da verba honorária é a causalidade, que decorre da interposição do recurso.

Os honorários de sucumbência recursal consistem num efeito da interposição do recurso. O ato de recorrer contém a causalidade que acarreta a majoração dos honorários quando o recurso for inadmitido ou rejeitado. Aplicar a lei nova constitui, na espécie, uma retroatividade, proibida pelo texto constitucional. Logo, não se aplica o disposto no § 11 do art. 85 do CPC aos recursos pendentes de julgamento ou interpostos sob a vigência do CPC-1973. O marco temporal para a aplicação da lei é a interposição do recurso, e não seu julgamento.

III - Da apelação pela parte ré.

Realizado o reexame necessário, julgo prejudicado o recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais, dada

a ampla devolutividade desse sucedâneo recursal, que engloba as razões recursais ventiladas no apelo.

IV - Dispositivo.

Com tais considerações dou provimento ao recurso para reconhecer a responsabilidade do Estado de Minas Gerais pelos danos sofridos pelo apelante, condenando o recorrido ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$20.000,00, valor sobre o qual incidirá correção monetária, desde a data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ, pelo IPCA, por ser o melhor índice que reflete a inflação acumulada no período, e juros de mora, a partir da data do evento danoso, de acordo com o art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, até a expedição do precatório ou do RPV, observada a modulação das ADIs 4.357 e 4.425. Ante a inversão dos ônus sucumbenciais, condeno o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios, mantendo o valor arbitrado em primeira instância, qual seja R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Sem condenação nas custas processuais, haja vista a isenção legal do Estado.

Votaram de acordo como o Relator JUIZ DE DIREITO CONVOCADO AMAURI PINTO FERREIRA e a DESEMBARGADORA ALBERGARIA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Licitação - Valor estimado da contratação - Pesquisa de mercado - Referência - Pequenas oscilações entre o valor referenciado e o contratado - Possibilidade - Ausência de lesão ao erário - Ação civil pública - Autor - Condenação em honorários - Não cabimento - Ressalvada hipótese de má-fé

Ementa: Administrativo. Ação civil pública. Licitação. Valor estimado da contratação. Pesquisa de mercado. Referência. Ausência de lesão ao erário. Condenação do autor em honorários advocatícios. Não cabimento, salvo na hipótese de má-fé. Recurso parcialmente provido.

- A fim de apurar os recursos que serão despendidos na aquisição dos produtos e/ou serviços em virtude da abertura de processo licitatório, deve a Administração fazer uma pesquisa de mercado a fim de verificar os preços praticados.

- Não há dúvida de que o montante estimado pelo Município é de referência, por isso pequenas oscilações entre esse valor e aquele efetivamente contratado é permitido.

- Demonstrado de forma inequívoca que não houve preço excessivo em relação ao preço de referência estimado na fase interna do processo licitatório, não há falar em lesão ao erário e, portanto, improcede a pretensão ressarcitória.

- A condenação do autor da ação civil pública em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, fica condicionada à comprovação da sua má-fé, hipótese inócurrenente no caso concreto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0476.14.001044-0/003 - Comarca de Passa-Quatro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Acacio Mendes de Andrade, Tamiko Kato de Moura - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Acácio Mendes de Andrade e Santos e Tamiko Kato de Moura, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$2.000,00 (f. 82/84).

O apelante sustenta que a aquisição de bens ou a contratação de serviços pela Administração Pública por valores superiores aos estimados configura ato ilícito. Afirma que a aceitação de proposta desvantajosa ofende os propósitos do instituto da licitação e causa dano ao erário. Salienta que os agentes que, dolosa ou culposamente, possibilitaram a lesão são responsáveis pelo ressarcimento. Assevera que, na sistemática da ação civil pública, a condenação deriva do manejo indevido da ação por má-fé, hipótese inócurrenente no caso, e por isso se revela descabida a condenação em honorários advocatícios. Requer a reforma da sentença (f. 85/91).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos sobre ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Acácio Mendes de Andrade, ex-Prefeito do Município de Passa-Quatro, e Tamiko Kato de Moura, ex-servidora pública ocupante do cargo de Pregoeira, objetivando a condenação deles no ressarcimento da quantia de R\$5.160,67, decorrente da conduta indevida praticada na Licitação nº 44/10, sob a modalidade Pregão, que resultou na locação de bens e contratação de serviços por valores superiores àqueles inicialmente estimados no processo licitatório.

A Lei nº 8.666/93, ao regulamentar o disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República, instituiu a obrigatoriedade de licitação toda vez que qualquer das esferas de Poder da República e demais entidades controladas direta ou indiretamente necessitasse de formalizar contratos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações.

A licitação caracteriza-se como um conjunto de atos administrativos praticados de forma ordenada e sucessiva que objetivam estabelecer a igualdade entre os participantes (princípio constitucional da isonomia), bem como a obtenção da proposta mais vantajosa em razão de um negócio jurídico pretendido pela Administração.

A norma de regência estabelece que as modalidades de licitação de Concorrência, Tomada de Preços e Convite serão determinadas em função dos seguintes limites: acima de R\$1.500.000,00; acima de R\$150.000,00 até R\$1.500.000,00; até R\$150.000,00 respectivamente, "tendo em vista o valor estimado da contratação" (art. 23, inciso I, c/c art. 22, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666/93).

Sendo assim, o valor estimado da contratação será o principal fator para escolha da modalidade de licitação a ser realizada.

Para saber a quantidade de recursos que serão despendidos na aquisição de produtos e/ou serviços em virtude da abertura de processo licitatório, deve a Administração fazer uma pesquisa de mercado a fim de verificar os preços praticados, podendo, ainda, estabelecer o preço máximo, como parâmetro limitador da proposta de preços, "vedados a fixação de preços mínimos [...]" (inciso X do art. 40, da Lei nº 8.666/93).

Não há dúvida de que os valores estimados pelo Município de Passa-Quatro no Edital nº 44/2010 são de referência, por isso pequenas oscilações entre esse valor e o montante efetivamente contratado são permitidas.

O valor estimado pela Administração Pública foi de R\$ 70.478,29 (f. 07/11), e o total contratado foi de R\$ 71.616,00 (f. 27/34 e f. 47/50), o que revela uma diferença de R\$ 1.137,71, equivalente a 1,614% (um vírgula seiscentos e quatorze por cento).

Diante desse quadro, constato que não houve preço excessivo ao preço de referência estimado na fase interna do processo licitatório e, via de consequência, em lesão ao erário municipal, por isso a confirmação da sentença de improcedência do pedido é imperativa.

Por fim, é incabível a condenação em honorários de advogado diante da improcedência do pedido contido em ação civil pública proposta pelo Ministério Público, salvo comprovada má-fé, nos termos do artigo 18, da Lei nº 7.347/85, hipótese inócurrenente no caso concreto, já que em momento algum do julgado de primeiro grau o MM. Juiz da causa consignou a prática de conduta, por parte do autor, tida por desleal.

Com efeito, a LACP, dada a natureza especial da matéria que regula, derroga a norma geral da legislação processual civil, sendo esta aplicável apenas

subsidiariamente e “naquilo que não contraria suas disposições” (art. 19).

O Ministério Público Estadual encontra-se, portanto, amparado pela norma especial legal em virtude de sua atuação ter por finalidade a proteção do patrimônio público, conforme já concluiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 não configurada. Ação civil pública. Honorários advocatícios. Ministério público autor e vencedor. Descabimento. 1 - [...]. 2 - Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85. 3 - Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. 4 - Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes. 5 - Recurso especial não provido (REsp. nº 1.302.105/SC, Rel.ª Min. Eliana Calmon, DJe de 14.08.2013).

Na ação civil pública, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do Ministério Público autor, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Isso porque a Lei da Ação Civil Pública (LACP), dada a natureza especial da matéria que regula, afasta a aplicação da norma geral da Legislação Processual Civil.

Dou provimento parcial ao recurso apenas para decotar a condenação do apelante nos encargos da sucumbência, sobretudo no tocante aos honorários advocatícios fixados no juízo de origem.

Custas recursais, 50% para cada parte, observadas as disposições do art. 18, da Lei nº 7.347/85 e da Lei Estadual nº 14.939/2003, respectivamente.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS SANDRA FONSECA e YEDA ATHIAS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

**Responsabilidade civil extracontratual -
Indenização por danos materiais - Lucros
cessantes - Acidente de trânsito - Culpa - Nexo
de causalidade - Dano material emergente -
Orçamento - Autenticidade - Ônus da prova**

Ementa: Apelação cível. Acidente de trânsito. Avarias no veículo. Danos emergentes. Orçamentos de oficinas especializadas. Provas hábeis para comprovação dos prejuí-

ízos. Indenização pelo menor valor. Comprovação de pagamento. Desnecessidade. Lucros cessantes. Comprovação. Apuração em liquidação de sentença.

- Fundando-se a ação de indenização na teoria da responsabilidade civil extracontratual, é indispensável a demonstração da culpa do requerido, para a caracterização do ato ilícito. Aquela, em sentido restrito, configura-se como sendo a negligência, imprudência ou imperícia em relação ao sinistro.

- Na hipótese *sub judice*, restou incontroverso que o acidente ocorreu por culpa do réu. E do ato ilícito por ele perpetrado advieram danos ao autor, motivo pelo qual, diante do nexo de causalidade, encontra-se presente a obrigação de indenizar.

- Em relação aos danos emergentes, como não foi produzida prova alguma, por parte do réu, de que os orçamentos acostados à peça de ingresso não corresponderiam às avarias sofridas pelo caminhão do autor, ou que foram forjados, consoante por aquele alegado, impõe-se a manutenção da sentença vergastada que fixou a indenização por danos materiais com base no orçamento de menor valor.

- Em relação aos lucros cessantes, o autor cuidou de instruir a petição inicial com os documentos que comprovam que o caminhão de sua propriedade era utilizado para a realização de transporte de mercadorias.

- A toda evidência, portanto, o acidente narrado na inicial, implicou perda de ganho esperado pelo autor, que ficou impossibilitado de realizar fretes, explorando economicamente o veículo de sua propriedade, durante o conserto.

- O valor da condenação referente ao pagamento de lucros cessantes, em casos como o dos autos, deve refletir, com o maior grau de exatidão possível, a quantia que a parte efetivamente deixou de receber no período, em razão da conduta ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito e ofensa ao princípio *restitutio in integrum*.

- Ao contrário dos danos emergentes, a fixação da indenização por lucros cessantes apresenta maior complexidade, já que traduz uma estimativa do que a vítima deixou de lucrar em determinado período. Cabe ao julgador, assim, em cada caso, estabelecer os critérios e condições que possibilitem a quantificação mais justa quanto possível da condenação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0126.12.001076-7/001 -
Comarca de Capinópolis - Apelante: Márcio Santos
Pimenta - Apelado: Whygson Ferreira de Freitas -
Interessada: Leila Cristina de Oliveira - 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, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação de indenização por danos materiais decorrentes de acidente de veículo, ajuizada por Whygson Ferreira de Freitas em desfavor de Márcio Santos Pimenta e Leila Cristina de Oliveira.

O autor informou que é proprietário do caminhão MB/M. Benz LS-1934, ano/modelo 1989, placa JJZ-8962, bem como do semi-reboque Car/S. Reboque/ Reb. Krone, ano/modelo 1995, placa GPF-9096.

No dia 21.04.2012, por volta das 17h15min, na rodovia BR-365, Km 758, zona rural de Ituiutaba/MG, o primeiro réu tentou cometer suicídio e assassinar sua esposa, ora segunda ré, ao invadir a contramão direcional e acelerar seu veículo, de forma intencional, em direção ao caminhão de sua propriedade, conduzido por seu motorista, Paulo Ferreira de Freitas, que trafegava em sentido contrário.

Narrou que, em virtude do acidente, o veículo teve diversas avarias, necessitando ser rebocado do local do acidente por um guincho. Os consertos foram realizados pela oficina que apresentou o menor orçamento, devendo o réu lhe reembolsar os valores despendidos. Informou que sua principal fonte de renda é a realização de fretes com o caminhão.

Discorreu sobre os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil e, ao final, pediu a condenação dos réus ao pagamento de danos materiais e lucros cessantes.

Juntou os documentos de f. 20/92.

Adoto o relatório da sentença de f. 169/178, acrescentando que o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o primeiro réu a pagar ao autor:

a) a importância de R\$26.160,00 (vinte e seis mil, cento e sessenta reais), a título de danos materiais emergentes, acrescidos de juros de mora de 1% a.m. e correção monetária pelos índices da CGJ do TJMG, a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ;

b) a importância de R\$12.883,52 (doze mil, oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta e dois centavos), a título de lucros cessantes, acrescidos de juros de mora de 1% a.m. e correção monetária pelos índices da CGJ do TJMG, a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ;

Condenou autor e réu ao pagamento, *pro rata*, das custas processuais. Arbitrou honorários advocatícios em

favor do advogado do autor em 15% sobre o valor atualizado da condenação e, em favor do advogado do réu, fixou a verba advocatícia em R\$1.000,00, deferindo-lhes, outrossim, os benefícios da justiça gratuita.

Irresignado, o primeiro réu interpôs recurso de apelação (f. 181/189), alegando que as provas documentais apresentadas pelo autor foram forjadas. Assevera que os orçamentos foram todos feitos na mesma sequência de peças, apresentando variação ínfima entre elas, além de não terem sido confeccionados em papel timbrado, mas meramente digitados, sem numeração e CNPJ das oficinas. Ressalta que não foi apresentada a nota fiscal de prestação dos serviços, nem recibo de pagamento, devendo ser reduzido o valor dos danos materiais para R\$8.000,00.

Em relação aos lucros cessantes, argumenta que o valor apresentado pelo autor vem a ser o lucro bruto, devendo ser abatidos os valores relativos aos custos, como diesel, desgaste dos pneus, salário do motorista etc.

Por fim, argumenta que o prazo máximo para conserto do veículo seria de quinze dias, jamais dois meses.

Ao final, pediu a reforma da sentença, com a redução dos valores arbitrados na sentença.

Contrarrazões apresentadas às f. 192/198, em que o autor se pauta pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A análise da controvérsia recursal deve ser realizada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 - diploma em vigor à data da sentença (publicada no *DJe* do dia 10.09.2014, f. 180) -, como se extrai dos termos do art. 14 da Lei nº 13.105/2015, instituidora do novo Processo Civil brasileiro, em vigor desde 17.03.2016.

Eis o teor do aludido regramento legal: "Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Nesse sentido, confirmam-se as lições doutrinárias a respeito do tema:

As normas processuais novas aplicam-se aos processos pendentes (arts. 14 e 1.046, CPC).

O art. 14 é mais completo, pois ressalva que a aplicação imediata da norma processual deve respeitar 'os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada'.

O dispositivo é muito bem escrito. Ele esclarece que não há nada de especial na aplicação de uma norma processual. A peculiaridade (se de fato existe alguma) é que o processo é uma realidade fática e jurídica bem complexa. O processo é um complexo de fatos jurídicos e de situações jurídicas, conforme demonstramos no item anterior.

O processo é uma espécie de ato jurídico. Trata-se de um ato jurídico complexo. Enquadra-se o processo na categoria 'ato-complexo de formação sucessiva': os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem um objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem ‘os atos processuais praticados’.

Dois exemplos: a) recurso de agravo de instrumento interposto antes da vigência do novo CPC, em hipótese para a qual hoje não é cabível esse recurso, permanecerá pendente e deverá ser julgado - a regra nova não pode atingir um ato jurídico perfeitamente praticado nos termos da legislação anterior; b) arrematação perfeita ao tempo do código revogado, não pode agora ser desfeita por conta da aplicação da regra nova, como a que decorre do art. 891, parágrafo único. Mas o processo também pode ser encarado como um efeito jurídico.

Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares de justiça, etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público, etc. Repita-se o que se disse acima: o termo ‘processo’ serve, então, tanto para designar o ato processo com a relação jurídica que dele emerge.

Há direitos processuais: direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais - direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem ‘as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada’.

Dois exemplos.

a) Publicada a decisão, surge para o vencido o direito ao recurso. Se a decisão houver sido publicada ao tempo do Código revogado e contra ela coubessem, por exemplo, embargos infringentes (recurso que deixou de existir), a situação jurídica ativa ‘direito aos embargos infringentes’ se teria consolidado; essa situação jurídica tem de ser protegida. Assim, mesmo que o novo CPC comece a vigor durante a fluência do prazo para a parte interpor embargos infringentes, não há possibilidade de a parte perder o direito a esse recurso, pois se trata de uma situação jurídica processual consolidada.

b) No CPC revogado, o Poder Público possuía prazo em quádruplo para contestar; no CPC atual, o prazo é dobrado. Com a citação, surge a situação jurídica ‘direito à apresentação de defesa’. Assim, mesmo que o CPC comece a vigor durante a fluência do prazo apresentação da contestação, que se iniciou na vigência do código passado, será garantido ao Poder Público o prazo quádruplo.

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e o direito adquirido (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 56-57).

[...]. A legislação processual civil superveniente impacta de maneira imediata os processos pendentes, desde que respeitados eventuais direitos adquiridos processuais e os atos processuais perfeitos. Há efeito retroativo quando a lei nova é aplicada a situações jurídicas já consolidadas. O efeito

retroativo é vedado pelo direito constitucional brasileiro (art. 5º, XXXVI, CF e 14, CPC). Há efeito imediato quando a legislação é aplicada a partir do momento em que entra em vigor, regendo as situações jurídicas posteriores. [...]. O processo, considerado globalmente, é uma situação pendente até que advenha o trânsito em julgado. É uma atividade, por definição, projetada no tempo. O processo é um procedimento em contraditório, um procedimento adequado à consecução dos fins do Estado Constitucional, formado por vários atos processuais. Alguns desses atos já foram realizados - consideram-se já praticados e imunes à eficácia da lei nova, sob pena de retroatividade e ofensa ao ato processual perfeito. Outros atos já foram praticados e há relativa independência com os demais atos que devem se seguir na cadeia procedimental. Nesse caso, a lei processual nova vincula a partir desse momento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

Mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados. Se, por exemplo, a lei nova não mais considera título executivo um determinado documento particular, mas se a execução já havia sido proposta ao tempo da lei anterior, a execução forçada terá prosseguimento normal sob o império ainda da norma revogada. Em suma: as leis processuais são de efeito imediato perante os feitos pendentes, mas não são retroativas, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos

Tempus regit actum.

Deve-se, pois, distinguir, para aplicação da lei processual nova, quanto aos processos:

- a) exauridos: nenhuma influência sofrem;
- b) pendentes: são atingidos, mas respeita-se o efeito dos atos já praticados;
- c) futuros: seguem totalmente a lei nova (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 38-39).

O Enunciado 54 este Tribunal de Justiça corrobora o que foi acima exposto, *in verbis*: “Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos”.

Dito isso, conheço do recurso, pois presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, ressaltando que o apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita, dispensando-se, assim, o recolhimento do preparo recursal.

Em se tratando de ação de reparação de danos, é importante registrar que os pressupostos da obrigação de indenizar, que são, no dizer de Antônio Lindembergh C. Montenegro:

- a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um

vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (*Ressarcimento de dano*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992, nº 2, p. 13).

Fundando-se o caso dos autos na teoria da responsabilidade civil extracontratual, é indispensável a demonstração da culpa dos requeridos, para a caracterização do ato ilícito. Aquela, em sentido restrito, configura-se como sendo a negligência, imprudência ou imperícia em relação ao sinistro.

Na hipótese *sub judice*, restou incontroverso que o acidente ocorreu por culpa do réu. E do ato ilícito por ele perpetrado advieram danos ao autor, motivo pelo qual, diante do nexo de causalidade, encontra-se presente a obrigação de indenizar.

Releva notar que, uma vez que o réu não discute, no recurso de apelação, a sua culpa pela ocorrência do acidente, resta imutável a conclusão da decisão monocrática, incumbindo a esta Corte, tão somente, aferir a parcela devida ao autor a título de danos materiais (emergentes e lucros cessantes), conforme postula o requerido.

Relativamente aos danos materiais emergentes, o apelante alega que os orçamentos foram forjados. Assevera que o orçamento de f. 60, datado de 29.05.2012, foi feito somente um mês após o documento de f. 61, no qual consta que o veículo deu entrada na oficina, para conserto, em 26.04.2012, constando como data de saída o dia 13.06.2012.

Também asseverou que os orçamentos apresentam as mesmas peças, na mesma ordem de sequência, sem indicação do CNPJ das oficinas.

Razão não lhe assiste.

Em relação à veracidade dos orçamentos apresentados, mister se faz destacar que todos eles apresentaram logotipo das oficinas, endereço eletrônico, e-mail e telefones de contato. O fato de terem sido apresentadas relações idênticas de peças e mão-de-obra necessárias, no meu entender, não afasta a validade dos documentos, uma vez que, de fato, em se tratando do conserto do mesmo veículo, fica evidente que os serviços e peças indicadas pelas oficinas precisariam guardar similitude.

Cumprasse, também, que o réu não colacionou aos autos provas outras que pudessem enfraquecer a validade dos orçamentos apresentados pelo autor. Ora, como foi o réu quem contestou a autenticidade dos referidos documentos, caberia a ele demonstrar tal alegação, a teor do disposto no art. 389, I, do CPC/73, *in verbis*:

Art. 389: Incumbe o ônus da prova quando:
I: se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir.
[...]

Ademais, extrai-se do boletim de ocorrência (f. 36) que o caminhão do autor, após a colisão com o veículo do réu, sofreu danos generalizados na parte frontal, como

avarias na estrutura da cabine, danos na suspensão, eixos, e no sistema de freios, rodas e pneus dianteiros.

Os orçamentos de f. 54/55, 56/57 e 58/60 discriminam as peças que guardam relação direta com os danos aparentes observados pelo policial militar que lavrou o boletim de ocorrência.

Também a foto colacionada à f. 26 revela que o caminhão teve grandes danos na parte dianteira e eixos.

Outrossim, registre-se que, nas ações de reparação de danos causados em acidente de veículos, consagrou-se o uso costumeiro de comprovar os danos materiais, através da apresentação de orçamentos. Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de reparação de danos causados por acidente de trânsito. Ilegitimidade ativa. Ilegitimidade passiva da seguradora. Culpa do acidente. Ônus da prova. Danos materiais. Lucros cessantes. Responsabilidade da seguradora. - Não comprovada suposta quitação pela seguradora, o proprietário do veículo, que se envolveu em acidente de trânsito, possui legitimidade para interpor ação pleiteando o ressarcimento pelos prejuízos causados. A seguradora é legítima para figurar no polo passivo em litisconsórcio com o suposto causador do sinistro. Compete ao condutor do veículo acautelá-lo a fim de afastar qualquer possibilidade de acidente com suas manobras, prescrição que descumprir. Assim, o acidente só ocorreu em virtude de manobra consistente em desviar de animal na pista, que culminou na interceptação do veículo do autor em sua trajetória retilínea, sendo esta a causa eficiente para o *eventus damni*, existindo dever de indenizar. Até prova em contrário, os orçamentos de oficinas especializadas são documentos hábeis para demonstrar o prejuízo advindo de estragos causados por abalo de veículos. Comprovado que o veículo acidentado era utilizado para o exercício da profissão de transportador, a indenização deve comportar os ganhos que a parte deixou injustamente de auferir. É possível a comprovação dos lucros cessantes em liquidação por artigos, ante os indícios de que o autor utilizava o veículo. A responsabilidade da seguradora deve ser limitada ao previsto na apólice do contrato firmado entre aquela e o segurado (Apelação Cível nº 1.0647.12.009481-6/001, Relator Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 26.06.2014, p. em 04.07.2014).

Vêm a pelo as lições do mestre Humberto Theodoro Júnior:

Segundo remansosa jurisprudência, os orçamentos de oficinas especializadas, quando não desmerecidos por contraprova, são havidos como elementos idôneos para demonstrar a extensão e o valor dos danos em acidentes automobilísticos (*Responsabilidade civil*, EUD, Ac. n. 9, p. 31).

Caberia, ao réu, portanto, a impugnação fundamentada dos documentos apresentados pelo autor, demonstrando que os orçamentos não são idôneos ou não correspondem à verdade, nos termos do disposto no inciso II do art. 333 do CPC/73, sendo certo que fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente - *allegatio et non probatio, quasi non allegatio*.

A respeito da distribuição do ônus da prova, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso (*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2002, v. 3, p. 73).

Como não foi produzida prova alguma, por parte do requerido, de que os orçamentos não correspondiam às avarias sofridas pelo caminhão do autor, ou que foram forçados, consoante por ele alegado, impõe-se a manutenção da sentença vergastada, que fixou a indenização por danos materiais com base no menor valor apresentado, de R\$25.860,00 (f. 54/55).

Em casos análogos, já se manifestou esta Corte:

Civil e processual civil. Apelação. Ação de indenização por danos materiais. Nulidade da decisão que julgou os embargos declaratórios. Inexistência. Não verificação. Acidente de trânsito. Litisdenciada. Discussão da condenação imposta ao réu na lide principal. Impossibilidade. Dano material. Aferição. Orçamento. Validade. Manutenção da sentença. Recurso não provido. [...] - A apresentação de orçamentos condizentes com o dano narrado no boletim de ocorrência é suficiente para a aferição dos danos materiais suportados pela parte autora em acidente de trânsito, mormente quando a parte ré e a denunciada não produziram prova contrária ao valor apresentado. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0188.07.063056-4/001, Relatora Des.ª Márcia De Paoli Albino, 17ª Câmara Cível, j. em 12.01.2012, p. em 27.01.2012).

Apelação cível. Indenização securitária paga. Seguradora. Sub-rogação. Ressarcimento. Súmula 188 do STF. Engavetamento. Orçamento de oficina especializada e nota fiscal. Prova hábil. [...] Malgrado o requerido tenha impugnado o orçamento que instrui a peça inaugural, não produziu qualquer prova de que seria possível o conserto do veículo segurado por valor menor, ou mesmo que as peças e serviços nele indicados não guardariam relação com o acidente, devendo, pois, prevalecer os dados daquele documento. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.08.249657-1/001, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 28.05.2010, p. em 18.06.2010).

Prefacial. Carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam*. Propriedade de veículo. Transferência. Tradição. Ação de indenização por danos materiais e morais. Denúnciação da lide. Honorários sucumbenciais e custas da ação principal. Reembolso. Acidente automobilístico. Bifurcação em 't'. Ausência de sinalização. Preferência do veículo que trafega em linha reta pela via coletora do tráfego. Art. 34, CTB. Danos materiais. Orçamentos em conformidade com avarias descritas no boletim de ocorrência. Comprovação. Danos morais. Violação da integridade física do autor. Configuração. Valor da condenação. Razoabilidade. [...] - Uma vez discriminadas nos orçamentos apresentados com a inicial peças automotivas que, em sua maioria, guardam relação direta com os danos aparentes observados pelo policial militar que lavrou o boletim de ocorrência, por ocasião do sinistro, resta demonstrado o dano material sofrido pelo autor [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0647.06.064914-0/001,

Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 29.05.2008, p. em 17.06.2008).

Impõe-se destacar, por outro lado, que, devido à ausência de expressa disposição legal, no caso dos autos, não se faz necessária, ainda, a prova do pagamento do conserto, devendo a indenização se dar pelo menor valor dos orçamentos apresentados.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes arestos:

Apelação cível. Ação para obtenção de reparação civil. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Danos materiais. Devidos. Necessidade de 3 (três) orçamentos. Demora por culpa do autor. Indenização no orçamento de menor valor. Lucros cessantes. Dúvida. Devidos pela metade. Juros de mora e correção monetária. A partir do ajuizamento da ação. Honorários advocatícios. Valor razoável. Sentença parcialmente reformada. [...] 3 - Não existe regra específica que determine a realização de 3 (três) orçamentos, porém, a realização de mais de um orçamento obedece ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pois garante que o pagamento do dano seja no valor mais justo possível. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.202090-0/001, Relatora Des.ª Mariza Porto, 11ª Câmara Cível, j. em 19.10.2016, p. em 26.10.2016).

Apelação cível. Ação de reparação de danos. Acidente de trânsito. Danos morais e estéticos configurados. Fixação do valor. Razoabilidade. Correção monetária. Termo inicial. Reparos em veículo. Orçamentos de oficinas especializadas. Exorbitância dos valores. Ausência de prova. Lucros cessantes. Afastamento das atividades laborais. Comprovação. [...] - Restando incontestada a existência dos danos materiais e da responsabilidade civil do réu, a ausência de prova firme em contrário, capaz de amparar a alegação de que o orçamento e as notas fiscais apresentados pelo autor indicam reparos desnecessários e gastos em valores exorbitantes, superiores aos de mercado, autoriza a manutenção da condenação do réu ao pagamento dos orçamentos apresentados. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.104765-6/001, Relator Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 29.09.2016, p. em 07.10.2016).

Indenização. Documento juntado aos autos. Ausência de intimação da parte adversa. Prejuízo não verificado. Nulidade ausente. Acidente de trânsito. Rodovia. Animais na pista. Causa do evento. Danos materiais. Fixação. Danos morais. Requisitos ausentes. - Se o orçamento apresentado para o conserto do veículo sinistrado discrimina peças e serviços consentâneos com a extensão dos danos causados, ele serve para orientar a fixação do quantum indenizatório. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0153.11.009535-0/001, Relator Des. Paulo Albino, 11ª Câmara Cível, j. em 23.09.2015, p. em 30.09.2015).

Dessarte, malgrado o requerido tenha impugnado os orçamentos que instruem a peça inaugural, não produziu qualquer prova de que seria possível o conserto do caminhão por valor menor que aquele indicado no orçamento de f. 54/55, ou mesmo que as peças e serviços nele indicado não guardariam relação com o acidente, devendo, pois, prevalecer os dados daquele documento.

No que se refere aos lucros cessantes, mister de faz destacar a doutrina de Rui Stocco:

Lucros cessantes constituem a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato não acontecido ou praticado por nossa vontade. São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem. Define-os João Casillo como 'o lucro que a pessoa vitimada deixará de ganhar, no futuro, como consequência do ilícito'. Em resumo, o *lucrum cessans* é o que deveria vir. O *damnum emergens*, ao contrário, já se mostra efetivo (*Responsabilidade civil e sua interpretação*, 3. ed., São Paulo: RT, p. 584).

A questão é ainda melhor esclarecida quando se atenta para a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

[...]
O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito (*Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 82).

In casu, o autor cuidou de instruir a petição inicial com os documentos de f. 63/92, demonstrando que utilizava o caminhão Mercedes-Benz, ano de fabricação 1989, placa JJZ-8962, para a realização de fretes.

E, pelas demais provas produzidas nos autos, não restam dúvidas de que o caminhão do autor, em virtude do acidente, ficou parado, devendo-se considerar o período indicado na petição inicial, correspondente ao documento de f. 61, ou seja, de 22.04.2012 (dia subsequente ao do acidente) a 13.06.2012.

Vale ressaltar que o apelante, mais uma vez, a despeito de suas alegações, não fez prova alguma de que o veículo poderia ter sido consertado em período inferior ao constante do documento de f. 61, tratando-se de meras conjecturas.

Mais uma vez, invoca-se o brocardo latino: *Allegare nihil, et allegatum non probare paria sunt* (alegar e não provar o alegado importa nada alegar).

A toda evidência, portanto, o acidente narrado na inicial, causado pelo primeiro requerido, implicou perda de ganho esperado pelo autor, que ficou impossibilitado de realizar fretes, explorando economicamente o veículo de sua propriedade.

É importante consignar, ainda, que o valor relativo aos lucros cessantes, da mesma forma, deverá ser apurado em liquidação da sentença, não sendo possível, por meio apenas das notas fiscais de f. 63/92, determinar o valor que o requerente deixou de ganhar durante o retardo do conserto.

Impende asseverar que o valor da condenação referente ao pagamento de lucros cessantes, em casos como

o dos autos, deve refletir, com o maior grau de exatidão possível, a quantia que a parte efetivamente deixou de receber no período, em razão da conduta ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito e ofensa ao princípio *restitutio in integrum*.

Ao contrário dos danos emergentes, a fixação da indenização por lucros cessantes apresenta maior complexidade, já que traduz uma estimativa do que a vítima deixou de lucrar em determinado período. Cabe ao julgador, assim, em cada caso, estabelecer os critérios e condições que possibilitem a quantificação mais justa quanto possível da condenação.

A propósito, permito-me transcrever as lições de Sílvio de Salvo Venosa:

Como é lógico, o ideal é indenizar exatamente o valor da perda, o que, todavia, nem sempre é possível. Ao mesmo tempo em que não podemos converter a indenização em instrumento de lucro ou enriquecimento injusto, de nada adianta indenizar de forma insignificante ou incompleta (*Direito civil*, 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, v. 4, p. 199).

No caso específico dos autos, entendo que a apuração do valor devido pelo primeiro requerido, a título de lucros cessantes, deve ter por base o período em que o caminhão ficou indisponível, considerando-se, ainda, as despesas que o requerente despendia com os fretes (combustível, pedágios, desgastes do veículo, sua manutenção etc.). Como é cediço, há significativas variações na demanda de carga e até mesmo no valor do frete, ao longo dos meses do ano, de acordo com datas comemorativas, períodos de colheitas, safras, entressafras, reajustes autorizados por lei ou dissídios, etc.

Caberá ao perito, durante a liquidação de sentença por arbitramento, seja através do faturamento líquido auferido por proprietários de veículos similares - com a mesma capacidade de carga e potência - durante o referido período, seja por meio dos ganhos gerados pelo mesmo caminhão, no ano anterior, apurar o valor devido pelo apelante.

Com tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, para determinar que I) a apuração dos lucros cessantes deverá se dar pelo período indicado no documento de f. 61 (26.04.2012 a 13.06.2012), a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento; e II) ressaltar que o valor dos lucros cessantes devidos pelo apelante, de acordo com o prazo acima estabelecido, seja também apurado em liquidação de sentença, através do faturamento líquido auferido por veículos similares - com a mesma capacidade de carga e potência - ou por meio dos ganhos gerados pelo mesmo caminhão, no ano anterior, no mesmo período, devendo ser deduzidas, ainda, as despesas que o autor despendia com o transporte das cargas (combustível, pedágios, desgastes do veículo, manutenção, etc.).

Redistribuo as custas processuais, para condenar o réu ao pagamento de 80% das custas processuais, inclusive

as recursais, cabendo ao autor os 20% remanescentes. Honorários advocatícios, fixado em 15% sobre o valor da condenação, na mesma proporção das custas, devendo ser reciprocamente compensados, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/73 e do disposto na Súmula nº 306 do STJ, aplicáveis ao caso em questão. Fica suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, em relação às partes, por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Servidor público - Férias regulamentares - Pagamento - Ausência de comprovação - Vedação ao enriquecimento sem causa - Indenização devida

Ementa: Apelação. Servidor público. Município de Barroso. Férias regulamentares. Não fruição. Conversão em espécie. Possibilidade. Vedação ao enriquecimento sem causa. Indenização devida. Recurso não provido. Sentença mantida.

- As férias possibilitam ao trabalhador o descanso em condições e ambiente diversos daqueles em que executa as suas tarefas, de modo a preservar sua saúde.

- O STF fixou entendimento no sentido de ser possível a conversão de férias não gozadas em indenização pecuniária, dada a responsabilidade objetiva e a vedação ao enriquecimento ilícito.

Recurso não provido.

Sentença mantida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0059.11.001098-6/001 - Comarca de Barroso - Apelante: Município de Barroso - Apelado: Wellinton Roberto da Silva - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2016. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 44-v., a qual,

nos autos da ação de cobrança proposta por Wellinton Roberto da Silva contra o Município de Barroso, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu a pagar ao autor o valor correspondente a três períodos de férias regulamentares acrescidas do terço constitucional, referentes aos anos de 2008 a 2010.

Além disso, a sentença determinou a correção dos valores devidos com base nos índices constantes da tabela da CGJ/MG, acrescidos de juros com base no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Por fim, o *decisum* apelado condenou o réu ao pagamento das despesas e dos honorários sucumbenciais, estes fixados em 15% do valor da condenação.

Inconformado, o Município de Barroso interpôs a apelação de f. 47/49. Sustenta que restou demonstrado, nos autos, que efetuou o pagamento das férias devidas ao apelado, relativas aos anos de 2008, 2009 e 2010. Pugna pelo provimento do recurso, para ver reformada a sentença objurgada.

Contrarrazões às f. 52/54.

Breve relato.

Juízo de admissibilidade.

Conheço da apelação interposta, uma vez que se encontram presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia a perquirir se o recorrido faz jus ao recebimento dos valores relativos às férias correspondentes ao período de 2008 a 2010.

Narra a exordial que o requerente é servidor público municipal ocupante de cargo de provimento efetivo de motorista desde 02.03.2006.

Sustenta que já gozou de dois períodos de férias regulamentares, referentes a 2006/2007 e 2007/2008. Contudo, a partir de 2008, não lhe foi assegurado o direito de fruir as férias a que faria jus.

Após o regular trâmite do processo, o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais, o que ensejou a interposição do recurso de f. 47/49.

Pois bem.

Inicialmente, é de destacar que a CRFB/88, em seu art. 7º, XVII, garantiu aos trabalhadores o direito às férias anuais, acrescidas do terço constitucional, as quais têm por escopo assegurar o descanso em condições e ambiente diferentes daqueles em que executa suas tarefas cotidianas, de modo a preservar sua saúde.

Tal direito foi estendido aos servidores públicos, também por expressa previsão constitucional, consoante se infere do art. 39, § 3º, da CRFB/88.

No âmbito do Município de Barroso, o direito dos servidores públicos às férias anuais encontra-se positivado no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, o qual dispõe que:

Art. 119. O funcionário gozará, obrigatoriamente, 30 (trinta) dias consecutivos de férias por ano, concedidas de acordo com escala organizada pela chefia imediata.
[...]

§ 3º Somente depois de 12 (doze) meses de exercício o funcionário terá direito a férias.

§ 4º Durante as férias, o funcionário terá direito, além do vencimento, a todas as vantagens que percebida no momento em que passou a fruí-las.

[...]

Art. 120. É proibida a acumulação de férias, salvo por imperiosa necessidade do serviço e pelo máximo de 02 (dois) períodos, atestada a necessidade pelo chefe imediato do funcionário.

[...]

Art. 124. Independentemente de solicitação será pago ao funcionário, por ocasião de férias, um adicional de 1/3 (um terço) de remuneração correspondente ao período de férias.

Da exegese dos dispositivos em comento, é possível inferir que o servidor público do Município de Barroso faz jus, a cada 12 meses de efetivo exercício, ao gozo de férias remuneradas, acrescidas do terço constitucional, pelo período de 30 dias consecutivos.

E, após o atento compulsar dos autos, tenho que os pedidos iniciais devem ser acolhidos *in totum*, tal qual delineado na sentença objurgada.

Com efeito, a despeito de o Município ter colacionado aos autos as fichas financeiras de f. 19/26, nas quais consta o pagamento de R\$573,50 e de R\$595,00, em dezembro de 2009 e dezembro de 2010, respectivamente, a título de férias, não é possível atestar a quais períodos o pagamento se refere.

A fim de comprovar o efetivo pagamento das férias relativas aos períodos declinados na exordial, bastaria ao Município, tão somente, colacionar aos autos os contracheques do autor. O ente público, contudo, não o fez, limitando-se a afirmar que a pretensão inicial não merece acolhida.

Assim, diante do caráter geral das informações constantes nas fichas financeiras, tenho que deve prevalecer a declaração de f. 08, na qual o Município atesta que o requerente tem direito de gozar três períodos de férias. Cumpre consignar que o documento em tela foi redigido em 04.05.11, o que corrobora a conclusão de que o ente municipal não concedeu as férias declinadas na exordial.

É importante registrar que a autenticidade das declarações manuscritas no documento em questão não foi impugnada pelo Município, o que autoriza este Órgão Julgador a valer-se de tal elemento de prova para formar seu convencimento.

Impende consignar, outrossim, que o STF fixou entendimento no sentido de ser possível a conversão de férias não gozadas em indenização pecuniária dada a responsabilidade objetiva e vedação ao enriquecimento ilícito. Vejamos:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito administrativo. Recebimento de indenização por férias vencidas e não gozadas por necessidade do serviço público. Alegada ofensa ao princípio da legalidade. Transgressão aos Verbetes nº 269 e 271/STF. Inocorrência. Precedentes. Agravo regimental a

que se nega provimento. - 1. As razões deduzidas no agravo não são capazes de desconstituir os fundamentos da decisão ora impugnada. Consoante apontado na decisão monocrática, o Supremo possui jurisprudência consolidada no sentido do reconhecimento do direito à indenização pelas férias não gozadas de servidor, por motivo de interesse público. Nesse sentido: 'Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. conversão de férias não gozadas em pecúnia. Possibilidade. Mandado de segurança. Norma infraconstitucional. Ofensa indireta. Impossibilidade em recurso extraordinário. - 1. A violação da Constituição do Brasil seria indireta, eis que imprescindível o reexame de matéria processual, nos termos da Lei nº 1.533/51 e do Código do Processo Civil. 2. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de ser possível a conversão de férias não gozadas em indenização pecuniária dada a responsabilidade objetiva desta e vedação ao enriquecimento ilícito. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento' (Al 768313 - Agr, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 17.12.09). 'Recurso. extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. - Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, 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. 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' (Al 407387 - Agr, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ de 17.09.05). 2. O fundamento de ofensa ao princípio da legalidade não encontra guarida, pois o estado recorrido não pode se valer do argumento de ausência de lei prevendo a conversão de férias não gozadas em pecúnia para eximir-se do pagamento do direito laboral constitucionalmente assegurado, sobretudo quando a fruição deste restou inviabilizada por estar o servidor em exercício de função pública indeclinável, a de juiz corregedor do tribunal da respectiva unidade da Federação. Essa proibição está encerrada no princípio geral de direito da vedação ao enriquecimento sem causa, aplicável inclusive à administração pública, conforme bem acentuado nos precedentes supracitados. 3. Não incidem, na espécie, as vedações presentes nas Súmulas n. 269 e 271/STF, pois o mandado de segurança foi interposto em razão do indeferimento do pedido na via administrativa. Vê-se, dessa forma, que o presente *writ* tem como objetivo o reconhecimento do direito do impetrante, eis por que não se pode considerar que esta ação tem como eficácia preponderante a cobrança da dívida. 4. Consigne-se que eventuais efeitos patrimoniais decorrentes da concessão da segurança serão procedidos na via administrativa. Caso insatisfeito, o agravado poderá recorrer à via judicial para efetuar a cobrança dos valores que considerar devidos. 5. *In casu*, o acórdão impugnado mediante o extraordinário assentou: 'Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Magistrado. Férias não gozadas. Motivação alheia à vontade do servidor. Conversão em pecúnia imposto de renda. não incidência. Natureza indenizatória. pagamento em dobro. indevido. Segurança concedida em parte. - I. férias vencidas e não devidamente gozadas por motivação alheia à vontade do servidor gera direito à sua conversão em pecúnia. II. Não incide imposto de renda sobre as verbas de natureza indenizatória. III. pagamento em dobro das férias não usufruídas é vantagem assegurada somente aos celetistas. IV. segurança parcialmente concedida.' 6. Agravo regimental a que se

nega provimento (RExt 636661 Agr., Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 26.06.12).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

Administrativo. Servidor. Cobrança. Férias regulamentares vencidas e não gozadas. Procedência. Férias-prêmio não gozadas. Conversão em pecúnia. Ausência de previsão legal. Cabimento. Vedação ao princípio do enriquecimento ilícito. - Sendo incontroverso que o autor não gozou de vários períodos de férias regulamentares vencidas, é cabível a sua respectiva indenização. - 'É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte' (REsp n. 631.858/SC. Rel.ª Ministra Laurita Vaz) (TJMG - Apelação Cível 1.0358.10.004094-0/001, Relator Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 17.09.2013).

Por conseguinte, ausente a comprovação do efetivo pagamento das férias a que o recorrido fazia jus, nenhum reparo merece a sentença vergastada, a qual acolheu *in totum* os pedidos iniciais.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Infração Administrativa - Venda de bebida alcoólica - Menor de idade - Não exigência de carteira de identidade - Art. 81, II, c/c art. 243 do ECA - Infringência

Ementa: Apelação cível. Infração administrativa. Estatuto da Criança e do Adolescente. Venda de bebida alcoólica. Menor. Responsabilidade.

- A proibição da venda de bebida alcoólica se dá em virtude da proteção e da fragilidade da saúde dos menores, que muitas vezes não possuem o discernimento e a maturidade para conhecer o risco do consumo.

- O responsável pelo evento que permite a entrada de menor nem impede o uso de bebidas alcoólicas infringe a norma do art. 81 do ECA e deverá arcar com as sanções previstas no art. 258 do mesmo estatuto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0362.12.001180-8/001 - Comarca de João Monlevade - Apelantes: 1º) André Luiz Amorim representado pelo curador especial Rony Starling Junior; 2º) Marron Glacê Comércio de Bar e Lanchonete Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - Dárcio Lopardi Mendes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelações cíveis interpostas em face de sentença proferida pelo MM. Juiz do Juizado da Infância e Juventude da Comarca de João Monlevade, que julgou procedente o auto de infração para aplicar multa no valor de 3 (três) salários mínimos vigentes, para cada requerido, acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da notificação, e correção monetária de acordo com tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do ajuizamento, a serem revestidos em prol do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente.

Em razões recursais de f. 85/87, alega o primeiro apelante que a menor abordada na festa não portava documento de identificação, embora houvesse um controle de acesso ao local feito na portaria do evento; que a menor negou consumir bebida alcoólica; que houve prescrição da sanção administrativa.

O segundo apelante, nas razões de f. 97/101, alega que houve cerceamento de defesa, visto que não foi intimado para os atos processuais e tampouco foi devidamente assistido por advogado; que o evento ocorreu em área privada, não havendo qualquer responsabilidade sob a realização ou exploração do evento; que houve prescrição da sanção administrativa; que a multa deve ser reduzida para o mínimo legal.

Contrarrazões apresentadas às f. 108/111.

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer às f. 121/122, opinando pelo desprovimento dos recursos.

Conheço dos recursos, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, impende esclarecer que a preliminar de prescrição da infração administrativa já foi objeto de análise, conforme de vê à f. 73.

Lado outro, ao contrário do alegado pelos recorrentes, no caso dos autos, não se trata de uma representação que tem como base o direito e as regras penais, mas sim uma representação disciplinada pelas regras do Estatuto da Criança e do Adolescente e pela norma civilista.

Assim, não há falar em aplicação de prazos prescricionais do Código Penal. Na verdade, trata-se de procedimento administrativo disciplinado pela Lei Protetiva do Menor e do Adolescente, não restando, pois, configurada a aludida prescrição.

Ante o exposto, rejeito a prejudicial de mérito.

Passo à análise da preliminar de cerceamento de defesa.

Ressalta-se a importância do devido processo legal, princípio constitucionalmente consagrado que visa

assegurar, principalmente, o contraditório e o exercício do direito de defesa pleno.

Sobre esse instituto, a lição do ilustre doutrinador José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 411):

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo como um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, inc. LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e 'quando se fala em 'processo', e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do direito ao contraditório, à plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Embora o texto constitucional assegure aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, não se pode olvidar que, no presente caso, o Juízo *a quo* cumpriu todas as formalidades necessárias ao correto andamento do feito.

Observa-se que o proprietário do local foi devidamente notificado para apresentação de defesa técnica (10 dias), bem como lhe foi entregue a cópia dos autos da infração, e, inclusive apresentou defesa (f. 15).

O fato de não ter sido intimado para a audiência de instrução e julgamento não causou prejuízo ao apelante.

Conforme se vê da decisão de f. 73, o MM. Juiz *a quo*, levando em conta que o proprietário do estabelecimento não tinha sido intimado para a audiência de instrução, determinou sua intimação para "dizer se tem outras provas a produzir, oportunidade em que poderá ratificar audiência já realizada" (*sic* - f. 73).

No entanto, mesmo intimado (f. 76), quedou-se inerte.

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito, infere-se dos autos que a apelante foi autuada por vender bebidas alcoólicas a menor de 18 (dezoito) anos, infringindo, assim, o art. 81, II, c/c 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É cediça a proibição da venda de bebidas alcoólicas para os menores de 18 anos.

Assim, disciplina o art. 81 do ECA:

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:
[...]

II - bebidas alcoólicas;

Por sua vez, o art. 243 do mesmo diploma legal elenca, dentre os crimes e infrações administrativas:

Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam

causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.

Tal proibição se dá em virtude da fragilidade da saúde dos menores, que muitas vezes não possuem o discernimento e a maturidade para conhecer o risco do consumo de bebida alcoólica.

Nesse sentido, ao comentar o referido artigo, ensina Tarcísio José Martins Costa (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 157):

Objetiva a proteção da saúde, da incolumidade física, da educação, da dignidade e respeito que se deve a todas as crianças e adolescentes, tendo em conta a sua peculiar condição de vulnerabilidade, dependência e contínuo desenvolvimento.

Assim, em virtude da proteção da criança e do adolescente, tenho que o responsável pelo estabelecimento que vende bebida alcoólica a menor, está descumprindo o disposto no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescentes aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo.

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Não há dúvidas sobre a infração ocorrida, pois, conforme se constata do auto de infração, a apelante responsável pelo estabelecimento no momento da autuação vendeu bebida alcoólica a menor, sem exigir que o mesmo apresentasse documento de identidade.

Ora, os responsáveis pelos estabelecimentos comerciais devem buscar meios eficazes de promover a fiscalização da venda e uso de bebidas alcoólicas a menores em suas dependências.

Portanto, em favor da proteção da criança e do adolescente, tenho que o responsável pelo estabelecimento no momento da autuação, que vendeu bebida alcoólica a menor, deve arcar com as sanções previstas no referido estatuto, no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessarte, tenho que acertada a aplicação da multa em 3 (três) salários mínimos, visto que se encontra apropriada ao caso concreto.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos.

Sem custas, por força do art. 141, § 2º, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS HELOÍSA COMBAT e ANA PAULA CAIXETA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Ação de declaração de ausência e extinção de usufruto - Legitimidade ativa - Ação proposta por donatários de imóvel que é de usufruto vitalício parcial do suposto desaparecido - Interesse de agir configurado - Ausência que corrobora a demonstração do não uso da coisa para fins de extinção do usufruto

Ementa: Recurso de apelação. Ação de declaração de ausência proposta por donatários de imóvel que é de usufruto vitalício parcial do suposto desaparecido. Pedido de declaração de ausência e extinção do usufruto. Eventual procedência da ausência que corrobora a demonstração do não uso da coisa objeto do usufruto. Interesse de agir constatado. Sentença anulada.

- Existe interesse processual na ação de declaração de ausência c/c pedido de extinção de usufruto proposta pelos nu-proprietários de um imóvel que possui parte de sua área dada em usufruto vitalício ao suposto desaparecido.

- Embora também exista a possibilidade de que os nu-proprietários pretendam a extinção do usufruto alegando tão somente o “não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai” (art. 1.410, VIII, do CC), não há óbice à propositura da ação de declaração de ausência, visto que o reconhecimento da ausência serve aos autores como reforço argumentativo de que inexistente uso/fruição da coisa.

- Além disso, uma vez declarada a ausência do indivíduo, vislumbra-se que “os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte”, no caso os nu-proprietários, têm interesse para requerer a sucessão provisória do bem usufruído pelo desaparecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0071.15.001251-7/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: C.C.A.O., A.O. e outro, A.C.F.O., J.F.O., L.C.O., V.E.A., A.M.O.A., J.B.N., L.A.B., C.B.O., J.M.O., M.F.R.O., D.S.A.O., G.C.O., V.O.F., V.M.O.N. - Interessado: B.R.P. - Relator: DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **ANULAR A SENTENÇA**.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 2016. - *Carlos Roberto de Faria* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de recurso de apelação ajuizado às f. 53/56 por A.O. e outros,

nos autos da ação declaratória de ausência que movem em relação a B.R.B., demonstrando inconformismo perante a sentença proferida às f. 50/51, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, por declarar não existir interesse processual no feito. Fixou custas pelos requerentes.

Para fundamentar a pretensão de reforma da decisão, defendem os recorrentes que possuem interesse processual na declaração de ausência do Sr. B.R.P., sendo que ele é usufrutuário vitalício de uma área de 1,53ha situada no lugar denominado Fazenda do Turvo e não exerce o uso de seu quinhão há mais de 50 (cinquenta) anos, pelo que o ajuizamento da presente ação é o meio correto para alcançarem seu objetivo. Ressaltam que o Ministério Público foi favorável ao prosseguimento da ação. Por fim, pugnam pelo provimento do recurso e prosseguimento do feito.

Sem contrarrazões.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça entendeu ser desnecessária sua intervenção no feito (f. 62).

É o relatório.

Inicialmente, considerando que a legislação processual que rege os recursos é aquela vigente na data da publicação da decisão judicial, registro que a presente causa deverá ser analisada segundo as disposições do Código de Processo Civil de 1973.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da legitimidade.

O Código Civil estabelece o rol de legitimados na propositura da declaração de ausência:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Do interesse de agir:

Trata-se de ação declaratória da ausência do Sr. B.R.P., na qual pretendem os autores não só a declaração de ausência do indivíduo apontado na inicial como a extinção do usufruto que ele possui sobre parte do imóvel de matrícula nº 25.021, conforme certidão de f. 45/46.

Trazem os requerentes que são donatários (nu-proprietários) da integralidade do imóvel cuja parte da área é de usufruto do desaparecido.

A Julgadora sentenciante, no entanto, entendeu não ser a presente ação o instrumento processual adequado à pretensão dos requerentes, pontuando não existir utilidade na declaração de ausência daquele que não possui bens e, ainda, dando a entender que o requerimento da extinção do usufruto pelo não uso da coisa (art. 1.410, VIII, CC) seria a providência correta. Assim, concluindo pela inexistência de interesse processual dos autores, extinguiu a ação sem resolução de mérito.

De fato, deve ser extinto o processo sem resolução do mérito quando inexistir alguma das condições da ação, entre as quais se inclui o interesse processual (art. 267, VI, do CPC de 1973).

O interesse processual, por sua vez, relaciona-se com a necessidade da tutela jurisdicional. Sobre o tema, assim preconiza Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 22. ed., v.1, p. 55-56:

O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. O processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

Da leitura da inicial, *data vênia* à d. sentenciante, é possível extrair a utilidade do provimento jurisdicional aos autores, que lograram êxito em demonstrar serem donatários (nu-proprietários) da integralidade de um imóvel cuja pequena fração é de usufruto vitalício do indivíduo B.R.P. (f. 45/46).

Quanto à inexistência de bens imóveis, tem se admitido a declaração de ausência para fins de proteção de outros interesses como leciona Sílvio de Salvo Venosa, *Código Civil interpretado*, 2. ed., Ed. Atlas, 2011, p. 32:

O fato é que a maioria das pessoas que desaparecem não possui bens ou fortuna. Ademais, o processo de ausência e os de sucessão que lhe seguem são demorados e excessivamente burocráticos. Contudo, a ausência também pode ser decretada no intuito de proteção de outros interesses, como familiares e previdenciários, não sendo necessário que se comprove a existência de patrimônio para a abertura do processo.

Apelação cível. Declaração de ausência. Extinção do feito por ausência de interesse processual. Art. 267, VI, do CPC. Impossibilidade. Cônjuge desaparecido em garimpo no Estado do Pará na década de 90. Ausência de patrimônio. Possível a declaração de ausência para fins de proteção de outros interesses. Apelo provido. Sentença desconstituída (TJRS - Apelação Cível nº 70059515304, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, j. em 26.11.2014, p. em 02.12.2014).

Embora também exista a possibilidade de que os autores pretendam a extinção do usufruto alegando tão somente o “não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai” (art. 1.410, VIII, do CC), não vejo óbice à propositura da ação de declaração de ausência, quando nos pedidos há não só a pretensa declaração de ausência como a extinção do usufruto instituído em nome do desaparecido.

É que se a extinção do usufruto pode se dar também pelo não uso ou não fruição da coisa, a declaração de ausência do usufrutuário serve aos autores como reforço argumentativo de que inexistente uso/fruição, corroborando, caso procedente, para o reconhecimento da extinção do usufruto.

Ademais, uma vez declarada a ausência do indivíduo, vislumbra-se que os autores têm interesse para requerer a sucessão provisória do bem usufruído pelo desaparecido. Confira-se o que dispõe o CC:

Art. 1.163. Passado 1 (um) ano da publicação do primeiro edital sem que se saiba do ausente e não tendo comparecido seu procurador ou representante, poderão os interessados requerer que se abra provisoriamente a sucessão.

§ 1º Consideram-se para este efeito interessados:

- I - o cônjuge não separado judicialmente;
- II - os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários;
- III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;
- IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Ora, uma vez que os autores são nu-proprietários da integralidade do imóvel que é de parcial usufruto vitalício do suposto desaparecido, notório que possuem direito subordinado à declaração da situação do ausente, qualificando-se, portanto, como interessados na abertura da sucessão provisória, nos termos do inciso III do art. 1.163 do CC, acima reproduzido.

Ademais, ao contrário do que expôs a d. Julgadora, não há, nos autos, a comprovação de que o suposto desaparecido não tenha, além do usufruto sobre a área em questão, a titularidade sobre outros bens imóveis.

Portanto, uma vez que seria uma faculdade, e não obrigatoriedade dos autores obterem a extinção do usufruto através tão somente da demonstração de não uso/não fruição da coisa, vislumbro o interesse de agir na pretensa declaração de ausência do indivíduo apontado na inicial. Nesse sentido:

Apelação cível. Direito processual civil. Interdito proibitório. Interesse de agir. Presença. Sentença anulada. - O interesse de agir repousa sobre o binômio necessidade/utilidade da parte para o ingresso em juízo, sendo indubitoso que tal ‘necessidade’ mostra-se evidente quando o seu direito não pode ser realizado sem a intervenção do Juiz (TJMG - Apelação Cível 1.0313.15.017698-7/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, j. em 02.06.2016, p. em 14.06.2016).

Apelação cível. Ação de arrolamento e partilha. Lei 11.441/2007. Artigo 982 do CPC. Exigência de via administrativa. Impossibilidade. Falta de interesse processual. Não configurado. Extinção sem resolução do mérito. Artigo 267, VI, do CPC. Sentença anulada. - A realização do inventário e da partilha através de procedimento extrajudicial é faculdade conferida à parte, de forma que a opção pela via judicial, nos casos em que é possível a sua realização pela via administrativa, não traduz falta de interesse processual. (TJMG - Apelação Cível 1.0003.15.004418-2/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, j. em 19.04.2016, p. em 28.04.2016).

Em conclusão, entende-se assistir razão aos apelantes, sendo que, se não for provada a ausência do indivíduo indicado na inicial, será este pedido julgado improcedente, mas ainda assim poderá ser apreciado o outro pedido feito, qual seja de extinção do usufruto.

Pelo exposto, anulo a sentença e determino o retorno dos autos à vara de origem para regular prosseguimento. Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GILSON SOARES LEMES e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - ANULARAM A SENTENÇA.

...

**Contrato bancário - Revisão -
CDC - Aplicabilidade - Capitalização de juros -
Periodicidade inferior a um ano - Crime contra
o Sistema Financeiro Nacional - Boa fé
objetiva - Função social do contrato**

Ementa: Apelação cível. Ação revisional. Contrato bancário. Código de Defesa do Consumidor. Capitalização. Regularidade.

- O CDC é aplicável às instituições financeiras, conforme enunciado da Súmula 297 do STJ. Nos termos da Súmula 539 do STJ, admite-se a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.

V.v.: - Apelação. Revisional de contrato bancário. Lei 7.492/86. Lei 8.078/90. Aplicação. Art. 93, IX, da CRFB e art. 489 do novo CPC. Súmulas não vinculantes. Jurisprudência e precedentes. Aplicação desprovida de força cogente. Litigância de má-fé.

- O NCPC (art. 489), reforçando a exigência do art. 93, IX, do CRFB, prescreve que não basta mais, como fundamentação da sentença, a mera indicação de súmula, jurisprudência ou precedente invocado, obrigando ao esclarecimento quanto à relação do dispositivo aplicado com a causa ou a questão decidida e a exposição de motivos concretos que justifiquem a respectiva aplicação. Deve ser afastada aplicação de todos os dispositivos contrários ao texto constitucional, dado faltar-lhes capacidade para sustentar validamente um ato judicial e cuja adoção, a título de fundamentação, afigura-se como uma prática injustificável.

- O art. 8º da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, define como crime a cobrança por instituição vinculada ao Sistema Financeiro Nacional de juros comissão ou qualquer tipo de remuneração sem que haja previsão na lei. A Lei 8.078/90 concebeu um sistema de proteção ao consumidor que fixa parâmetros de conduta que devem ser observados pelos fornecedores de serviços e servem

como medida para a aferição da legalidade da prestação fornecida, tomando-se por base a legítima expectativa do consumidor, consoante os limites da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Há que ser reconhecido o dolo processual, aplicando-se a penalidade prevista no caput do art. 80 do NCPC quando verificada a apresentação de defesa contra texto expresso de lei.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0236.14.001474-7/001 -
Comarca de Elói Mendes - Apelante: Antônio Carlos
Vitoriano - Apelado: Banco BMG S.A. - Relator: DES.
ANTÔNIO BISPO - Relatora p/ o acórdão: DES.ª
MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES ARGUIDAS E NO MÉRITO NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - Antônio Bispo - Relator.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 25.08.2016.

DES. ANTÔNIO BISPO - Antônio Carlos Vitoriano apelou contra a v. sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de repetição de indébito ajuizada em desfavor de Banco BMG S.A.

Nas razões, o autor da ação suscita preliminares de sentença *ultra petita* e ausência de fundamentação.

A primeira, em razão do entendimento quanto aos juros remuneratórios, visto que foi analisado o pedido de limitação em 12% ao ano, quando o requerimento apresentado cingia-se a uma ordem para que os juros fossem cobrados pela taxa contratada, porém de forma simples.

Quanto à falta de fundamentação, aponta que a decisão se pronunciou acerca das cobranças administrativas genericamente, sem apresentar qualquer base legal.

No mérito, combate a cobrança de juros capitalizados, sem que haja previsão expressa no contrato e sem amparo legislativo.

Para o apelante, a contratação é abusiva, pois o contrato objeto da ação não se insere entre as modalidades que admitem tal cobrança.

Invocando o CCB e o CDC, renova a arguição que foram efetivamente cobrados juros diferentes daqueles contratados; acrescenta que a cobrança capitalizada é ilegal, devendo ser decotada, estendendo igual pensamento quanto às taxas e tarifas administrativas, para pedir, por fim, que sejam restituídos os valores indevidos, corrigidos.

Recurso recebido, f. 149

Sem preparo.

Contrarrazões, f.152/155, sem preliminares.

Conheço do recurso, porque próprio e tempestivo, presente a hipótese do art. 488 do NCPC e cumprido o art. 933 do NCPC.

Preliminar - sentença *ultra petita*.

O apelante transcreveu um trecho que, segundo ele, teria sido extraído da decisão recorrida, f. 115.

Ocorre que a v. sentença, após afastar a conexão aduzida pelo réu, reconheceu a natureza consumerista da avença, afastou o pedido de inversão do ônus da prova e invocou a Lei 10.931/04 para, com base nesta, declarar a licitude da prática da capitalização no contrato em tela.

Logo, deixo de conhecer dessa preliminar, visto que a v. sentença não tratou do percentual dos juros remuneratórios.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Da preliminar de sentença *ultra petita*.

De acordo com o Relator.

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Preliminar - Sentença *ultra petita*.

De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - Preliminar - Ausência de fundamentação.

O autor afirma que a v. sentença nada disse acerca das taxas e tarifas administrativas. Todavia, não se verifica na inicial qualquer pedido relativa a tais cobranças, do que resulta o não conhecimento também dessa preliminar.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Da preliminar de ausência de fundamentação.

De acordo com o Relator.

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Preliminar - Ausência de fundamentação.

De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - Mérito.

A matéria sob discussão envolve contrato bancário que, por equiparação, abriga-se sob a proteção do art. 4º do CDC, que define a Política Nacional das Relações de Consumo.

Submete-se, também, às cominações da Lei 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Os fatos articulados na inicial, na contestação e a análise dos termos do contrato, prevendo a transferência das despesas próprias do negócio à parte contratante; a cobrança de encargos de mora não previstos na legislação posta e estabelecida em aberto; além da cobrança de taxa de juros remuneratórios em percentual não autorizado por Lei e de forma capitalizada também sem

respaldo legislativo, revelam a conduta descrita no art. 8º da acima citada Lei 7.492/86:

Art. 8º Exigir, em desacordo com a legislação (Vetado), juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Da mesma forma, as cláusulas do contrato, tais como estipuladas, chamam a incidência do art. 66 do CDC, que define como infração penal a afirmação falsa ou enganosa e omissiva quanto a informações sobre os preços dos serviços, além de contrariarem o disposto no art. 104 do CCB.

Por isso, independentemente do julgamento de mérito a ser proferido neste recurso e, ainda que este egrégio Colegiado não detenha competência para matéria criminal, não há como desconhecer a disciplina do art. 40 do CPP, norma cogente e de observação obrigatória em todas as esferas e instâncias da Justiça, que ordena: "Quando, em autos ou papéis, de que conhecerem juízes ou Tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

Assim, de ofício, suscito a presente preliminar e determino a remessa da cópia dos autos ao Ministério Público Federal e para o Ministério Público Estadual.

A inicial apresentou como fundamento, especialmente, o Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor, norma de berço constitucional.

Já a v. sentença, como anotado, arrimou-se na Lei 10.931/04, de aplicação apenas subsidiária ao CDC, naquilo em que com ele não conflitar.

Examinando o contrato de f. 73, todavia, conclui-se que referido negócio jurídico não atende à disposição do art. 104 do CCB, que condiciona a validade do contrato à presença de um agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A ausência de um desses requisitos submete o contrato ao que diz o art. 166 do CCB, salvo o seu inciso I, visto que o inciso II estabelece que a nulidade do negócio jurídico, devido à ilicitude do objeto e o contrato, tal como redigido, desobedece ao art. 8º da Lei 7.492/86, já que prevê taxa de juros não prevista em lei, assim ferindo também, os arts. 421 e 422 do CCB.

O inciso III declara a nulidade quando evidente que o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito, circunstância que se localiza na violação dos direitos da cidadania e dignidade do contratante, submetido à imposição contratual afrontosa à legislação posta.

O inciso IV, a seu turno, afirma ser nulo o pacto que não se revestir da forma prescrita em lei; ocorre que a contratação corresponde à remuneração estipulada,

a qual deve estar submetida ao império da legalidade, inclusive no tocante à respectiva iniciativa e competência (art. 48, XIII, CRFB), o que afasta a aplicação das súmulas não vinculantes, as medidas provisórias não convertidas em lei e decisões proferidas em feitos distintos (art. devido à insuficiência normativa/impositiva das mesmas).

Passando ao inciso V, que vincula a ilicitude à preterição de alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, há que destacar o fato de o contrato examinado estar em confronto com todas as imposições do art. 51 do CDC.

Os incisos VI e VII dizem ser nulo o contrato que tiver por objetivo fraudar lei imperativa e ao qual a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

O instrumento sob análise, portanto, da forma como estipulado, fere o CCB, a Lei 7.492/86 e especialmente o CDC.

Fere, também, o princípio constitucional da legalidade, ao produzir contratação nula de pleno direito, constituindo-se ainda em um ilícito penal.

Por esse motivo, o pedido revisional deve ser acolhido para que seja determinado o decote da cobrança dos juros capitalizados de forma diversa daquela autorizada no art. 591 do CCB (art. 48, XIII, e § 1º do art. 68 da CF/88). A restituição de eventuais valores cobrados indevidamente, em dobro (art. 42 parágrafo único, do CDC).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso nos termos retroexplicitados e condeno a parte ré a arcar com as despesas processuais e custas recursais, além dos honorários advocatícios de primeiro grau, acrescidos dos honorários do art. 85, § 1º, do NCPC, que fixo também no percentual de 10% do proveito econômico obtido nesta demanda.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Do mérito.

Peço vênha ao eminente Desembargador Relator para divergir de seu voto de mérito.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o novo Código de Processo Civil (CPC), que passou a vigor no dia 18 de março de 2016, inaugurou uma nova fase no direito processual brasileiro, estruturando um sistema de precedentes judiciais, em que se reconhece eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência.

Nesse contexto, o princípio da legalidade deve ser reinterpretado, atualmente, como princípio de respeito ao direito brasileiro, que é composto não só por pelas leis, como também pela Constituição, por Tratados Internacionais, pelas Resoluções do CNJ e CNMP, pelos precedentes judiciais, dentre outras fontes normativas.

Conforme estabelece o art. 926 do CPC, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Por sua vez, a norma imperativa insculpida no art. 927, IV, do Diploma Processual, impõe aos juízes e ao Tribunal o dever de observância dos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

Para dar efetividade a esse sistema de precedentes judiciais, o CPC disponibiliza às partes e ao Ministério Público, em seu art. 988, III e IV, o instrumento da Reclamação, a fim de “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos [...]”.

Feita essa consideração, passo à análise do caso concreto.

Da capitalização de juros.

No que concerne ao encargo da capitalização de juros, em contratos como o de f. 26/29, não há mais espaço para qualquer debate.

A matéria foi examinada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, estando o posicionamento daquela Corte cristalizado na decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 973.827-RS, no sentido de reconhecer a legalidade da cobrança de juros capitalizados com periodicidade inferior a um ano, em contratos celebrados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1963-17/2000, hoje em vigor como MP nº 2.170-36/2001, quando devidamente pactuada.

A respeito da matéria, confira-se a orientação recentemente emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça consubstanciada nas seguintes súmulas:

Súmula 539. É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.

Súmula 541. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Dessa forma, constatando-se ter restado devidamente prevista na avença a obrigação atinente ao encargo da capitalização de juros, o que se observa pela simples confrontação das taxas de juros mensal e anual, deve o mesmo ser mantido, não merecendo reforma a r. sentença nesse ponto.

Diante do exposto, nego provimento à apelação, mantendo hígida a r. sentença.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade (art. 98, § 3º, CPC).

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO RONALDO CLARET DE MORAES - Do mérito.

Peço vênha ao em. Desembargador Relator para acompanhar a divergência inaugurada pela Desembargadora Primeira Vogal.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Em razão da divergência nos votos proferidos, determino a suspensão do julgamento, para que sejam observadas as determinações do art. 942 do Código de Processo Civil.

Sessão do dia 03.11.2016.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Acompanho a divergência inaugurada pela culta Desembargadora Mônica Libânio.

DES. TIAGO PINTO - Acompanho a divergência apresentada pela Primeira Vogal.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES ARGUIDAS E NO MÉRITO NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

...

Responsabilidade civil do Estado - Indenização por danos morais - Erro em cadastro - Suspeita de fraude - Perda temporária do seguro-desemprego - Verba alimentar - Única fonte de subsistência - Dano moral presumido - Condenação

Ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Falha administrativa. Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Suspensão do seguro-desemprego. Verba de natureza alimentar. Danos morais. Dever de indenizar.

- A suspensão do seguro-desemprego, em razão de falha na inserção de dados do servidor no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), configura inequívoca lesão de natureza moral, em virtude da natureza alimentar da verba devida, necessária ao sustento do trabalhador privado involuntariamente de sua fonte de renda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0351.12.001521-6/001 - Comarca de Janaúba - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Geisiane Mancia Rodrigues - Relatora: DES.ª ALICE BIRCHAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 1º de novembro de 2016. - Alice Birchall - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALICE BIRCHAL - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto pelo Estado de Minas Gerais

contra a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Janaúba/MG, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por Geisiane Mancia Rodrigues, em face do ora apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em função de erro no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), que acarretou a perda temporária de seu seguro-desemprego (f. 155/157).

Em suas razões recursais, o apelante sustenta: a) inexistir ato ilícito praticado por agente público, passível de acarretar responsabilidade civil, uma vez que as informações foram lançadas tempestivamente no sistema; b) não ter a autora se desincumbido do ônus da prova de que a demora na atualização dos dados cadastrais se deu por culpa do Estado; c) ser exorbitante o valor da indenização fixada na instância a quo (f. 159/168).

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões nas quais alega: a) a existência de prova documental, nos autos, da negligência do Estado; b) a responsabilidade do Estado em virtude do erro no sistema, uma vez que, a despeito de lançada a baixa no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (SISAP) da Secretaria de Educação, as informações não foram atualizadas no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS); c) a adequação do valor da condenação, por se tratar de verba alimentar, necessária à subsistência própria e de sua família (f. 170/173).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação. Sem preliminares para análise, passo ao mérito recursal.

Cinge-se a presente controvérsia a aferir a possibilidade da responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais, em virtude do cancelamento do pagamento de parcelas do seguro-desemprego da apelada, pela suspeita de fraude em virtude da ausência de baixa do vínculo de trabalho no sistema federal do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS).

Pois bem.

A indenização por danos morais se justifica como uma forma de compensar, mitigar e atenuar os efeitos da conduta danosa, tal como se percebe na definição de Carlos Roberto Gonçalves:

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 consequência 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 consequências da lesão jurídica por eles sofrida (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 548-549).

Pela detida análise dos autos, evidencia-se que, a despeito de o Estado comprovar o lançamento de informações acerca do desligamento da servidora em sistema próprio da Secretaria de Estado de Educação - Sistema Integrado de Administração de Pessoal (SISAP) (f. 100/101), não restou comprovado que tal informação foi repassada ao Sistema Federal do Ministério do Trabalho e Emprego (CNIS). Ao revés, pela análise dos documentos de f. 80 e 122, comprova-se não ter ocorrido a baixa relativa ao término de seu vínculo, informação esta confirmada pelo Ministério do Trabalho e Emprego à f. 55.

Dos autos se colhe, com toda certeza, que tal erro administrativo do sistema de informação acarretou a suspeita de fraude praticada pela autora. Não obstante, a autora não concorreu para o fato, por qualquer modo, se este decorreu unicamente em razão da ausência dos cuidados necessários da parte ré, do ora apelante.

Quanto à prova do dano moral, embora alegue o apelante não ter a autora se desincumbido de tal prova, nos termos do art. 333, I, do então vigente CPC/1973, entende a jurisprudência consolidada do STJ que o dano moral se presume pela mera existência de conduta da parte, passível de lhe dar causa (dano moral *in re ipsa*). Nesse sentido:

Dano moral. Prova. - Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam [...] (STJ - REsp nº 86.271/SP - Relator: Ministro Carlos A. Menezes - DJU de 09.12.1997).

Dessa forma, pela mera ausência de pagamento das parcelas do seguro-desemprego, em virtude de erro no sistema informacional da parte ré, é presumível o dano moral da autora. Tal fato é inegável fonte de dano à apelada, uma vez que o seguro-desemprego é verba alimentar, essencial para subsistência do trabalhador que, temporariamente, se vê, involuntariamente, privado de sua fonte de renda. Inelutavelmente, foi submetida a transtornos que foram muito além dos meros aborrecimentos ou percalços da vida normal, sendo privada de sua única fonte de subsistência no período em que se viu privada do trabalho.

Nesse mesmo sentido, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça que, por se tratar de verba alimentar, o erro no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) que resulte na interrupção do pagamento de seguro-desemprego induz à responsabilidade por danos morais:

Apelação cível. Ação de indenização. Inserção errônea do PIS/PASEP da autora no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Suspensão do seguro-desemprego. Danos

materiais e morais. Configuração. Indenização devida. Montante. Fixação. Critérios. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução. Correção monetária. Termo inicial. Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. Litigância de má-fé. Requisitos não demonstrados. Recurso parcialmente provido. I - A suspensão do seguro-desemprego, em razão de inserção errônea do PIS/PASEP da autora pela empresa ré no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), acarreta o direito à indenização por danos materiais correspondentes ao valor do seguro-desemprego não recebido. II - O envio de informações errôneas do número do PIS/PASEP (Programa de Integração Social) da autora ao CNIS, gerando suspensão do seu seguro-desemprego, sem que tenha existido qualquer relação entre as partes, configura inequívoca lesão a direito de personalidade, dado o caráter alimentar e essencial do instituto, o qual visa precipuamente a amparar aqueles que se veem momentaneamente impossibilitados de prover o seu próprio sustento. III - Na fixação do valor referente aos danos morais sofridos, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, de forma a não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também sem reduzir a indenização a um valor irrisório, sempre atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às nuances do caso concreto. Verificado que o valor foi fixado em quantia exorbitante, sua redução é medida que se impõe. IV - A correção monetária do valor arbitrado a título de danos morais incide a partir de seu arbitramento, nos termos do enunciado da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. V - Para que haja condenação do réu por litigância de má-fé, com a consequente aplicação dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil, é imprescindível que se prove, de forma cabal, que a parte estava agindo imbuída de dolo processual. VI - Recurso de apelação parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0686.13.007858-3/001 - 10ª Câmara Cível - Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva - j. em 15.09.2015 - p. em 09.10.2015).

Apelação cível. Ação de indenização. Inserção de dado incorreto no CNIS. Anotação de falecimento. Impedimento à obtenção do seguro-desemprego. Verba alimentar. Dano moral. Ocorrência. Dever de indenizar. Sentença que decidiu pela procedência mantida. Recurso não provido. - Para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos violados e o dever reparatório deve indicar, no caso da responsabilidade aquiliana subjetiva, a existência de culpa. - A inserção incorreta de dados do autor no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), constando que o mesmo é falecido, obstruiu, por um período, o deferimento do seguro-desemprego, verba de natureza alimentar, que tem por escopo assegurar a manutenção do segurado enquanto este estiver desempregado, situação que gerou abalo psíquico, dando ensejo à indenização. - Correta a sentença que decidiu pela procedência, reconhecendo a ocorrência de dano moral e determinando o pagamento da indenização devida, a qual deve ser mantida (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.10.086609-4/001 - 10ª Câmara Cível - Relatora: Des.ª Mariângela Meyer - j. em 23.04.2013 - p. em 03.05.2013).

Com base em tais razões, nego provimento ao recurso de apelação, de forma a confirmar a condenação em danos morais arbitrada pelo Juízo a quo.

Custas recursais, pelo apelante, isento nos termos da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

...

Julgamento antecipado da lide - Registro de nascimento - Desconstituição - Declaração espontânea e voluntária - Presunção relativa - Alegação de erro essencial - Pedido de prova técnica não realizado - Cerceamento de defesa configurado

Ementa: Ação declaratória. Desconstituição do registro de nascimento. Declaração espontânea e voluntária. Presunção relativa. Verdade real. Alegado erro essencial. Exame de DNA. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa que se denota evidenciado.

- Inda que voluntária e espontânea a declaração de paternidade externada no assento de nascimento, por ela se revestir de presunção relativa de veracidade, a ausência de vínculo biológico tem o condão de demonstrar a existência de erro essencial, vício de consentimento expressamente previsto pelo art. 171, inciso II, do Código Civil.

- Neste contexto, em ação declaratória negativa de paternidade, a qual se funda em suposto vício de consentimento do declarante, o julgamento antecipado da lide com o indeferimento da produção do exame genético implica cerceamento de defesa com violação à garantia constitucional preconizada pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0390.12.001638-6/001 - Comarca de Machado - Apelante: J.M.D.P. - Apelada: C.A.M.P. representada pela curadora S.M. - Relator: DES. PAULO BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2016. - *Paulo Balbino* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO BALBINO - Versa a presente ação sobre um pedido que objetiva a declaração da inexistência da

paternidade biológica, com a consequente retificação do assento de nascimento da requerida.

Em sua sentença (f. 52/56-TJ), o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Machado, Dr. Fernando Antônio Tamburini Machado, julgou improcedente o pedido inicial e condenou o requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados na importância de R\$800,00 (oitocentos reais), sobrestando-se tal condenação, na forma prevista pelo art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Inconformado com seu teor, interpôs J.M.D.P. a presente apelação (f. 93/106-TJ), arguindo uma questão preliminar alusiva à nulidade do processo por cerceamento de defesa.

Com relação ao mérito, aduz a falta de estabilidade da relação afetiva mantida entre o seu falecido irmão e a genitora da apelada, a qual ostenta duas certidões de nascimento. Assim sendo, requer o acolhimento da questão preliminar com a cassação da sentença ou a sua reforma com a total procedência do pedido inicial.

Regularmente intimada, apresentou C.A.M.P. as contrarrazões de f. 63/66-TJ, onde pugna pela confirmação da decisão combatida.

Por meio do despacho de f. 70/72-v.-TJ, a Relatora originária, Desª. Márcia de Paoli Balbino, verificando constituir objeto desta ação o estado de filiação da apelada, em conformidade com o disposto pelo art. 36, inciso I, alínea c, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RITJMG), declinou da competência para uma das Câmaras Cíveis desta Unidade Afonso Pena, pelo que os presentes autos, por sorteio, foram redistribuídos a este Relator.

Em seu parecer de f. 78/80-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa do Dr. Darcy Souza Filho, verificando a ausente comprovação de vício de consentimento do pai registral da apelada, opinou pelo desprovimento do recurso.

Relatado, decidido.

Constata-se que a decisão ora recorrida foi publicada em data anterior a 18 de março de 2016, termo inicial de vigência do Novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual se aplicam ao presente recurso as regras do Código de Processo Civil de 1973, e não as regras do Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, dispõe o Enunciado nº 54, aprovado em Sessão Plenária realizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no dia 26 de fevereiro de 2016, pelos magistrados que integraram os Grupos de Trabalhos do Fórum de Debates e Enunciados sobre o Novo Código de Processo Civil, nestes termos: "Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

Com estas considerações, verificando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.

Da questão preliminar.

Argui o apelante uma questão preliminar alusiva à nulidade do processo, sob o fundamento de que o julgamento antecipado da lide implicou evidente cerceamento ao exercício da sua ampla defesa.

Anota-se, inicialmente, ter o apelante na petição inicial retratada à f. 02/08-TJ protestado genericamente pela produção da prova técnica e alusiva ao exame de DNA.

Destaca-se, todavia, ter sido proferido o julgamento antecipado de improcedência do pedido inicial, restando obstada a realização da prova postulada pelo apelante.

Por sua vez, preceitua o art. 1.604, do Código Civil, nestes termos: “Art. 1.604. Ninguém pode indicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

Neste aspecto, embora o registro de nascimento da apelada constitua um ato jurídico formalmente perfeito, denota-se possível a sua anulação em virtude do reconhecimento de vício de consentimento externado pelo declarante, conforme disposto pelo aludido artigo 1.604, do Código Civil.

Logo, inda que voluntária e espontânea a declaração de paternidade externada no assento de nascimento de f. 11-TJ, por ela se revestir de presunção relativa de veracidade, a ausência de vínculo biológico entre o declarante, M.J.D.P. - falecido irmão do apelante - e a apelada tem o condão de demonstrar a existência de erro essencial, vício de consentimento expressamente previsto pelo art. 171, inciso II, do Código Civil.

Conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira:

O mais elementar dos vícios de consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada (*Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 326).

Outrossim, leciona Fabrício Zamprogna Matiello, nestes termos:

A ninguém se permite afirmar ou invocar estado diverso daquele que resulta do registro de nascimento, a menos que à alegação some-se prova cabal de ter havido erro ou falsidade quando da sua lavratura. A prevalência do registro é relativa; a lei, preocupada em preservar a credibilidade dos assentos e da fé pública, admite que qualquer pessoa legitimamente interessada (o próprio registrado, o cônjuge que não declarou o nascimento, terceiro, etc.) tenha acesso às vias ordinárias para vindicar estado contrário ao mencionado nos livros oficiais, mas exclusivamente nos casos de erro ou falsidade.

A relatividade da presunção de firmeza do conteúdo registral leva em consideração a existência de situações como a de falso registro de filho alheio como se fosse próprio, equívoco na apresentação dos elementos do assento e outras tantas, capazes de produzir a derrubada da verdade jurídica estabelecida pelas normas civilistas. Assim, o reconhecimento de erro ou falsidade constituem formas pertinentes e eficazes de estabelecer a verdade das coisas, evitando a subsistência de informações cartoriais viciadas e potencialmente capazes de produzir danos ou constrangimentos a outrem (*Código Civil comentado*. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.046, art. 1.604: notas 3 e 4).

Por conseguinte, no caso em apreço, denota-se conclusivo que eventual demonstração de erro essencial do pai da apelada, quanto à paternidade declarada no assento de f. 11-TJ, por certo, necessita da produção da prova técnica e alusiva ao exame genético.

Isto porque, abstendo-se de qualquer discussão acerca do propósito moral, econômico ou patrimonial pretendido pelo apelante nesta ação e ressaltando que feitos dessa natureza demandam cautela e rigor do julgador, a presunção relativa do registro público atrelada ao fato de que ele deve refletir a realidade e que o Judiciário deve buscar a verdade real constituem fundamentos aptos para lhe oportunizar a produção da pretendida prova técnica, sob pena de restar evidenciado cerceamento de defesa e indevida prestação jurisdicional.

Aliás, inda que o julgador da causa seja o destinatário da prova e tenha o poder discricionário de indeferir as diligências que reputa desnecessárias, revela-se incongruente o julgamento de improcedência do pedido inicial pela ausente demonstração de vício na manifestação de vontade do declarante, quando o feito é julgado antecipadamente sem ser oportunizada a ampla produção de provas do direito titularizado pelas partes.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, nestes termos:

Direito civil. Recurso especial. Família. Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido: arts. 1.604 e 1.609 do Código Civil. [...] 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. [...] 6. No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. 7. Recurso especial desprovido (STJ - Recurso Especial nº 1433470/RS - Rel.ª Min. Nancy Andri ghi - DJe de 22.05/2014).

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifesta:

Direito de família. Ação negatória de paternidade. Retificação de registro. Pedido de realização de exame de dna. Negativa.

Julgamento antecipado da lide. Necessidade de produção de prova. Cerceamento de defesa caracterizado. - Caracteriza-se o cerceamento de defesa quando o magistrado indefere a produção de prova pericial (DNA) e julga antecipadamente a lide, pois tal modalidade de prova é essencial para o deslinde do litígio, que envolve matéria eminentemente fática (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.13.034546-8/001 - Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes - DJe de 18.12.2014).

Civil e processual civil. Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Ministério público. Ausência de parecer prévio à sentença. Nulidade. Inexistência. Preliminar rejeitada. Produção de prova pericial. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Princípio da verdade real. Cassação da sentença (TJMG - Apelação Cível nº 1.0687.03.025254-2/001 - Rel. Des. Carlos Levenhagen - DJe de 29.11.2010).

Desta maneira, no caso em apreço, como a matéria controvertida depende da produção de prova, revela-se ter o julgamento antecipado da lide implicado cerceamento de defesa com manifesta violação à garantia constitucional preconizada pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Destarte, pelos fundamentos em que prolatada, a sentença não merece prevalecer.

Ante o exposto, acolho a questão preliminar suscitada pelo apelante e dou provimento ao presente recurso para cassar a sentença e anular o processo a partir da f. 51-TJ para o fim de determinar a realização do pretendido exame de DNA e o regular prosseguimento do feito.

Custas recursais pela apelada, na forma da lei.

Transitada esta em julgado, retornem os autos ao juízo de origem para regular prosseguimento, observando-se as cautelas legais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARLOS ROBERTO DE FARIA e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de manutenção de posse - Cerceamento de defesa - Ausência de fundamentação - Estrada de acesso - Turbação - Requisitos - Inteligência do art. 561 do CPC/2015

Ementa: Apelação cível. Ação de manutenção de posse. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Rejeição. Estrada de acesso. Posse e turbação. Requisitos preenchidos. Inteligência do art. 561 do CPC/2015. Recurso não provido.

- Não há que se falar em cerceamento de defesa, quando a parte ré foi devidamente citada/intimada para apresentar sua contestação.

- Inexiste ofensa ao art. 93, inciso IX, da CF/88, quando a decisão impugnada está suficientemente motivada, apesar de contrária aos interesses do recorrente.

- Comprovados todos os requisitos previstos no art. 561 do CPC/2015, quais sejam a prova da posse, a sua turbação, a data do ato e a continuidade da posse, mesmo ocorrendo a turbação, deve ser mantida a sentença que entendeu pela procedência do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0718.15.001828-8/001 - Comarca de Virginópolis - Apelante: Sebastião Martins da Silva - Apelados: Ciro Pereira da Silva, Euler José Brumano Pereira, Eustáquio Pereira Batista, Arnaldo Nunes da Silva, Ederilza Brumano Batista - Relatora: DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE NULIDADE DA SENTENÇA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2016. - Shirley Fenzi Bertão - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Sebastião Martins da Silva contra a r. sentença de f. 92/93v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Virginópolis/MG, que, nos autos da "ação de manutenção de posse c/c pedido de antecipação de tutela" ajuizada por Eustáquio Pereira Batista, Ederilza Brumano Batista, Ciro Pereira da Silva, Euler José Brumano Pereira e Arnaldo Nunes da Silva, julgou procedente o pedido inicial, para:

[...] com fundamentação no art. 487, I, do Código de Processo Civil, para que o requerido mantenha os autores na posse da estrada que dá acesso às suas propriedades, sob pena de multa que fixo em R\$1.000,00 (mil reais) até o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Condeno o réu ao pagamento das custas e honorários, no montante de R\$800,00 (oitocentos reais) [...].

Em suas razões recursais acostadas às f. 95/100, o réu, ora apelante, em síntese, assevera que, como o Magistrado primevo indeferiu a liminar pretendida pelos autores, e, via de consequência, determinou a intimação dos autores para que se 'promova, no prazo de 5 (cinco) dias, citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias, na forma do art. 564 do CPC', o requerido aguardou o recebimento do respectivo mandado citatório.

Sustenta que foi “surpreendido por decisão que modificou o entendimento inicial, causando-lhe grave prejuízo, uma vez que sua defesa técnica ficou impossibilitada de ser apresentada”.

Dessa forma, afirma que restou evidente o cerceamento de sua defesa.

Pondera que deve ser reconhecida a ausência de fundamentação e nulidade da r. sentença, nos termos do art. 371 do CPC/2015 e do art. 93, inciso IX, da CR/88.

Ressalta que não foi ela embasada em nenhuma prova testemunhal, fazendo referência tão somente aos documentos acostados juntamente com a inicial, os quais “não comprovam absolutamente nada do que foi narrado na petição inicial”.

Nesse sentido, afirma que houve violação do art. 371 do CPC/2015, visto que o Magistrado primevo “não indicou, em sua decisão, as razões da formação de seu convencimento”.

Ultrapassadas tais preliminares, quanto ao mérito, o apelante sustenta que os depoimentos das testemunhas ouvidas na audiência de justificação não são capazes de levar à procedência do pedido inicial.

Além disso, aduz que incumbia aos autores comprovar os fatos constitutivos de seus direitos, consoante dispõe o art. 373, inciso I, do CPC/2015.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do presente recurso, a fim de reformar a r. sentença combatida, para que seja declarada sua “nulidade, por ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, bem como por ofensa ao art. 371 do CPC e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que o *decisum* padece de fundamentação idônea”. Quanto ao mérito, requer que seja julgado improcedente o pedido inicial de manutenção de posse, bem como sejam os apelados condenados ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Preparo devidamente comprovado, f. 101.

Nas contrarrazões recursais acostadas às f. 103/105, os autores, ora apelados, pugnam pelo desprovemento do presente recurso de apelação, e, conseqüentemente, pela manutenção da r. sentença combatida.

É o relatório.

Primeiramente, esclareço que a análise da controvérsia recursal será feita de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil, tendo em vista que a legislação processual que rege os recursos é aquela da data do registro da decisão em cartório, o qual ocorreu no dia 30 de agosto de 2016 (f. 94).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Depreende-se dos autos que os autores ajuizaram a presente ação de manutenção de posse com o objetivo de fazer com que o réu, ora apelante, cesse e desobstrua por completo a estrada que dá acesso à residência dos autores.

Consta na inicial que os autores, ora apelados, são pequenos proprietários de terras, localizadas na Fazenda Providência, Zona Rural de Santa Efigênia de Minas/MG, sendo que se utilizam de uma estrada que dá acesso às suas residências há mais de 50 anos, aproximadamente.

Ocorre que o requerido adquiriu uma fazenda na localidade, vindo a praticar atos que impedem e dificultam os autores e transeuntes de utilizarem a estrada, como, por exemplo, jogar lama do curral na estrada; ameaçar instalar porteiros; construir diversos quebra-molas sem qualquer regularidade; bem como construir um desvio de curvatura de 90°.

Após o regular trâmite da demanda, o ilustre Sentenciante julgou procedente o pedido inicial, para manter os autores na posse da estrada que dá acesso às suas propriedades, sob pena de multa de R\$1.000,00 (mil reais) até o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), bem como condenou o réu ao pagamento das custas e honorários no montante de R\$800,00 (oitocentos reais).

Inconformado com tal decisão, o requerido interpôs recurso de apelação, requerendo, preliminarmente, a nulidade da sentença, seja pelo cerceamento de defesa, seja pela ausência de fundamentação da sentença. Ultrapassadas tais preliminares, o apelante requereu que fosse julgado improcedente o pedido inicial de manutenção de posse, bem como que fossem os autores condenados ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Preliminar.

Cerceamento de defesa.

Em suas razões recursais, o réu, ora apelante, requereu a cassação da r. sentença, sob o argumento de que teve o seu direito de defesa cerceado, haja vista que aguardou o recebimento do mandado citatório; todavia, foi surpreendido por decisão que modificou o entendimento inicial e, conseqüentemente, lhe impossibilitou de apresentar sua defesa técnica.

Pois bem.

Primeiramente, torna-se importante esclarecer que, nas ações de manutenção e de reintegração de posse, ocorrendo a audiência de justificação prévia, o prazo para apresentar defesa será contado da intimação da decisão que concedeu ou não a medida liminar, consoante prevê o art. 564, parágrafo único, do CPC/2015, confira-se:

Art. 564. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar.

No caso em comento, verifica-se que o réu, Sr. Sebastião Martins da Silva, foi citado e compareceu

acompanhado de seu advogado na audiência de justificação prévia (f. 50v. e 75).

Após o término das oitivas, o douto Magistrado primevo determinou que os autos fossem conclusos, f. 80, e, posteriormente, proferiu decisão que indeferiu a concessão da medida liminar pretendida pelos autores, bem como determinou que estes promovessem, no prazo de 05 (cinco) dias, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias, na forma do art. 564 do CPC/2015, f. 81/82.

Diante de tal decisão, os autores opuseram embargos de declaração, alegando que houve contradição na decisão que indeferiu a medida liminar, sob o fundamento de que o prazo para apresentação da defesa do requerido iniciou-se com o indeferimento da medida liminar (f. 84/85).

O douto Juiz *a quo* acolheu os embargos de declaração, para “esclarecer que o prazo para a apresentação de contestação deverá fluir da intimação do requerido do indeferimento da liminar pretendida”.

Ocorre que, mesmo sendo devidamente intimado da decisão que acolheu os embargos de declaração, o requerido, ora apelante, se manteve inerte, ou seja, deixou transcorrer o prazo para apresentação de sua defesa.

Torna-se importante esclarecer que houve um equívoco na certidão de f. 91, haja vista que ficou certificado nesta que o prazo para apresentação da contestação decorreu *in albis* em 1º.07.2016, tendo como termo inicial a publicação da decisão que indeferiu a medida liminar de f. 81/82, quando, na verdade, o termo inicial é da data da publicação da decisão que acolheu os embargos de declaração, ou seja, em 29.06.2016.

Nesse contexto, caberia ao requerido apresentar sua defesa no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da decisão que acolheu os embargos de declaração, tendo como termo final o dia 20.07.2016.

Portanto, entendo que não há que se falar em cerceamento de defesa, e, muito menos, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se não fosse o bastante, observa-se que o requerido, ora apelante, já foi devidamente citado da presente demanda, tendo, inclusive, como já dito, comparecido na audiência de justificação prévia devidamente acompanhado de seu patrono.

Portanto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

Afirmou o réu, ora apelante, em suas razões recursais, que a r. sentença proferida pelo Juízo *a quo* é nula por ausência de fundamentação, uma vez que não dispôs expressamente a respeito do princípio da motivação, nos termos do art. 371 do CPC/2015 e do art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Alegou que o Magistrado primevo em momento algum “indicou em sua decisão as razões da formação

de seu convencimento, pois não fez sequer referência à prova testemunhal”.

Entretanto, não obstante os argumentos apresentados pelo apelante, entendo que razão não lhe assiste.

É certo que, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição da República, toda decisão judicial deve ser regularmente fundamentada.

Ocorre que se mostra necessário distinguir a fundamentação concisa de ausência de fundamentação, porquanto, na primeira, tem-se uma decisão judicial objetiva, que atende à finalidade de dar ao jurisdicionado a justificativa que levou o Magistrado a tomar determinada decisão, enquanto na segunda a decisão judicial é tomada sem qualquer explanação do motivo que o levou àquele entendimento.

Na espécie, compulsando os autos, notadamente a decisão recorrida, observo que o Magistrado primevo narrou os fatos elencados pelos autores na petição inicial, assim como expôs, de forma clara, todos os fundamentos que o levaram a proferir a sentença que manteve os autores na posse da estrada que dá acesso às suas propriedades.

Tanto é verdade que, em sua sentença de f. 92/93v., mencionou que o direito dos autores foi comprovado através dos documentos juntados com a inicial, chegando até mesmo enumerar os documentos ponto a ponto. Esclareceu, ainda, que o réu não se desincumbiu de seu ônus probatório previsto no art. 373, inciso II, do CPC/2015, devendo prevalecer, portanto, os fatos constantes da petição inicial.

Dessa feita, considerando que o Juízo *a quo* proferiu sua sentença, expondo, de forma transparente, seus fundamentos de acordo com a situação fática do caso *sub judice*, a meu ver não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, porquanto a decisão atende o que prescrevem o art. 93, IX, da Constituição da República e o art. 371 do CPC/2015.

Corroborando, tem-se o julgado dos Tribunais Superiores:

[...] Não é nula a sentença fundamentada sucintamente (*RSTJ* 127/343); de maneira deficiente (*RSTJ* 23/320) ou mal fundamentada (*RT* 599/76), desde que, nesses três casos, contenha o essencial (*STJ* - 4ª Turma - *REsp* 7.870/SP - Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo - j. em 03.12.91 - deram provimento parcial - v.u - *DJU* de 03.02.92, p. 469).

A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento (*STF* - 2ª Turma - *AI* 162.089-8-DF-AgRg - Relator: Ministro Carlos Velloso - j. em 12.12.95 - negaram provimento - v.u. - *DJU* de 15.03.96, p. 7.209).

Logo, rejeito a preliminar de nulidade da sentença. Mérito.

Quanto ao mérito, sustentou o apelante que os depoimentos das testemunhas ouvidas na audiência de

justificação não são capazes de levar à procedência do pedido inicial.

Além disso, aduziu que incumbia aos autores comprovar os fatos constitutivos de seus direitos, consoante dispõe o art. 373, inciso I, do CPC/2015.

Pois bem.

Inicialmente, é importante esclarecer que o réu, ora apelante, foi declarado revel, tendo em vista que, mesmo sendo citado/intimado para apresentar sua defesa, permaneceu inerte.

De acordo com o art. 344 do CPC/2015, o efeito decorrente da revelia é a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, sendo certo que o reconhecimento da revelia não resulta, necessariamente, na procedência do pedido, já que a presunção de veracidade das alegações é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário.

Dessa forma, os efeitos da revelia são relativos, uma vez que a matéria de fato deve ser analisada sob o crivo da plausibilidade e da verossimilhança.

Acerca do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam:

Presunção de veracidade. Contra o réu revel há a presunção de veracidade dos fatos não contestados. Trata-se de presunção relativa. Os fatos atingidos pelos efeitos da revelia não necessitam de prova (CPC 334 III). Mesmo não podendo o réu fazer prova de fato sobre o qual pesa a presunção de veracidade, como esta é relativa, pelo conjunto probatório, pode resultar a comprovação da prova em contrário àquele fato, derrubando a presunção que favorecia o autor (*Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008).

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado do STJ:

Agravo regimental no recurso especial. Processo civil. Revelia. Efeitos. Reconvenção. Direito autoral. Dano. Comprovação. Reexame de provas. Súmula nº 7/STJ. 1. Esta Corte possui entendimento de que, na revelia, a presunção de veracidade é relativa, de forma que a sua ocorrência conduz à procedência do pedido se, com as provas dos autos, o magistrado se convencer da existência dos fatos alegados e não contestados. Entendimento que se aplica à reconvenção. Precedentes. [...] 3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 439.931/SP - Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - Terceira Turma - j. em 20.11.2012 - DJe de 26.11.2012).

Em relação às ações possessórias, o Código de Processo Civil disciplina três espécies, quais sejam a ação de manutenção de posse, em caso de turbação; reintegração de posse, em caso de esbulho; e o interdito proibitório, caso haja justo receio de molestamento no exercício da posse.

A ação de manutenção de posse tem previsão legal no art. 1.210, *caput*, do Código Civil, sendo que o seu procedimento está regulamentado nos arts. 560 e 561, ambos do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.

Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Sobre o tema, a doutrina ensina que:

A simples exteriorização da propriedade chama-se 'posse' e, como tal, por si só, é protegida. Quem tem de fato o exercício de poderes inerentes à propriedade se chama 'possuidor' (CC, art. 485) e, em consequência, é protegido em sua posse contra qualquer espécie de molestamento e ameaça, sem necessidade de provar que é proprietário, nem que possui a coisa a outro título. A proteção possessória é efeito específico da posse. Nela o possuidor será mantido, em caso de turbação, reintegrado, no de esbulho (CC, art. 499) e protegido, no caso de ameaças contra ela (CC, art. 501). Estabelecida que seja a posse, a proteção, como efeito dela decorrente, não depende de qualquer titulação (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed., v. 3, p. 38).

Nesse diapasão, verifica-se que, na ação de manutenção de posse, o possuidor utiliza a via judicial para repelir a turbação (perturbação) que está sofrendo.

No caso em apreço, verifica-se que os requerentes ingressaram com a presente ação de manutenção de posse c/c pedido de antecipação de tutela, tendo como objetivo que sejam mantidos na posse da estrada que dá acesso às suas propriedades, sob o fundamento de que o réu vem impedindo e dificultando a passagem pela estrada.

Ressaltam as seguintes atitudes por parte do requerido: construção de diversos quebra-molas sem qualquer autorização; desvio na estrada, que obriga os moradores a mudarem o percurso antigo, fazendo com que estes percorram uma nova estrada que é perigosa; ameaça à instalação de 02 ou 03 porteiros no local. Ou seja, o recorrente vem tendo atitudes que prejudicam os autores e a comunidade como um todo.

Após analisar detidamente as provas colhidas nos autos, entendo que os requisitos da ação de manutenção de posse, vale dizer, a prova da posse, a sua turbação, a data do ato e a continuidade da posse, mesmo ocorrendo a turbação, restaram devidamente preenchidos.

Iso porque o boletim de ocorrência, juntado às f. 21/25, não deixa dúvidas acerca da comprovação da turbação da posse sofrida pelos autores, na medida em que, em seu histórico, além de constar a versão dos envolvidos, demonstra que o réu confessa os atos praticados, sob o argumento de que está agindo dentro da legalidade. Confira-se:

[...] os solicitantes compareceram nesta unidade, onde relataram que residem em uma área denominada Fazenda Nossa Senhora da Providência e que, há mais de 20 (vinte) anos, existe uma estrada que dá acesso à referida fazenda; que

o autor comprou uma fazenda próximo à saída da cidade há pouco tempo e, desde então, vem causando transtorno aos moradores da cabeceira, anteriormente com água que escorria do curral causando lama e danificando a estrada; fato esse já solucionado, posteriormente, com a construção de quebra-molas sem sinalização; recentemente, fez uma mudança na estrada (desvio), segundo o solicitante do campo 07 em uma Área de Preservação Permanente (APP), tudo sem consulta aos moradores, que não concordam com essa mudança, que, segundo eles, trará prejuízos coletivos; em conversa com o autor, ele relatou que o objetivo da mudança é em benefício de todos, e que, segundo ele, está agindo dentro da legalidade, uma vez que não está cerceando o direito de ninguém; ainda segundo ele, o solicitante do campo 05 disse a ele que arrancaria os quebra-molas durante a noite; as partes foram orientadas a entrarem em acordo ou que procurassem seus direitos junto aos órgãos responsáveis; o autor foi orientado que sinalizasse os quebra-molas para que não fosse responsável por possíveis acidentes causados pela falta de sinalização. [...] (Teor do boletim de ocorrência de f. 24).

Portanto, resta comprovado que o réu, ora apelante, de certa forma, admitiu que vem realizando construções na estrada, ainda que sob o argumento de atender à coletividade.

Ademais, ressalta-se que os documentos de f. 17/18 e 20/20v., o depoimento da testemunha dos autores, acostado às f. 76/76v., e as fotos do local (f. 27/35) corroboram ainda mais o direito dos requerentes.

Dessa forma, não tendo o réu se desincumbido de seu ônus probatório, conforme dispõe o art. 373, inciso II, do CPC/2015, deve ser mantida a sentença, que manteve a posse pretendida pelos autores.

A propósito:

Apelação cível. Ação de manutenção de posse. Art. 927 do CPC. Requisitos demonstrados. Deferimento do pedido. - Caracterizada a posse do bem imóvel, além dos atos turbadores do direito da posse, procedente é o pedido de manutenção de posse (TJMG - Apelação Cível 1.0145.14.020351-7/001 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - 14ª Câmara Cível - j. em 25.02.2016 - p. em 04.03.2016).

Apelação cível. Ação de manutenção de posse. Agravo retido. Perda de objeto. Audiência adiada. Preliminar. Inépcia da inicial rejeitada. Mérito. Requisitos do art. 927 do CPC preenchidos. Turbação em área de loteamento. Recurso improvido. I - Resta prejudicado o agravo retido, por perda do objeto, quando interposto contra decisão interlocutória que determina o adiamento de audiência de instrução e julgamento e quando esta de fato houver sido adiada, prosseguindo o feito normalmente com a audiência redesignada. II - Somente deve ser reconhecida a inépcia da inicial quando o vício apresentar tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional. III - Na ação de manutenção de posse, uma vez comprovado o preenchimento dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, quais sejam a posse anterior, a turbação e sua data, bem como a continuidade da posse, impõe-se a procedência do pedido (TJMG - Apelação Cível 1.0058.02.009945-1/001 - Relator: Des. Marcelo Rodrigues - 11ª Câmara Cível - j. em 22.07.2009 - p. em 03.08.2009).

Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Deferimento de liminar de manutenção da posse. Existência de esbulho. Mandado de reintegração de posse. Necessidade. Requisitos do art. 561 do NCPC/2015 presentes. 1) Para o deferimento de liminar na ação de reintegração de posse, cabe ao autor provar a sua posse; a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; a data da turbação ou do esbulho; e a perda da posse, no caso de reintegração, ou a continuação da posse, embora turbada, no caso de manutenção. 2) Presentes os requisitos do art. 561 do NCPC/2015, em especial o esbulho praticado pela parte requerida, o deferimento da liminar de reintegração de posse é medida que se impõe, mormente se o simples mandado de manutenção de posse não é suficiente para reintegrar a parte autora na posse da área esbulhada. 3) Decisão reformada (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0027.15.033619-9/001 - Comarca de Betim - Agravante: Mauro do Nascimento Ferreira - Agravado: José Saraiva Felipe) (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0027.15.033619-9/002 - Relator: Des. Marcos Lincoln - 11ª Câmara Cível - j. em 05.10.2016 - p. em 13.10.2016).

Ante o exposto, rejeito as preliminares de cerceamento de defesa e nulidade de sentença e nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença combatida, por seus próprios fundamentos de fato e de direito.

Custas recursais, pelo apelante.

Condeno o apelante em honorários recursais que fixo em R\$500,00, (quinhentos reais), com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/2015.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE NULIDADE DE SENTENÇA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Inventário - Casamento - Regime de comunhão universal de bens - Óbito do cônjuge na vigência do CC/1916 - Viúva meeira - Doação da metade da meação a um dos herdeiros - Adiantamento sem dispensa de colação - Equiparação da legítima entre descendentes

Ementa: Apelação cível. Família. Inventário. Casamento. Comunhão universal de bens. Óbito do cônjuge na vigência do CC/1916. Existência de descendentes. Viúva apenas meeira. Doação da metade da meação a uma das filhas. Adiantamento da legítima sem dispensa de colação. Necessidade de igualar a legítima entre as descendentes. Recurso conhecido e provido.

- Considerando que, no Código Civil de 1916, o cônjuge não figurava como herdeiro necessário, figurando em

terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não há que se falar em participação na herança se, à época da abertura da sucessão, o *de cujus* tiver deixado descendentes como ocorreu no caso em esboço.

- Tendo em vista que, à filha comum do casal, o genitor, autor da herança, efetuou a doação de metade da parte que lhe cabia do imóvel, como adiantamento da legítima e sem dispensa da colação, a teor do disposto no art. 1.786 do CC/16, referido bem/percentual deve ser levado à colação, a fim de igualar a legítima, tendo em vista a existência de outra filha.

- Considerando que, à época da abertura da sucessão, o *de cujus* deixou duas filhas, a cada uma delas cabe a metade da herança, o que, no caso, corresponde a 25% do imóvel, porquanto excluída a meação e a participação da viúva na herança, tendo em vista as normas de direito material vigentes à época dos fatos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.16.001910-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: T.S.S. - Apelada: L.R.S. - Interessados: espólio de P.S. e espólio de T.R.S. - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por T.S.S. contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Habib Felipe Jabour, da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba, que, nos autos do inventário dos bens deixados por P.S. e T.R.S., reconheceu que à apelante caberão 6,25% do imóvel a ser partilhado.

Pugna pela reforma da sentença pelos seguintes argumentos: (i) à época da abertura da sucessão de P., vigia o CC/16, o qual não tratava a viúva como herdeira, mas apenas como meeira; (ii) a parte da herança de T.R.S. foi doada pelo genitor em vida, como adiantamento da legítima; (iii) considerando que a viúva não é herdeira e que T.R.S. já havia recebido sua parte, os 25% do imóvel, que corresponde à herança deixada pelo *de cujus*, pertencem integralmente à apelante. Requer seja reformada a sentença para aplicar a lei vigente à época do óbito de P., devendo, portanto, lhe ser pago o correspondente a ¼ do valor do imóvel. Por fim, requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Contrarrazões às f. 102/104.

É o relatório.

Considerando a declaração de pobreza à f. 98 bem como o demonstrativo de crédito acostado à f. 99, concedo à apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Conheço do recurso, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

I - Do objeto do recurso.

Trata-se do inventário dos bens deixados por P.S. e T.R.S., tendo como inventariante L.R.S.

Compulsando os autos, verifico que P.S. era casado, sob o regime de comunhão universal de bens, com a inventariante L.R.S., tendo falecido em 13.02.1991, sem deixar testamento. O *de cujus* deixou duas filhas, T.R.S., também filha da inventariante, e T.S.S., filha unilateral do primeiro casamento, além de um imóvel localizado na cidade de Uberaba.

Na inicial, narra a inventariante que, no ano de 1986, cada um dos genitores doou à filha T.R.S. 25% do imóvel residencial, sendo que, à época da abertura da sucessão de P., ela possuía 75% da nua-propriedade, registrada no cartório local, e 6,25% da propriedade plena do referido bem. Nesse contexto, a inventariante propôs a partilha amigável do percentual do imóvel ainda pertencente ao *de cujus*, qual seja 25%, entendendo que a ela caberia, como meeira, 12,5%, à filha T.R.S. 6,25% e à filha T.S.S., apelante, também 6,25% do imóvel residencial.

O Magistrado *a quo*, embora tenha reconhecido como inoficiosa a doação efetuada por P., porquanto teria ultrapassado a legítima, ao final, reconheceu a adequação da proposta de partilha apresentada pela apelante, ou seja, sendo destinados à herdeira T.R.S. 6,25% do imóvel.

Inconformada, a apelante pugna pela reforma da sentença, argumentando, em síntese, que os 25% do imóvel que ainda pertenciam ao seu genitor à época da abertura da sucessão devem lhe ser integralmente transferidos, pois, conforme disposições contidas no Código Civil de 1916, a viúva não é herdeira, apenas meeira, e à filha T.R.S. o percentual foi doado em vida como adiantamento de legítima, conforme se extrai da certidão acostada à f. 18.

Destarte, conforme se observa, a controvérsia apresentada nos presentes autos cinge-se à verificação do percentual do imóvel residencial deixado pelo falecido P., habitado pela inventariante, viúva do *de cujus*, a que a apelante, filha do primeiro casamento, teria direito.

Antes de adentrar a questão posta nos autos, consigne-se que, tendo em vista a data da abertura da sucessão (13.02.1991), deverão ser observadas as regras insertas no Código Civil de 1916, pois, conforme é cediço, para o deslinde material da questão controvertida aplica-se a lei vigente à época dos fatos.

Conforme se extrai da certidão acostada à f. 12, P. e L. eram casados sob o regime da comunhão universal, o que importa na comunicação de todos os bens presentes

e futuros. Assim sendo, à inventariante pertence, de antemão, 50% do imóvel e, portanto, o que se discute nos presentes autos é a destinação a ser dada à outra metade do referido bem em razão da morte, no ano de 1991, do autor da herança.

Ocorre, porém, que o *de cujus* e a inventariante doaram à T.R.S., como adiantamento da legítima, 75% do imóvel, conforme se extrai da certidão de f. 18.

Da leitura do referido documento, não é possível verificar o percentual que cada genitor doou; porém, considerando que o *de cujus* possuía outro descendente, a interpretação que faço é no sentido de que a inventariante transferiu à filha a integralidade de sua cota-parte, ou seja, 50%, enquanto o genitor transferiu a metade do conjunto de bens que possuía e poderia dispor em vida, o que corresponde, na verdade, a 25% do total do imóvel, restando, portanto, outros 25%, para serem partilhados em razão do direito sucessório, ou seja, que correspondem à herança.

No Código Civil de 1916, o cônjuge não figurava como herdeiro necessário e aparecia apenas em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, vejamos:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes;
II - aos ascendentes;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais;
V - aos Estados, ao Distrito Federal ou à União;
VI - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Conforme se observa, ao cônjuge sobrevivente somente será dado o direito de receber a herança se o *de cujus* não tiver deixado descendentes ou ascendentes.

No caso, conforme já consignado, à época do óbito do autor da herança, além da viúva, deixou também duas filhas, razão pela qual, nos termos da fundamentação acima, à inventariante não pode ser garantido o direito de participação na herança, pois dela deve ser excluída em razão da existência de descendentes vivos. Destarte, cumpre verificar a forma da distribuição da herança considerando apenas as filhas de P.

Estabelecia o CC/16 no art. 1.171: "A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima."

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, é possível concluir que, em regra, eventual doação feita pelos genitores ao filho importa em adiantamento do que este teria direito a receber como herança e, por esse motivo, aberta a sucessão, referidos bens, sob pena de sonegação, devem ser levados à colação com o objetivo de igualar as legítimas e, portanto, destinar aos herdeiros partes iguais da herança.

Art. 1.785. A colação tem por fim igualar as legítimas dos herdeiros. Os bens conferidos não aumentam a metade disponível (arts. 1.721 e 1.722).

Art. 1.786. Os descendentes, que concorrerem à sucessão do ascendente comum, são obrigados a conferir as doações e os dotes, que dele em vida receberam.

Parágrafo único. Se ao tempo do falecimento do doador ou doadores, os donatários já não possuírem os bens doados, trarão à colação o seu valor.

A colação pode, no entanto, ser dispensada pelo doador; contudo, para isso, é imprescindível o registro de referida liberalidade, sob pena de prevalecer a regra geral.

Art. 1.788. São dispensados da colação os dotes ou as doações que o doador determinar que saiam de sua metade, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

No caso dos autos, no que se refere à doação efetuada pelo genitor à filha T.R.S., da análise da certidão de f. 18, verifico ter sido consignado apenas que referido ato foi efetuado como adiantamento de legítima, nada contendo a respeito da dispensa da colação, razão pela qual, nos termos dos dispositivos legais acima transcritos, vigentes à época da abertura da sucessão, o percentual por ela recebido deve ser apresentado no bojo do inventário visando igualar sua parte com a da filha T.S.S.

Destarte, a meação do *de cujus*, que corresponde a 50% do imóvel inventariado, deve ser partilhada entres as duas filhas, cabendo a cada uma delas a metade do total que pertencia exclusivamente ao genitor, pois já excluída a parcela referente à meação da viúva inventariante. Em outras palavras, às filhas T.R.S. e T.S.S. devem ser destinados 25% ou 1/4, para cada, do imóvel em questão.

Nesse contexto, considerando que a parte de T.R.S. foi integralmente recebida por doação em adiantamento de legítima, os outros 25% do imóvel pertencem exclusivamente à apelante.

Por fim, ressalte-se que o fato de T.R.S. ter falecido no ano de 2015 em nada modifica o direito da apelante, pois ela falecera deixando a genitora/inventariante como única herdeira, a quem, portanto, cabe a adjudicação da herança recebida pela filha falecida.

II - Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, reconhecer que à apelante T.S.S. cabem 25% da herança deixada por P.S.

Considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal pelo procurador da apelante e a sucumbência total da apelada, fixo os honorários advocatícios de sucumbência em 11% do proveito econômico obtido, suspensa a exigibilidade, por litigar sob o palio da justiça gratuita, conforme deferido pelo Magistrado a quo à f. 42.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARADORES WASHINGTON FERREIRA e EDGARD PENNA AMORIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Assédio moral - Ambiente de
trabalho - Indenização - Danos morais - Desvio
de função - Perseguição política - Constante
humilhação - Proibição de trabalhar**

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Assédio moral em ambiente de trabalho. Demonstrado. Perseguição política e constante humilhação de servidor público. Desvio de função. Proibição de trabalhar. Dano moral configurado. Procedência do pedido inicial. Sentença confirmada.

- Nos termos do art. 37, § 6º, da CR/88, a responsabilidade do Estado é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, respondendo a Administração Pública pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros, sendo, para tanto, suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, e desnecessária a comprovação da culpa.

- Para que seja configurado assédio moral, é necessário que o autor demonstre que, no exercício de suas funções laborais, foi submetido de forma repetitiva e prolongada a situações humilhantes, capazes de violar seus direitos de personalidade.

- Demonstrados abusos e irregularidades cometidos pela Administração Pública em face de servidor municipal, destacando-se o desvio imotivado de função, a proibição de trabalhar e o constante constrangimento e humilhação, resta configurado o ato ilícito e, por consequência, o dever de indenizar os danos morais sofridos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0080.11.002288-8/001 -
Comarca de Bom Sucesso - Apelante: Município Santo
Antônio do Amparo - Apelado: Francisco Alves - Relator:
DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - *Luís Carlos Gambogi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Santo Antônio do Amparo contra a sentença de f. 341/343-v., que, nos autos da Ação de Indenização movida por Francisco Alves, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais), corrigido pelo IPCA desde a publicação da sentença

e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Nas razões recursais, de f. 354/373-v., sustenta o apelante que a sentença merece reforma, uma vez que não restou demonstrado nos autos que o autor tenha sofrido algum constrangimento moral pelo exercício de suas funções no cargo de vigia no Município de Santo Antônio do Amparo. Pede o provimento do recurso, a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial. Pela eventualidade, pede que sejam revistos os encargos sucumbenciais e fixados proporcionalmente.

Contrarrazões às f. 352/364.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Consta dos autos que o autor é servidor efetivo do Município de Santo Antônio do Amparo, investido no cargo de vigia, desde março de 2002. Ajuizou a presente ação, alegando que vem sofrendo assédio moral e perseguição política desde dezembro de 2008, tendo sido determina do que exercesse a função de auxiliar de serviços gerais, no setor de varrição de ruas.

Como relatado, a sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais).

Pois bem!

O dever de indenizar exige a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano sofrido pela pessoa, o ato ilícito que resultou nesse dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano por ele produzido.

Para que gere a responsabilidade do Estado, imprescindível que se estabeleça um nexo causal entre o dano e a ação do agente, comissiva ou omissiva, sem o que não haveria o prejuízo, não importando se agiu com culpa ou dolo, elidindo-se a responsabilidade civil se não houver um comportamento contrário à ordem jurídica.

Com aderência à linha de raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 670), entendo que a responsabilidade do Estado estabelecida na Constituição da República, além da conduta comissiva (responsabilidade objetiva do Estado), cobre a hipótese da conduta omissiva (responsabilidade subjetiva do Estado); há que se ressaltar, no entanto, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, a opção deste julgador pela responsabilização subjetiva do Estado, nas situações de omissão ou pela má prestação do serviço público (*faute du service*), como ocorre na espécie ora sob julgamento.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República:

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 e eficiência e, também, o seguinte:

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas 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.

Da análise do supramencionado dispositivo constitucional, tem-se que a responsabilidade do Estado - assim compreendida a União, os Estados-membros e os Municípios - é objetiva para o ato comissivo, sob a modalidade do risco administrativo, respondendo a Administração Pública, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, sendo, para tanto, suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, desnecessária a comprovação da culpa.

Conforme destacado, como a Constituição da República de 1988, além da conduta comissiva, sobre a hipótese da conduta omissiva, há que se ressaltar a possibilidade de responsabilização subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*faute du service*). Para esclarecê-la, valiosa é a lição do já citado mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou danoso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso. Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou 'falta do serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 670).

Dessa forma, não obstante polêmica a posição sugerida pelo mestre Celso Antônio, a partir de seu ensinamento, minha interpretação caminha na direção de que é juridicamente possível a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*faute du service*), por meio da qual se passa a exigir a prova da conduta antijurídica ou ilícita, culposa ou dolosa, do nexo causal e do dano.

Esclarecidas as diretrizes para a configuração do dever de indenizar, resta aferir se, na hipótese em exame, cabe a condenação do recorrido no dever de indenizar, em virtude de assédio moral.

Por assédio moral entende-se:

Conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição

do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções (NASCIMENTO, Sonia Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista Ltr*, 68, p. 70/922).

Assim, para que esteja configurado o assédio moral, faz-se necessário que o autor demonstre, nos termos do art. 333, I, do CPC/73, que, no exercício de suas funções laborais, era submetido, de forma repetitiva e prolongada, a situações humilhantes, capazes de violar seus direitos de personalidade.

Assim, constitui dano moral o sentimento de dor, humilhação, sofrimento físico ou espiritual, impingindo tristezas, preocupações ou angústias, afetando o psicológico do ofendido, servindo a indenização como forma de compensar a lesão sofrida.

Destaque-se que a dor de natureza moral deve suplantar os meros aborrecimentos, aos quais as pessoas estão sujeitas, em razão de fatos e atinentes à vida em sociedade, e que, por conseguinte, são incapazes de ocasionar dano passível de ressarcimento.

Da análise dos autos, verifica-se que, apesar de investido no cargo de vigia, a Administração Pública exigiu do autor, ora apelado, que exercesse as funções de auxiliar de serviços gerais, fato incontroverso nos autos, tendo em vista que já fora discutido nos autos do Mandado de Segurança nº 0080.09.014484-3, em que foi concedida a segurança a fim de que o servidor exercesse funções compatíveis com o cargo de vigia. Ressalte-se que a sentença proferida em primeiro grau foi confirmada por este Tribunal em reexame necessário (f. 17/21).

Em tese, o mero desvio de função não seria suficiente para caracterizar a situação de assédio moral. Todavia, os fatos comprovados nos autos demonstram que o servidor foi também submetido a outras situações constrangedoras.

Consta dos autos que foi instaurada sindicância administrativa contra o funcionário, pela Portaria 3.243/2009 (f. 27), em razão de ter sido comunicado ao Prefeito Municipal que o autor se recusara a receber a chave do portão onde funciona o *Projeto Bem te Vi*, local em que deveria exercer suas funções. A sindicância foi extinta e arquivada por não haver prova dos fatos narrados (f. 52/54).

E as testemunhas ouvidas, tanto na fase da sindicância administrativa, quanto em juízo, narraram situação sofrida pelo servidor que se encaixa perfeitamente na conceituação de assédio moral.

Nesse sentido, vale transcrever o depoimento de Geraldo Willian Pimental Arriel, ouvido nos autos, que afirmou que

[...] o autor foi perseguido politicamente, assim como outros servidores, incluído o próprio depoente, por razões políticas; que também presenciou a coordenadora do *Bem Te Vi* proibir o autor de entrar na cantina e no banheiro, assim como o depoente, quanto ao banheiro; que sabe também que aquela coordenadora proibiu fosse fornecida comida feita no *Bem*

Te Vi ao autor; que antes de receber a ordem por escrito para varrer a rua o autor foi para casa, na falta de outra determinação; se o autor não fosse varrer a rua, seu ponto seria cortado; que acha que o autor foi mandado varrer a rua na Av. Padre Cardoso porque é via muito movimentada, política e comercialmente, e assim o autor seria objeto de crítica; que a saúde do autor ficou bem abalada em razão dos fatos (f. 221).

Situação semelhante também foi narrada pela testemunha Maria da Glória Bento Pinto, tendo afirmado que,

[...] inclusive, foi determinado que, ao autor, não fosse fornecida alimentação disponibilizada para todos os demais funcionários e alunos do Bem Te Vi, assim também quanto à água, tendo o autor que beber água fornecida pelo vizinho do projeto, chamado Pedro; que a depoente chegou a comprar alguma coisa para ele comer, quando via que ele estava com fome; que ouviu dizer que o autor foi perseguido no projeto Bem Te Vi por não ter votado na então candidata Abigail; que a referida candidata perdeu a eleição para o atual prefeito (f. 222).

Acrescente-se, ainda, que, em documento subscrito pelo próprio Prefeito Municipal, foi informado que o Diretor de Obras Públicas “não autorizou o requerente passar o cartão de ponto, posto que o mesmo estava descumprindo a ordem de serviço para exercer as funções no cargo de ajudante de serviços gerais” (sic - f. 24).

Diante dessa análise das provas produzidas nos autos, fica claro que o autor, ora apelado, foi vítima de perseguição política e constante humilhação, iniciada com seu indevido e desmotivado desvio de função, prosseguida com a instauração da sindicância e chegando até ao limite de proibição do autor de exercer sua função laboral.

Na hipótese, fora de dúvida que a continuidade dessa situação de constrangimento e de humilhação, por prolongado período, caracterizou a hipótese de dano de natureza moral ao servidor público.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana”, e explica:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfere intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero aborrecimento, dissabor, 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 em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93).

Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2009, p. 359).

Desse modo, estou em que desmerece reparo a sentença recorrida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, ex lege.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA LÍLIAN MACIEL SANTOS - Acompanho o il. Relator em seu judicioso voto.

É que, compulsando os autos, o autor fundamenta seu pedido de danos morais fulcrado no assédio moral que teria sofrido, quando, no exercício do cargo de vigia, foi desviado de função para exercer as atividades de serviços gerais.

Por força de ordem em sede de mandado de segurança, o autor retornou às suas atividades inerentes ao cargo; contudo, continuou a ser perseguido, em razão de condutas de outra servidora.

Juridicamente, o assédio moral pode ser considerado como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, por meio de intimidações, humilhações, descrédito e isolamento.

Segundo o psicólogo sueco Heinz Leymann:

[...] assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho, por meio do estabelecimento de comunicações antiéticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega(s) desenvolve(m) contra um indivíduo que apresenta como reação um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

O assédio moral tem por características a permanência e a intencionalidade da conduta. Por isso, não pode ser confundido com uma contenda esporádica no ambiente de trabalho. Também não se pode rotular um superior hierárquico exigente e metódico, que exige excelência no trabalho, ou um determinado comportamento profissional, como um agressor, porquanto sua conduta insere-se nas prerrogativas de seu poder diretivo e disciplinar.

Feitas essas considerações iniciais, vislumbra-se, no presente caso, efetivamente, ter ocorrido a figura do assédio moral, a gerar a existência de um ilícito e, portanto, o dever de indenizar por parte do Estado de Minas Gerais.

Pela análise das provas, chego à mesma conclusão dos meus ilustres pares de que, no caso, houve um excesso

no uso do poder hierárquico por parte da servidora que administrava o local onde o autor também trabalhava.

As testemunhas ouvidas, tanto na fase da sindicância administrativa, quanto em juízo, confirmaram uma conduta acintosa, sistemática, por parte da referida servidora, que se encaixa perfeitamente na conceituação retrotranscrita sobre a figura do assédio moral.

Destaca-se dos depoimentos que o autor era impedido de conviver com outros colegas de trabalho e com os alunos do local, sendo proibido o acesso a determinados locais.

Sem dúvida, essa ação discriminatória caracteriza o assédio moral e, com isso, emerge o dever estatal de indenizar.

Assim, voto pelo desprovimento do apelo para manter incólume a r. sentença.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Instituição de ensino - Efetivação de matrícula - Desistência ou trancamento - Ônus da prova - Mensalidades escolares - Pagamento - Obrigação

Ementa: Apelação cível. Indenização. Seguro. Bem móvel. Cobertura de casco. Cobertura por morte. Preliminar. Falta de interesse de agir. Rejeição. Negativa de cobertura. Relação contratual. Observância dos requisitos. Não impugnação do valor do bem. Morte de passageiro e motorista. Valor devido.

- O interesse de agir surge da necessidade de obter, por meio da prestação jurisdicional, a proteção do interesse substancial, só se fazendo necessária a comprovação do prévio requerimento administrativo, conforme legislação pertinente, que não é o caso dos autos, além do fato da não impugnação ao pedido administrativo afastar qualquer alegação nesse sentido.

- Restando comprovada a relação jurídica contratual existente com a seguradora, ainda que pleiteada por herdeira do contratante e não restando impugnado o valor do bem segurado, que corresponde ao percentual firmado na apólice, devido o *quantum* afirmado.

- Existindo cláusula contratual que preveja indenização para o caso de morte de pessoas ocupantes do veículo, assim entendido passageiro e motorista, a indenização no limite contratado é medida que se impõe.

- A correção monetária, em caso de negativa de pagamento administrativo, se faz da própria negativa, sendo que, em caso de inexistir nos autos prova de quando tenha ocorrido o sinistro, fato que possivelmente só a

requerida tenha como informar, de forma a não dificultar o cumprimento da execução, deve-se considerar a data do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0191.14.002343-0/001 - Comarca de Corinto - Apelante: Brasil Veículos Companhia de Seguros - Apelada: Rosimere Antunes de Quadros Costa - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2016. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de apelação interposta em razão da sentença de f. 146/151, proferida pela MM. Juíza da Vara Única da Comarca de Corinto, que, nos autos da ação de cobrança de seguro ajuizada por Rosimere Antunes de Quadros Costa em face de Brasil Veículos Companhia de Seguros, decidiu o feito, considerando a procedência parcial do pedido, afastando a preliminar de falta de interesse de agir e condenando a parte ré ao pagamento do valor do veículo, não impugnado, no importe de R\$44.450,00, referente a 100% da tabela Fipe, além de R\$20.000,00, valor referente à morte dos dois ocupantes do veículo.

Inconformada, a parte ré apresentou apelação às f. 153/166, arguindo, em preliminar, a falta de interesse de agir da parte, ao argumento de que não se esgotaram as tentativas administrativas de solução da questão.

No mérito, considera que o pedido não pode subsistir, uma vez que não se pode considerar o direito da parte sem que lhe tenha sido possível auferir o real direito na obtenção da indenização, ou seja, se a parte preenche todos os requisitos necessários à liquidação do sinistro, motivo pelo qual roga pela improcedência do pleito inaugural.

Por oportuno, considera que, se mantida a decisão hostilizada, deve ser reparado o termo inicial da incidência de correção monetária, que deve ocorrer do ajuizamento da ação. Além de tal fato, pede sejam observados os limites da apólice.

Recurso regularmente preparado.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 188/191. É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Insurge-se a apelante contra a v. sentença, ao argumento de que inexistem motivos para se considerar a falta de interesse de agir.

Entende-se como interesse de agir o fato de que não se pode acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair um resultado útil. Assim, espousa-se a referida condição em dois critérios básicos, quais sejam a necessidade e a adequação. Por necessidade, entende-se a impossibilidade de obter a satisfação do direito aduzido sem a intercessão do Poder Judiciário. Lado outro, é imprescindível que haja a adequação entre a via escolhida pelo postulante e a prestação jurisdicional pretendida.

O interesse de agir significa obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse que se julga prejudicado.

Segundo o ensinamento de Moacyr Amaral dos Santos:

Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que se tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso, mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.

Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170).

A respeito do interesse de agir, Humberto Theodoro Júnior explica:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, nos vermos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)'. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 55-56).

Vê-se, pois, que o interesse de agir é caracterizado pela presença de dois elementos, quais sejam a necessidade e a adequação.

A necessidade decorre da proibição da autotutela, sendo que o titular de um direito que se encontra lesado ou ameaçado buscará a sua proteção por meio do Estado.

Já a adequação refere-se à escolha da via processual pertinente, a fim de que se produza um resultado útil.

Assim conclui Alexandre Freitas Câmara:

[...] terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica

de vantagem afirmada na demanda (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1, p. 112).

A meu sentir, é patente a necessidade da apelada de recorrer ao Judiciário para ver satisfeita sua pretensão, mediante a indenização do valor devido em contrato de seguro, tendo utilizado a via correta para tal, uma vez que, conforme se observa da narrativa da apelante, esta negou o pagamento, ainda que seja, como mencionado, pela ausência de documentos.

Rejeito a preliminar.

No mérito, trata-se de ação de cobrança, em que a parte apelada almeja o recebimento do valor da apólice de seguro contratado, o qual fora negado pela apelante.

Temos, então, que o pedido se funda na culpa contratual, que é assim chamada porque indica violação ou falta de um dever fundado em contrato.

Sua evidência está, pois, assente na preexistência de obrigação contratual, que foi descumprida.

A culpa pelo descumprimento do contrato somente pode ser imputada às partes contratantes (ou a seus dependentes), o que não impede que se atribua a outras pessoas, envolvidas em situações de pós-culpa contratual, a responsabilidade, por encontrarem-se envolvidas nos fatos, bem como por contribuírem para a continuidade do evento, desde que demandadas nesse sentido.

Colocadas essas premissas, passo à análise dos fatos.

O contrato firmado entre as partes encontra-se previsto no novo Código Civil, dos arts. 757 ao 777, bem como é regulado pela Circular Susep nº 240, de 5 de janeiro de 2004.

A apelada afirma que, não obstante adimplir com todas as suas obrigações advindas do contrato firmado com a seguradora ré, quando ocorreu o sinistro do veículo de seu marido, do qual é herdeira, a apelante se negou a indenizá-lo como devido, argumentando com alegações genéricas e infundadas.

Em contrapartida, a apelante arguiu que o pedido de pagamento do sinistro é, inquestionavelmente, improcedente, visto que não foram apresentados todos os documentos para a regulação do sinistro.

Contudo, considero que não conseguiu a parte apelante demonstrar quais os documentos que não foram apresentados, se é nítido, pelas provas carreadas com a peça de ingresso, que o veículo foi sinistrado e tinha cobertura contratada com ela.

Ainda nesse sentido é o boletim de ocorrência que noticia a morte do marido e do filho da autora, o que motiva a indenização por morte de passageiros.

Assim, inegável o fato de que tem a parte apelada direito à indenização decorrente da perda do bem móvel na forma contratada, inclusive não se irredimindo a parte apelante em relação ao valor, não havendo que se falar que tenha sido extrapolado o limite da apólice,

uma vez que se leva em consideração 100% da Fipe na forma contratada, associados ao valor referente à morte dos passageiros.

Por fim, no que tange ao termo inicial de incidência da correção monetária, considero que razão parcial assiste à apelante, uma vez que considero por bem aplicar a correção dos valores a partir da negativa da seguradora de cobertura do sinistro, que até ali tinha ela o direito de decidir, motivada ou não, se iria pagar o valor considerado pelo segurado ou por seu herdeiro como devido.

Contudo, uma vez que inexistia nos autos qualquer comprovação da data da negativa, em que pese não tenha sido negada pela parte apelante, considero, por bem, que o termo inicial deverá ser o do pedido administrativo realizado.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso apenas para alterar a data de incidência da correção monetária no caso em apreço, para que tenha como termo inicial a data da negativa.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DINIZ JUNIOR e SHIRLEY FENZI BERTÃO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Legitimidade ativa - Interesse de agir - Poder familiar - Nulidade absoluta

Ementa: Apelação cível. Ação de guarda. Interesse exclusivo da avó paterna. Litisconsórcio passivo necessário. Genitor.

- É legitimado a propor a ação de guarda o genitor ou terceiro com capacidade civil plena, que deseja ter o menor sob seu poder e companhia, ou que deseja regularizar a posse de fato que sobre ele já exerça.

- Exercendo ambos os genitores o poder familiar e sendo ambos os representantes legais do menor, devem ser demandados conjuntamente na forma de litisconsórcio passivo necessário unitário na ação de guarda movida por terceiro interessado.

Sentença anulada, prejudicado o recurso de apelação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0002.11.002554-7/001 -
Comarca de Abaeté - Apelante: R.G.Q. - Apelados:
M.C.O. e H.R.O. - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos, em SENTENÇA ANULADA, PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 4 de novembro de 2016. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto por R.G.Q. contra a sentença de f. 173/175, que, nos autos da ação de guarda que lhe moveram M.C.O. e H.R.O., julgou procedente o pedido inicial para conceder à apelada, avó paterna, a guarda definitiva do menor. Reconheceu o direito da genitora a ter o menor consigo, onde estiver residindo, nos feriados de dia das mães e feriados escolares, bem como o direito de visita durante o ano letivo, ressalvando que ela permaneça em Arraial de Patos do Abaeté ou em Abaeté.

Inconformada com o desate do feito, a requerida apelou, sustentando, preliminarmente, a ausência de interesse de agir do genitor apelado. No mérito, alegou que somente em situações graves, de abandono ou para suprir eventual falta dos pais é que a guarda deve ser retirada da mãe. Defendeu que, após o nascimento do menor, decidiu mudar da casa da apelada para a cidade de Catalão/GO, não sendo seguro levar a criança, sendo somente essa a razão de ter deixado a criança aos cuidados da avó. Argumentou ter melhores condições para cuidar da criança, razão pela qual requer a guarda definitiva do menor.

Devidamente intimada, os apelados ofertaram as contrarrazões de f. 193/195, por meio das quais pugnaram pela manutenção da sentença recorrida.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 201/206, opinando pelo desprovimento do recuso interposto.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade. Ressalto que a ele se aplicam os ditames da lei processual vigente na data da publicação da sentença (Enunciado nº 54 do TJMG e Enunciado Administrativo nº 02 do STJ).

Questão preliminar - ilegitimidade ativa.

A apelante sustentou a ausência de interesse de agir do genitor do menor e, por consequência, sua exclusão da lide, uma vez que não demonstrou interesse em adquirir a guarda para si, quedando-se inerte com a prolação da sentença que a determinou apenas para a avó paterna.

Entretanto, a despeito de a apelante ter suscitado preliminar de falta de interesse de agir, verifica-se tratar, em verdade, de questão afeta à legitimidade ativa do feito.

No caso dos autos, ambos os genitores do menor exercem a guarda sobre ele, nos termos do art. 1.634 do Código Civil/2002 e do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não tendo sido comprovadas quaisquer das hipóteses do art. 1.635 do mesmo diploma legal, fato, inclusive, confirmado pela própria apelante

à f. 33. Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que é a avó paterna quem possui a sua guarda de fato (f. 165/166) e que visa, por meio da presente ação, regularizar tal situação.

É cediço que a ação de guarda deve ser proposta pelo genitor ou por terceiro com capacidade civil plena, que deseja ter o menor sob seu poder e companhia, ou que deseja regularizar a posse de fato que sobre ele já exerça (art. 33, § 1º, ECA) (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, p. 285).

Assim, não sendo do interesse do genitor obter para si a guarda unilateral do menor, deve-se concluir por sua ilegitimidade para figurar no polo ativo da presente ação.

Contudo, verifica-se que este possui interesse na lide, por possuir o poder familiar e ser o representante legal do menor, sendo atingido diretamente pela decisão de mérito que vier a ser proferida neste processo. Por essa razão, o genitor deve, obrigatoriamente, ser incluído no polo passivo da mesma ação, como prevê o art. 114 do CPC/15, sendo a sentença proferida ineficaz em relação a este sujeito e passível de anulação, uma vez que configurado o litisconsórcio passivo necessário unitário.

Ademais, tal inclusão deve ser feita de modo a assegurar os direitos do menor, conforme previsto nos arts. 22, 23 e 25 do ECA e no art. 227 da CF/88.

Por fim, ressalta-se a impossibilidade de aproveitamento dos atos em consonância com o princípio da celeridade processual, uma vez que a nulidade verificada é absoluta, não podendo, inclusive, a autora do processo possuir o mesmo representante processual que o genitor do menor, que deverá ser incluído como réu (arts. 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil), sob pena de aplicação do art. 355 do CP.

Dessa forma, constituindo matéria de ordem pública que pode ser declarada em qualquer fase, reconhecimento a nulidade do feito e anulo a sentença, na forma do art. 115, I, do CPC/15, determinando que retornem os autos à primeira instância para que se promova a inclusão do litisconsorte passivo necessário unitário.

Julgo prejudicado o recurso de apelação.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

Súmula - SENTENÇA ANULADA.
RECURSO PREJUDICADO.

...

Educação pré-escolar - Menor portador de necessidades especiais - Atendimento especializado em instituição pública de ensino - Professor de apoio - Programa de educação inclusiva - Dever do Estado

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Medida liminar deferida. Educação infantil. Menor portador de necessidades especiais. Atendimento especializado em instituição pública de ensino. Professor de apoio. Programa de educação inclusiva. Dever do Estado. Presença dos requisitos legais. Recurso não provido.

- Em mandado de segurança, para a concessão da medida liminar devem concorrer dois requisitos legais: 1) a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial - *fumus boni iuris*; e 2) a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, caso reconhecido na decisão de mérito - *periculum in mora*.

- De acordo com o art. 208, II, da Constituição da República, compete ao Estado assegurar à criança e ao adolescente portador de deficiência atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

- Encontrando-se inequivocadamente atestada a necessidade da disponibilização de atendimento especializado ao menor educando portador de deficiência, que necessita do acompanhamento de professor de apoio, há de ser assegurado o direito correlato, nos termos da previsão contida no art. 58, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 9.394/1996).

- Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0216.16.002609-4/001 - Comarca de Diamantina - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravada: M.E.C.O. - Autoridade coatora: Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais - Relator: DES. CORRÊA JÚNIOR

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - Corrêa Junior - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA JÚNIOR - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a decisão de f. 145/146-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª

Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Diamantina, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por M. contra o ato supostamente ilegal praticado pelo Diretor responsável pela Superintendência Regional de Ensino de Diamantina, deferiu a tutela provisória, para que o impetrado forneça para a impetrante, nos termos da Guia de Orientação da Educação Especial na rede estadual de ensino de Minas Gerais, professor de apoio, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 limitada a R\$20.000,00, a ser suportada pelo impetrado.

Em suas razões de inconformismo, o agravante alega, em suma: que não estão presentes os requisitos para o fornecimento de professor de apoio, eis que a impetrante não é portadora de disfunção neuromotora grave, deficiência múltipla e/ou transtornos globais do desenvolvimento (autismo infantil, Síndrome de Asperger, Síndrome de Rett, Transtornos Desintegrativos da Infância); que o mandado de segurança não é a sede para a prova de uma das disfunções citadas; que os recursos do Estado são finitos e o numerário utilizado para o custeio do “professor de apoio” será necessariamente retirado de alguma destinação prática; que, pelo princípio da eventualidade, a multa é inadequada.

Ao fim, pugnou pela concessão do efeito suspensivo ao agravo.

Por meio de decisão fundamentada - f. 178/185-TJ -, o presente recurso foi devidamente recebido e processado, com o indeferimento do efeito suspensivo almejado.

O douto magistrado primevo prestou as informações que lhe foram solicitadas, comunicando o cumprimento do art. 1.018 do NCPC pela parte agravante, bem como a manutenção da decisão recorrida - f. 192/193-TJ.

Contraminuta apresentada pela parte agravada em óbvia infirmação - f. 199/205-TJ.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar no feito, opinou pelo desprovisionamento do recurso - f. 230/231-TJ.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Conforme se afere dos autos, M., menor impúbere, devidamente representada por sua genitora, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato supostamente ilegal praticado pelo Diretor da Superintendência Regional de Ensino de Diamantina, sob o fundamento de que é aluna do 2º ano do ciclo inicial de Alfabetização da Escola Estadual Badaró Junior, situada em Turmalina, sendo que, no ano de 2015, quando cursava o 1º ano do ciclo de alfabetização, foi acompanhada por Professor de Apoio, mas ao iniciar o ano de 2016, mesmo apresentando laudos médicos amplos declarando a sua necessidade, teve o pedido negado, sob o argumento de que não faz jus a um professor de apoio, pois tem deficiência intelectual e necessita de sala de apoio.

Asseverou, na inicial, que não lhe foi fornecido professor de apoio, muito menos disponibilizada a sala de apoio, pelo que está impedida de exercer o direito à educação, sendo que todos os laudos médicos são unânimes em afirmar que a impetrante necessita de um professor de apoio.

Ao recebimento da inicial, o douto magistrado a quo deferiu a liminar requerida pela impetrante, determinando que o impetrado forneça, nos termos da Guia de Orientação da Educação Especial na rede estadual de ensino de Minas Gerais, professor de apoio, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, limitada a R\$20.000,00, a ser suportada pelo impetrado, ensejando o maneio do presente recurso.

Pois bem.

O art. 7º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016, de 10 de agosto de 2009, estabelece que a medida liminar será deferida quando “houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

Portanto, para que haja a concessão da medida liminar devem concorrer dois requisitos legais, quais sejam: 1) a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial - *fumus boni iuris*; e 2) a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, caso reconhecido na decisão de mérito - *periculum in mora*.

Com efeito, a liminar não é concedida a título de antecipação dos efeitos da tutela mandamental. É medida acauteladora do possível direito do impetrante, justificada pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional, moral ou processual, caso mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

E, no caso dos autos, após detida análise da questão *sub judice*, em que pesem as razões expendidas pelo impetrado, tenho que a solução adotada pelo MM. Juiz primevo é a que melhor se coaduna com os princípios basilares do direito, pelo que, a meu ver, a decisão hostilizada deve ser mantida.

Inicialmente, impende salientar que a educação é um direito de todos e sua garantia é um dever que compete ao Estado e à família, a teor do disposto no art. 205, da CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Não se desconhece, ainda, o teor do art. 208, do mesmo diploma constitucional, que cuidou da garantia ao acesso à educação, inclusive quanto ao ensino especial, estabelecendo o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Nessa linha, a Lei nº 9.394/96, em seu Capítulo V, prevê as normas aplicáveis a educação especial. Vejamos:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que

apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

Parágrafo único. O poder público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

Nota-se que, de acordo com o disposto no art. 58, § 1º, do referido diploma, a inclusão dos alunos portadores de necessidades especiais deve ser realizada, em regra, na rede regular de ensino, sendo que haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

Portanto, será garantido ao educando que necessita de apoio especializado frequentar a escola regular, sendo-lhe assegurada a efetivação do direito à educação, com a devida observância às peculiaridades do seu caso, ou seja, recebendo atendimento educacional especializado para o seu acompanhamento.

E, no caso dos autos, vislumbra-se dos laudos e relatórios juntados ao feito que a menor agravada apresenta “quadro de retardo neuropsicomotor (aquisição tardia da fala e marcha em torno dos 3 anos) com importante prejuízo do desenvolvimento intelectual, grave atraso no âmbito acadêmico com impacto significativo nas relações interpessoais”, pelo que “necessita de professor facilitador para assistência individualizada pelo Programa de Educação Inclusiva” (f. 32-TJ).

Portanto, restou evidenciado que a menor agravada possui elevado grau de dificuldade de aprendizagem e socialização, necessitando de constante intervenção e acompanhamento na escola, com linguagem simples e clara adaptada para a aluna, em caráter de urgência, o que lhe foi concedido, a meu ver, adequadamente, em sede liminar, pelo digno magistrado da causa.

No sentido do entendimento sufragado, eis o precedente deste egrégio Sodalício:

Ação de obrigação de fazer. Atendimento educacional especializado. Disponibilização de ‘professor de apoio’ para menor portador de ‘transtorno do espectro autístico’ associado a ‘transtorno do comportamento’. Procedência do pedido. Dever do ente público municipal. Direito à educação. Integração ao ambiente escolar. Previsão constitucional e legal. Sentença confirmada em reexame necessário. 1 - É dever do Estado, em sentido amplo, assegurar à criança e ao adolescente atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 2 - Diante da omissão do Poder Público, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer

ingerência indevida na área de competência do Executivo, uma vez que a pretensão é tão somente em relação ao cumprimento do dever constitucional do Estado em sentido amplo, de promover a educação, valendo-se de comandos constitucionais e legais (TJMG - Reexame Necessário Cível nº 1.0674.15.001041-3/001, Relator Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, j. em 1º.09.2016, publicação da súmula em 04.10.2016).

Ação civil pública. Aluno da rede municipal de ensino. Portador de deficiência mental e psicológica. Pretensão de obter professor de apoio. Plausibilidade. - É dever do ente público garantir o atendimento educacional especializado ao portador de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (CR, art. 208, III). Comprovado quadro clínico de deficiência mental e psicológica, e constatada a necessidade de acompanhamento por professor de apoio, é de se manter a r. decisão que impôs a assistência ao ente público (TJMG - Ap. Cível/Reex. Necessário nº 1.0342.14.012987-1/002, Relator Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 17.05.2016, publicação da súmula em 23.05.2016).

Logo, possui a menor o direito de ser acompanhada por um auxiliar de apoio à inclusão capacitado, de forma a maximizar o seu aproveitamento escolar, em função da deficiência cognitiva que apresenta.

Conforme já mencionado, a integração do portador de deficiência em escola de ensino regular, com atendimento educacional especializado, é garantia constitucional que deve ser observada.

Com base nas considerações acima, tenho que se encontram presentes no feito tanto a fumaça do bom direito quanto o perigo da demora, a justificarem a medida liminar deferida na origem, pelo que a irresignação do agravante nesta seara recursal não merece acolhida.

Conclusão.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas recursais pelo agravante, observada a isenção legal.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e EDILSON FERNANDES.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação de cobrança - Seguro de vida em grupo - Diárias por incapacidade temporária - Doença psicológica - Assalto durante o trabalho - Exclusão de cobertura - Cláusula contratual - Clareza

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de vida em grupo. Acidente pessoal. Diária de incapacidade temporária. Doença resultante de acidente de trabalho. Exclusão de cobertura. Abusividade não evidenciada. Indenização indevida.

- O seguro foi contratado para cobertura específica de eventos resultantes de acidentes pessoais, sendo certo que há previsão expressa de que as doenças, incluídas as profissionais, não estão abarcadas por ele.

- Ainda que se considere que os transtornos psicológicos experimentados pelo segurado no exercício de sua atividade profissional configurem acidente de trabalho, não faz jus ao recebimento da cobertura relativa à diária de incapacidade temporária, diante da exclusão expressa acima destacada.

- Não é abusiva a cláusula que exclui a cobertura securitária de determinados eventos, quando redigida de forma clara, permitindo ao consumidor sua exata compreensão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0687.15.002826-8/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Raimundo Pereira de Aguiar - Apelado: ACE Seguradora S.A. - Relatora: DES. JULIANA CAMPOS HORTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2016. - *Juliana Campos Horta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Trata a presente espécie de apelação interposta contra a sentença de f. 131/134 proferida nos autos da ação de cobrança proposta por Raimundo Pereira de Aguiar contra ACE Seguradora S.A., por meio da qual o MM. Juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Timóteo julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento das custas e honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade judiciária concedida.

Recorre o autor, defendendo que faz jus ao recebimento da indenização relativa às diárias por incapacidade temporária, em razão de doença decorrente de acidente de trabalho.

Informa ter aderido ao seguro de vida em grupo; que contraiu diversas doenças psicológicas, motivo pelo qual se encontra afastado do trabalho desde 20.10.2014. Afirma que a patologia que o acomete foi desenvolvida em razão de acidente de trabalho.

Destaca o conceito de acidente de trabalho e as situações que se equiparam a ele; e afirma que são devidas as diárias por incapacidade física temporária previstas na apólice do seguro contratado, uma vez que se encontra incapacitado para exercer suas funções.

Diz que a interpretação do contrato de seguro deve ser feita de maneira mais favorável ao segurado.

Destaca, por fim, que, em caso de modificação da sentença recorrida, os honorários devem ser fixados no percentual de 20% do valor total da condenação.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões acostadas às f. 143/150.

É o relatório.

Constatada a presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Busca o apelante a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da seguradora a efetuar o pagamento da cobertura de diária de incapacidade temporária, prevista no contrato de seguro de vida em grupo ao qual aderiu, em razão de vínculo empregatício com a empresa Autotrans Transportes Urbanos e Rodoviários.

Destaca que vem recebendo auxílio-doença por acidente de trabalho pelo INSS desde 14.11.2014, em razão de doença psicológica, que o acomete desde que foi vítima de assalto durante o desempenho de suas atividades profissionais.

Defende que, uma vez comprovado o acidente de trabalho, e encontrando-se incapacitado para o exercício de suas funções, tem direito ao recebimento das diárias por incapacidade física temporária previstas na apólice do seguro contratado.

O documento de f. 28 comprova que o apelante encontra-se coberto pelo seguro denominado Canguru - Acidentes Pessoais através das apólices nºs. 28.93.00002550.12 e 28.82.82.0006022-12, que prevê as seguintes coberturas: a) morte; b) morte acidental; c) invalidez permanente total/parcial por acidente; c) diária de incapacidade temporária - até 90 dias; d) auxílio funeral; e e) cesta básica em caso de morte.

Especificamente sobre as diárias por incapacidade temporária por doença, as condições do seguro estabelecem:

Diárias por incapacidade temporária por acidente: garante ao(s) beneficiário(s) o pagamento de um valor diário fixo, pagável por dia de afastamento do Segurado em virtude de sua Incapacidade Temporária, causada por acidente pessoal, ocorridos dentro do período de cobertura, ficando o Segurado incapacitado para exercer suas atividades profissionais, por um período superior à franquia contratada, por determinação médica e comprovável por atestados médicos e exames complementares, observado o limite de diárias estabelecido.

Para reconhecer o direito ao recebimento da cobertura acima destacada, é preciso se atentar que o seguro foi contratado para resguardar o segurado em casos de acidentes pessoais, cuja definição também está prevista de forma destacada nas condições gerais nos seguintes termos:

3. Definições

Acidente Pessoal: evento com data caracterizada exclusiva e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só, e independentemente de toda e qualquer causa que tenha como consequência direta

a morte ou invalidez permanente total ou parcial do segurado. Incluem-se no conceito de Acidente Pessoal as lesões acidentais decorrentes de: a) suicídio, ou sua tentativa; b) acidentes decorrentes de ação de temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o Segurado ficar sujeito em decorrência do acidente coberto; c) acidentes decorrentes de escapamento acidental de gases e vapores; d) acidentes decorrentes sequestros e tentativas de sequestros; e) acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causados exclusivamente por fraturas ou luxações radiologicamente comprovadas. Não se incluem no conceito de Acidente Pessoal: a) as doenças (incluídas as profissionais), quaisquer que sejam as suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência do acidente coberto; [...]

Observa-se, portanto, que o seguro foi contratado para cobertura específica de eventos resultantes de acidentes pessoais, sendo certo que há previsão expressa de que as doenças, incluídas as profissionais, não estão abarcadas por ele.

Neste contexto, ainda que se considere que os transtornos psicológicos experimentados pelo apelante no exercício de sua atividade profissional configurem acidente de trabalho, não faz jus ao recebimento da cobertura relativa à diária de incapacidade temporária, diante da exclusão expressa acima destacada.

É preciso destacar que não é abusiva a cláusula que exclui a cobertura securitária de determinados eventos, quando redigida de forma clara, permitindo ao consumidor sua exata compreensão.

A propósito:

Apelação cível. Seguro de vida em grupo. Invalidez permanente e parcial por doença. Ausência de cobertura. Indenização indevida. Recurso de apelação conhecido e não provido. - I - A atividade securitária está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no seu artigo 3º, § 2º. II - Nos contratos de seguro, os contratantes têm a obrigação de agir com boa-fé e transparência em relação às declarações ou circunstâncias que possam influir na celebração do negócio. III - A abusividade de cláusula deve ser analisada caso a caso, não se podendo concluir que há ilegalidade pelo só fato de haver previsão de restrição de cobertura. IV - Constatada a ausência de invalidez permanente e total do segurado, incabível a indenização securitária. V - A concessão da aposentadoria pelo INSS gera presunção relativa acerca da existência de invalidez permanente para o trabalho, podendo ser elidida por prova em contrário, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. VI - Recurso de apelação conhecido e não provido. (Apelação Cível nº 1.0024.06.987273-7/001 - 16ª Câmara Cível - Relator: Exmo. Sr. Des. Bitencourt Marcondes - j. em 18.02.2009).

Assim, prevendo o contrato que as doenças profissionais não se incluem no conceito de acidente pessoal, incabível a condenação da seguradora ao pagamento da indenização pretendida.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso.

Custas e honorários recursais fixados em 5% sobre o valor atualizado da causa pelo apelante, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade judiciária concedida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação Ordinária - Indenização - Empréstimo por meio de internet - Instituição financeira - Fraude - Google - Provedor de pesquisa - Mero hospedeiro da publicidade - Filtragem - Fiscalização do conteúdo - Impossibilidade - Ausência de responsabilidade solidária - Ato ilícito praticado por terceiro - Prova - Restituição devida - Dano moral - Ocorrência

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Fraude perpetrada por terceiro. Google. Mero mecanismo de pesquisa. Ausência de responsabilidade. Restituição de valores. Dano moral.

- A Google figura como mera hospedeira da publicidade realizada por empresas que vendem produtos e prestam serviços, não possuindo obrigação de fiscalizar previamente o conteúdo das informações que serão publicadas na internet, razão pela qual não pode ser responsabilizada por fraude perpetrada por terceiros.

- Demonstrada a prática de fraude, tem a autora direito à restituição dos valores pagos.

- O fato de a autora ter sido vítima de fraude por si só enseja o dano moral, uma vez que causa sofrimento, angústia e descontentamento exacerbados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0720.12.002964-3/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelantes: 1ª) Edna Ferreira de Castro Silva; 2ª) Ativa-Sistema Institucional de Crédito - Apeladas: Google Brasil Internet Ltda., Edna Ferreira de Castro Silva - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS E, DE OFÍCIO,

ALTERAR O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA.

Notas taquigráficas

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença de f. 275/276-v., proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Edna Ferreira de Castro Silva em face de Ativa-Sistema Institucional de Crédito e Google Brasil Internet Ltda., por meio da qual o Magistrado singular julgou improcedente o pedido inicial em relação ao segundo requerido, e, com relação ao primeiro, julgou procedente para declarar nula e inexigível a contratação questionada na inicial, condenando a primeira requerida à devolução de R\$4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais) à autora e indenização a título de danos morais em R\$8.000,00 (oito mil reais).

Condenou o primeiro requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da causa, e fixou em R\$1.000,00 (mil reais) os honorários devidos à curadora especial dada à primeira ré.

Primeiro recurso.

A autora, primeira recorrente, às f. 277/286, tece considerações acerca da aplicabilidade do CDC no presente caso, aduzindo, em síntese, a legitimidade do segundo requerido para responder solidariamente à presente ação.

Contrarrazões apresentadas às f. 296/305.

Segundo recurso.

A ré, Ativa-Sistema Institucional de Crédito, segunda apelante, por sua vez, afirma, às f. 287/289, que deve ser afastada a sua condenação ao pagamento de dano moral, bem como a restituição de qualquer valor à autora. Em tese eventual, discorre que deve ser reduzido o valor da indenização a título de danos morais fixado pelo Magistrado singular.

Contrarrazões apresentadas às f. 291/295.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Publicada a sentença em 12.04.2016 (f. 276-v.), apelações protocolizadas em 18.04.2016 (f. 277) e 03.05.2016 (f. 176). Primeira apelação sem preparo, por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça (f. 96), e segunda apelação sem preparo, por estar representado por curador especial (f. 190). Conheço dos recursos, por presentes os requisitos de admissibilidade e, nos termos do art. 1.012 do CPC, recebo-o no efeito suspensivo.

Mérito.

Ambos os recursos serão analisados conjuntamente.

A autora, ora primeira apelante, ajuizou a presente ação, alegando que, em março de 2012, precisava efetuar um empréstimo e, por do mecanismo de busca da Google, realizou pesquisa sobre "empréstimos consignados", tendo encontrado informações acerca de

uma instituição financeira denominada “Ekos Crédito”. Salientou que se deparou com a proposta de empréstimo no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser pago em 84 parcelas no valor de R\$701,00 (setecentos e um reais), as quais seriam descontadas diretamente em folha, em conformidade com a proposta que procurava.

Nesse sentido, narra que ficou com receio de aceitar tal proposta ante a possibilidade de eventual fraude, visto que desconhecia a instituição financeira, contudo tal empresa oferecia os empréstimos por meio de um *site* de renome mundial, qual seja a Google, o que lhe transmitiu confiança.

Dessa forma, sustenta que tomou as providências cabíveis para a contratação do empréstimo, sendo que a instituição financeira inicialmente exigia que fossem realizados depósitos em sua conta bancária para tanto, tendo a recorrente efetuado depósitos no montante total de R\$4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais). Diante disso, por não ter condições de arcar com o pagamento de tal empréstimo, bem como pelo fato de que o empréstimo não teria sido concedido, a recorrente esclarece que solicitou a devolução dos valores pagos, sem êxito, contudo.

Por tais razões, afirma que não teve escolha, senão o ajuizamento desta ação, inclusive em face da Google Brasil Internet Ltda., sob a égide do art. 3º do CDC, insistindo que, muito embora a Google não tenha fornecido diretamente o empréstimo em questão, a autora/apelante confiou nas informações por ela prestadas, por conferir credibilidade aos anúncios nela veiculados.

Contudo, o simples fato de a autora ter encontrado a proposta de empréstimo por meio de pesquisa realizada no *site* da Google não a torna responsável pela fraude perpetrada por terceiro.

Isso porque a Google figura como mera hospedeira da publicidade realizada por empresas que vendem produtos e prestam serviços, não possuindo obrigação de fiscalizar previamente o conteúdo das informações que serão publicadas na internet.

A Google tão somente auxilia o interessado a encontrar o conteúdo buscado por meio das palavras-chave inseridas, cabendo ao usuário da internet verificar a confiabilidade que o fornecedor de produto ou serviço lhe proporciona.

Quem se utiliza da internet deve estar ciente de que se trata de uma rede mundial de computadores interligados, a qual pode ser utilizada por toda e qualquer pessoa sem distinção, o que torna impossível o controle prévio de prática de fraudes.

Não há dúvidas de que o único responsável pelo dano é o agente que, de fato, pratica a fraude, não havendo como reconhecer que a Google possui obrigação solidária de indenizar a parte autora.

Cumprido registrar que a Google é ferramenta de pesquisa virtual, acionada para procura de informações de livre acesso, atendendo aos mais variados interesses, apontando o que existe sobre o assunto pesquisado,

inclusive com atualizações regulares e até instantâneas. Referidas informações abastecem seu sistema de procura, porém não fazem parte do seu próprio banco de dados, sendo que tudo aquilo que é disponibilizado eletronicamente pode ser encontrado por meio dessa ferramenta de consulta.

Logo, inseridas as informações no campo virtual, elas ficam acessíveis ao público em geral, sendo difícil ou impossível o controle de quem vai ter ciência do conteúdo disponibilizado e a forma de utilização de tais elementos.

A propósito:

Internet. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia. Restrição dos resultados. Direito à informação. - A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. Assim, não é possível, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Isso porque os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel restringe-se à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa. Além disso, sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, deve sobrepor-se a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF, sobretudo considerando que a internet representa importante veículo de comunicação social de massa. E, uma vez preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão da web de uma determinada página virtual sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página -, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, encontra-se publicamente disponível na rede para divulgação (REsp 1.316.921-RJ, Rel.º Min.º Nancy Andrighi, j. em 26.06.2012).

Destaca-se que somente caracterizaria ato ilícito praticado pela Google, caso fosse demonstrada uma conduta omissiva, se devidamente acionada para retirada de determinado conteúdo e, ainda assim, permanecesse inerte, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, somente a ré Ativa-Sistema Institucional de Crédito é legitimada a responder pela restituição dos valores por ela depositados, bem como pela indenização a título de dano moral em tese sofrido.

Ademais, como bem salientou o Juiz *a quo*, não há prova nos autos de que a requerida em comento forneceu algo além da busca por meio da qual a autora encontrou a primeira requerida.

Conclui-se, portanto, a impossibilidade de imputação responsabilidade solidária da Google ao presente caso, não merecendo reparo a sentença quanto a esse ponto.

O réu, por sua vez, defende que deve ser afastada a sua condenação ao pagamento de dano moral, bem como a restituição de qualquer valor à autora. Em tese eventual, discorre que deve ser reduzido o valor da indenização a título de danos morais fixado pelo Magistrado singular.

No caso, o apelante explicita que a autora foi, indubitavelmente, vítima de um golpe típico de estelionatários, ressaltando que os depósitos foram realizados na conta de Vinícius Ghiraldini, alegando, ainda, que restou incontroverso o fato de que as negociações se deram por telefone, não tendo a autora sequer comparecido à sede da empresa para qualquer negociação.

Também argumenta que não recebeu nenhum depósito efetuado pela autora, não havendo falar em restituição desses valores, tampouco em sua condenação por danos morais.

Entretanto, conforme acima narrado e de acordo com os documentos que instruem o presente feito, depreende-se que a autora efetuou o depósito de f. 39, no valor de R\$2.800,00, para a conta de Vinícius Ghiraldini, indivíduo que aparece como corretor da requerida, cuja razão social é “Equipe Ekos”, nas negociações realizadas entre as partes, conforme consta nos documentos de f. 41/95.

Percebe-se, ainda, que as partes pactuaram que, após a realização do depósito em questão, seria liberado o empréstimo à autora. Contudo, foi solicitado que a autora realizasse o pagamento de uma quantia que, em tese, seria referente ao seguro da contratação, sem que fosse liberada qualquer quantia referente ao financiamento à autora, tampouco restituídos os valores por ela pagos. Ademais, em nítido propósito fraudulento, o mencionado corretor procedeu ao encerramento de sua conta bancária na qual foram efetuados os depósitos pela autora (f. 100/101).

Logo, não há dúvidas acerca da fraude perpetrada, tendo a autora direito à restituição dos valores.

Quanto ao dano moral, sabe-se que o dever de indenizar pressupõe a confluência de três requisitos: a prática de uma conduta antijurídica, a existência de um dano, bem como o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos (arts. 186 e 927 do CC).

A possibilidade de indenização deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Em qualquer hipótese, porém, exige-se a violação de um

direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano suportado.

Desse modo, diante dos fatos narrados, restou caracterizado o dano moral sofrido pela autora, tendo em vista que foi vítima de uma fraude articulada pela ré/apelante, o que é capaz de gerar sofrimento, aflição, mágoa e descontentamento exacerbados, que justificam a condenação.

No tocante ao valor da indenização, cumpre destacar que não existe parâmetro objetivo para aferir e quantificar o abalo psíquico sofrido pela vítima de danos na sua esfera moral, devendo o valor da indenização por dano moral atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão, assim como não pode ser elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

Oportuna é a lição de Maria Helena Diniz:

[...] o juiz determina, por equidade, 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 atenua 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*, a. II, n. 9, p. 9, jan./fev. 1996).

Dessa forma, diante das especificidades do caso concreto e atentando-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado em R\$8.000,00, mostrando-se tal valor apto a desestimular a reiteração da conduta por parte da ré e compensar a autora pelos danos suportados.

A correção monetária e os juros moratórios são acessórios e consectários lógicos da condenação (danos morais) e não se trata de parcela autônoma de julgamento, de modo que sua incidência independe da vontade da parte.

Ainda, constituem matéria de ordem pública, de modo que aplicar, alterar ou modificar seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento *extra petita*, nem *reformatio in pejus*.

Nesse sentido já se pronunciou o STJ:

Recurso especial. Seguro. Embriaguez. Prova. Fundamento inatcado. Juros moratórios. Termo inicial. Matéria de ordem pública. - 1 - Ausente impugnação a fundamentos do acórdão recorrido, aplica-se a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. 2 - Os juros de mora constituem matéria de ordem pública e a alteração de seu termo inicial, de ofício, não configura *reformatio in pejus*. (Precedentes: AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta

Turma, DJe de 15.12.2010; EDcl nos EDcl no REsp 998935/DF, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 04.03.2011). 3 - Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 086197-SP Relator Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 28.06.2011, DJe de 01.07.2011) .

Em se tratando de dano moral, a correção monetária incide a partir do arbitramento, conforme dispõe a Súmula 362 do STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

Dessa forma, o termo inicial de incidência da correção monetária deve ser mantido, já que é devida a partir da prolação da decisão que fixa o *quantum* indenizatório, ou seja, a partir da publicação da sentença.

Já os juros de mora devem incidir desde o evento danoso, pois, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos, mantendo inalterada a sentença nos termos constantes neste voto e, de ofício, determino que, sobre a indenização por dano moral, incidam juros de mora a partir do evento danoso.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas do primeiro recurso, bem como a pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da ré Google, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade por ser beneficiária da gratuidade de justiça.

Em relação ao segundo apelo, condeno a ré Ativa-Sistema ao pagamento das custas recursais e, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11º, do CPC, tendo em vista o trabalho desenvolvido pelos patronos da autora neste recurso, majoro os honorários advocatícios para 17% (dezessete por cento) sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS E, DE OFÍCIO, ALTERARAM O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA.

...

Usucapião extraordinária - Requisitos - *Animus domini* - Ausência - Contrato de comodato verbal - Posse precária - Posse indireta

Ementa: Direito civil. Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Requisitos não preenchidos. Ausência do *animus domini*. Contrato de comodato verbal. Posse precária. Posse indireta caracterizada. Sentença mantida.

- Na ausência de comprovação do *animus domini*, requisito indispensável para reconhecimento da usucapião,

o ônus probatório é da parte autora, nos termos do art. 373, I, do CPC.

- É sabido que o comodato pode ser formalizado por escrito ou verbalmente, com prazo determinado ou indeterminado, bem como que seu objetivo é conceder ao comodatário (possuidor direto) o direito de possuir a coisa de propriedade do comodante temporariamente, sendo precária, portanto, a posse daquele.

- Comprovado o exercício da posse indireta sobre o bem, não há de se falar em abandono e omissão em relação ao imóvel e, conseqüentemente, em reconhecimento de propriedade do bem cedido em comodato por meio de ação de usucapião.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.13.003207-4/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Neuza Faria Batista - Apelados: Gilberto Gallate e Samira Jorge Gallate - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - Otávio de Abreu Portes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - I - Relatório.

Trata-se de ação de usucapião extraordinária que Neuza Faria Batista promove em desfavor de Gilberto Gallate e Samira Jorge Gallate.

Adoto a síntese da pretensão e do pedido constante da sentença:

Neuza Faria Batista, qualificada nos autos, ingressou com a presente ação em face de Gilberto Gallate e Samira Gallate, também qualificados, ao argumento de que, há mais de 37 anos, detém a posse mansa, pacífica e ininterrupta, sem oposição e com *animus domini* sobre um imóvel urbano, localizado nesta cidade, na Rua Professor Ricardo Elias, nº 308; que não possui qualquer outro imóvel, rural ou urbano; que reside e cuida do imóvel como seu, ultrapassando o lapso temporal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, o que a legitima a promover a presente ação de usucapião para adquirir-lhe a propriedade. Requereu seja julgado procedente o pedido e determinado o registro da sentença no serviço registral local, tendo instruído a inicial com os documentos de f. 07/21 dos autos.

O pedido foi julgado improcedente nos seguintes termos:

Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo totalmente improcedente o pedido formulado na presente ação, o que faço com resolução de mérito e ao amparo do art. 269, I, do CPC.

Consubstanciando seu inconformismo nas razões da apelação (f. 170/173), alega a requerente/apelante que a sentença proferida merece ser reformada, tendo em vista que comprovou que ocupa o imóvel por período superior a 30 (trinta) anos, com *animus domini*, de forma contínua, mansa e pacífica. Destaca que a parte apelada deixou de comprovar que a apelante teria iniciado o exercício de sua posse em decorrência de uma locação, e que, posteriormente, foi transformada em comodato. Ademais, aduz não parecer crível que o aludido comodato verbal se prolongasse por tanto tempo, considerados os quase 40 (quarenta) anos de posse da apelante. Por fim, pugna pela reforma da sentença proferida, para que seja julgado procedente o pleito autoral.

Contrarrazões ao recurso de apelação às f. 176/183.

É o relatório.

II - Voto.

Presentes os pressupostos, admito o recurso.

A tese da apelante tangencia acerca do seu aventado direito de aquisição da propriedade de imóvel urbano, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos pelo art. 1.280 e parágrafo único do Código Civil.

Para tanto, alega a apelante ter exercido sua posse sobre o bem imóvel, objeto da lide, por mais de 30 (trinta) anos, ou seja, tempo bastante superior àquele estabelecido por lei, sem interrupção ou oposição, bem como com ânimo de dono.

Sobre tais alegações, restaram comprovadas, a partir da produção de prova testemunhal (f. 143/145), bem como do depoimento pessoal da requerente (f. 142), que, de fato, se manteve na posse ininterrupta do imóvel em questão por período superior a 30 (trinta) anos, de forma mansa e pacífica.

Entretanto, deixou a apelante de comprovar o *animus domini*, requisito indispensável para o reconhecimento da usucapião, sendo seu o ônus probatório, nos termos do art. 373, I, do CPC/2015.

Importante salientar, ainda, que o *animus domini* consiste na vontade, por parte do possuidor, de possuir a coisa como sua, como se proprietário fosse.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Apelação cível. Usucapião especial. Mera detenção do imóvel por permissão dos proprietários. Ausência do *animus domini*. Manter a improcedência do pedido. - É firme a prova no sentido da improcedência do pedido por não restar comprovado o *animus domini* dos usucapientes, e sim que estes exerciam atos de mera detenção. Dessa forma, não se consolidando a posse, o prazo para a prescrição aquisitiva não corre (TJMG - Apelação Cível 1.0081.11.001543-5/00 - Relatora: Des.ª Shirley Fenzi Bertão - p. em 05.10.2016).

Direito civil. Usucapião. Requisitos. Posse. *Animus domini*. Ausência de prova. Improcedência. - O exercício de posse com o ânimo de ter a coisa como sua é requisito indispensável à aquisição da propriedade por usucapião (TJMG - Apelação Cível 1.0511.13.002233-4/001 - Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata - p. em 02.09.2016).

Nesse contexto, ao contrário do que alega a requerente/apelante, verifica-se que, no caso em tela, a mesma tinha plena convicção de que o imóvel não era seu, conforme depoimento pessoal próprio e de suas testemunhas, estando comprovado, ainda, que o requerido/apelado era quem havia não só construído o referido imóvel, mas também o cedido para que a requerente pudesse ali residir, restando, além de não comprovado, descaracterizado o *animus domini* aduzido.

Em sentido oposto aos argumentos trazidos pela requerente, afirma o requerido que o início da posse da autora sobre o imóvel se deu com a celebração de um contrato de locação que, posteriormente, por ato de benevolência seu, veio a ser transformado em comodato.

Em relação ao contrato de comodato, é sabido que este pode ser formalizado por escrito ou verbalmente, com prazo determinado ou indeterminado, bem como que seu objetivo é conceder ao comodatário (possuidor direto) o direito de possuir a coisa de propriedade do comodante temporariamente.

Assim, pouco importa que a requerente/apelante venha a destacar a ausência de contrato de comodato escrito e, tampouco, estabeleça limites quanto ao prazo de duração para o uso temporário do bem cedido gratuitamente pelo comodante ao comodatário (ela própria).

Nesse sentido, infere-se dos documentos constantes nos autos, quais sejam os carnês de IPTU juntados à peça de defesa pelo requerido (f. 50/61), o comprovado exercício da sua posse indireta sobre o bem, uma vez que não há de se falar em abandono e omissão em relação ao imóvel por parte do requerido que se mantinha em dia com o pagamento dos impostos do imóvel em litígio.

Ademais, ainda que o pagamento dos IPTUs fosse efetuado pela requerente, se repassado ao proprietário para quitar, conforme alegado pela apelante, está caracterizada a posse indireta do apelado/requerido.

Concluo, portanto, diante de todos os argumentos e provas produzidos nos autos, pela existência de uma relação contratual de comodato entre as partes requerente e requerida, razão pela qual não poderia o comodatário/requerente pleitear o reconhecimento de propriedade do bem cedido em comodato por meio de ação de usucapião, considerando a precariedade de sua posse.

Assim é a jurisprudência deste TJMG, senão vejamos:

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Requisitos configurados. Notificação. Constituição em mora. Usucapião em defesa. Requisitos não preenchidos. Ausência de *animus domini*. Sentença mantida. 1. A ação de usucapião caracteriza-se como modo de aquisição da propriedade pela posse contínua e duradoura. 2. Na vigência do contrato de comodato, mesmo pactuado na forma verbal, a moradia ocorrerá por mera tolerância, não havendo que se falar, portanto, no ânimo de ser dono, a fim de se concretizar a prescrição aquisitiva. 3. Não havendo a comprovação dos requisitos legais da ação de usucapião alegada em defesa, impõe-se a manutenção da sentença. 4. Sentença mantida (TJMG - Apelação Cível 1.0414.12.001869-5/001 - Rel.ª Des.ª Mariza Porto - p. em 08.06.2016).

Apelação cível. Ação possessória. Presença dos requisitos do art. 927 do CPC. Reintegração na posse. Usucapião alegada em sede de contestação. Ausência de posse com *animus domini*. - A ação de reintegração de posse é remédio processual específico para que o possuidor retome a posse usurpada por qualquer ato derivado de violência, precariedade ou clandestinidade. - Estando presentes os requisitos previstos no art. 927 do CPC, deve-se manter a sentença que julgou procedente a ação de reintegração de posse. - Inexistente o *animus domini*, uma vez que a posse do apelante é decorrente de contrato de comodato (posse direta), não há como reconhecer a usucapião do bem (TJMG - Apelação Cível 1.0027.10.016276-0/003 – Rel.º Des.º Aparecida Grossi - p. em 26.02.2016).

Por fim, não há que se falar que a decisão guerreada necessita reparo, uma vez que proferida em conformidade com os fatos apresentados e provas produzidas nos autos.

III - Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA e APARECIDA GROSSI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Ação civil pública - Bem público - Lei Municipal de desafetação e alienação - Área institucional contida em loteamento - Vedação

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Lei municipal. Bem público. Desafetação e alienação. Área institucional contida em loteamento. Vedação. Nulidade verificada. Pedido julgado procedente. Sentença confirmada.

- Após a aprovação de loteamento e consequente transferência de determinadas áreas para o Município, é vedada a alteração da destinação conferida a tais áreas institucionais, conforme dispõe o art. 17 da Lei federal nº 6.766/79.

- A desafetação de bem público não se insere no âmbito da discricionariedade da Administração, apenas se justificando em circunstâncias excepcionais, devidamente demonstradas.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0290.14.003238-1/001 - Comarca de Vespasiano - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Vespasiano - Apelante: Município de Vespasiano - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Vespasiano contra a sentença de f. 299/304, a qual, em autos de ação civil pública, julgou procedente o pedido inicial, para declarar “nulos os efeitos da Lei municipal nº 2.454/2012 e alterações posteriores, com determinação de fazer de não ser alienado o imóvel do terreno constituído da Área Institucional nº 2, do loteamento Alphaville, com área de 7.262,87 m²”.

Nas razões recursais de f. 320/339, o apelante sustenta que há violação do princípio da separação de poderes quanto à gestão do patrimônio público municipal. Diz que ao Município compete planejar o uso e a ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII). Alega que a Área Institucional nº 02 se encontra registrada como bem dominial do Município de Vespasiano, porém, sem qualquer afetação a uma finalidade pública específica. Aduz que os bens que compõem o patrimônio público podem ser alienados, nos termos do art. 17 da Lei federal 8.666/93, especialmente quando preenchidos todos os requisitos.

Contrarrazões às f. 340/356-v.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou, às f. 362/365-v., pela confirmação da sentença na remessa necessária.

Extraí-se dos autos que se trata de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Vespasiano, mediante a qual postula a declaração de nulidade dos atos administrativos decorrentes da Lei municipal nº 2.454/12, que autorizou a alienação do terreno constituído pela Área Institucional nº 2, do loteamento Alphaville, com área total de 7.262,87 m².

Pois bem.

Sabidamente, as áreas institucionais consistem em espaços livres destinados à comunidade, com a implantação de escolas, hospitais, áreas de convivência e de lazer, visando evitar o crescimento desordenado das cidades.

O em. Des. Bitencourt Marcondes, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0702.11.070096-1/001, salientou que:

A norma inserta no art. 4º da Lei federal nº 6.766/79 (Lei de Lehmman) dispõe que, em todo parcelamento para fins urbanísticos, deverão ser reservadas áreas destinadas a sistemas de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista para a zona em que se situem.

No caso, ficou incontroverso que ao Prefeito do Município de Vespasiano, por meio da Lei nº 2.454/12, foi autorizado promover a alienação do terreno constituído da Área Institucional nº 02, com área de 7.262,87 m², situado às margens da Rodovia MG-010 (f. 122).

Nesse sentido é o Processo Licitatório nº 005/2013 (f. 37).

Segundo apurei nos autos (f. 130), a mencionada área institucional integra o denominado loteamento Alphaville.

Em casos de aprovação de loteamento, como ocorre na espécie, a destinação das áreas institucionais não pode ser modificada pelo loteador, conforme dispõe o art. 17 da Lei federal nº 6.766/79:

Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei.

Em seu bem-lançado parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça anotou que:

Essa proibição de se alterar a destinação também se aplica ao Município, órgão fiscalizador da implantação do loteamento, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 28.058-SP, 2º T., Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 18.12.1998, no qual se confirmou acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que anulou a desafetação de área verde de empreendimento imobiliário para construção de um núcleo habitacional, ao argumento de que esse ato provocaria dano irreparável à qualidade de vida das comunidades envolvidas (f. 364-v.).

Assim, definida a destinação de determinada área como institucional, tenho que ao Município não é assegurado promover sua desafetação e posterior alienação a particulares, em razão das regras previstas na Lei federal nº 6.766/79, sendo certo que “a finalidade do legislador ao passar tais áreas para o domínio público foi exatamente a de coibir o uso desses espaços para outros fins que não aqueles previstos no projeto original”.

Sobre o tema, a orientação deste Tribunal de Justiça:

Direito ambiental. Tutela de interesse transindividual. Desafetação de áreas institucionais. Provável ofensa ao interesse público. Dano ao bem-estar social dos cidadãos. Recurso provido. - O ordenamento jurídico, materializando a proteção constitucionalmente conferida ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CR/88), bem como à política urbana (art. 182 da CR/88), estabelece, no art. 2º, XII do Estatuto da Cidade (Lei

federal nº 10.257/01), que, dentre outras diretrizes, o desenvolvimento urbano deve observar a ‘proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico’. Trata-se da reserva da chamada área institucional, a qual, na esteira da preocupação com o crescimento desordenado das cidades, configura garantia de que cada bairro terá uma infraestrutura mínima para atendimento das necessidades dos moradores do local. Uma vez definida e aprovada, inclusive pelo Município, a destinação de determinada área como institucional, não pode a municipalidade depois renunciar à implementação de serviços públicos nesses espaços, desafetando-os e alienando-os a particulares. Deve ser concedida a liminar para que se suspenda a desafetação, pelo Município de Uberlândia, de supostas áreas institucionais remanescentes, vedando novas edificações nas áreas já desafetadas, de modo a impedir situação de irreversibilidade, ressalvadas as situações de fato já consolidadas, com o fim de se obstar prejuízos para terceiros de boa-fé” (Agravado de Instrumento nº 1.0702.11.045684-6/001, Rel. Des. Elpidio Donizetti, DJ de 31.01.13).

A desafetação de bem público não se insere no âmbito da discricionariedade da Administração, apenas se justificando em hipóteses excepcionais, devidamente demonstradas.

Saliento, finalmente, que não se trata de interferência do Poder Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo (CF, art. 2º), mas de exercício do controle dos atos administrativos, que têm matriz no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. A separação de Poderes deve ser interpretada, segundo a doutrina democrática, nos termos da Constituição e, por esta, é dado ao Judiciário corrigir as ações ou omissões administrativas que constituam ilegalidade.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e, em remessa necessária, confirmo a sentença, prejudicada a apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e SANDRA FONSECA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADA A APELAÇÃO.

...

Resíduos sólidos - Disposição - “Lixão” - Ausência de licenciamento ambiental - Degradação ambiental - Multa - Exigibilidade - Lei posterior mais benéfica - Irretroatividade

Ementa: Apelação cível. Direito ambiental. Embargos à execução. CDA. Multa. Disposição de resíduos sólidos. Licença de instalação e funcionamento. Ausência. Degradação ambiental comprovada. Violação do prazo de instalação de aterros sanitários. Exigibilidade do título. Lei posterior mais benéfica. Irretroatividade.

- O auto de infração e sua consequente multa lavrados em desfavor do Município, diante da ausência de licença da Feam - Fundação Estadual do Meio Ambiente, para instalar e funcionar na atividade de recebimento dos resíduos sólidos, e da evidente degradação ambiental decorrente da atividade, bem como da violação dos prazos do Decreto estadual nº 44.844/2008 e da Deliberação Normativa Copam nº 119/2008, apresentam-se válidos, de modo a imprimir exigibilidade à certidão de dívida ativa representativa do crédito oriundo da sanção aplicada.

- A despeito da posterior edição de lei ambiental mais benéfica ao Município, esta não lhe aproveita, uma vez que a retroatividade da lei mais benéfica é inaplicável na esfera ambiental, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.15.003257-5/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Município de Conselheiro Lafaiete - Apelado: Fundação Estadual do Meio Ambiente - Feam - Relator: DES. MOACYR LOBATO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - Moacyr Lobato - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Conselheiro Lafaiete contra a sentença de f. 82/84, proferida nos autos dos embargos à execução opostos em desfavor da Fundação Estadual do Meio Ambiente - Feam, que rejeitou os embargos, com resolução de mérito, determinando o prosseguimento da execução fiscal, condenando o ente público embargante ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões de f. 85/90, a Municipalidade embargante alega, em síntese, que o título é inexigível, haja vista que, no ano de 2010, por meio da Lei federal nº 12.305, foi criada a política nacional de resíduos sólidos, determinando que todos os municípios implantassem o aterro sanitário e extinguissem os lixões existentes, concedendo um prazo de quatro anos desde a publicação para tal implantação.

Nesse passo, segundo o apelante, independentemente de se a infração foi aplicada antes ou depois da Deliberação Normativa nº 119/2008, a mencionada lei federal teria revogado qualquer ilegalidade em relação à existência de lixões antes de agosto de 2014, devendo ser aplicada nos processos em curso a legislação mais

benéfica, razão pela qual pugna pelo provimento do recurso para reconhecimento da inexigibilidade do título.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou suas contrarrazões às f. 92/98.

Passo a decidir.

Pressupostos presentes, conheço do recurso.

Conforme se depreende dos autos, a Fundação Estadual do Meio Ambiente - Feam ajuizou ação de execução fiscal em desfavor do Município de Conselheiro Lafaiete, arrimada em CDA no valor de R\$35.956,81 (trinta e cinco mil novecentos e cinquenta e seis reais e oitenta e um centavos), representativa de multa ambiental aplicada nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei estadual nº 7.772/1980 e do art. 83, Anexo I, Código 122, do Decreto estadual nº 44.844/2008.

Consoante boletim de ocorrência de f. 34/36, em "fiscalização em local destinado a disposição final de resíduos sólidos (lixo) no Município de Conselheiro Lafaiete", realizada em 06.11.2008, a Polícia Militar deparou-se com atividade de "lixão" em uma área de 1,0 hectare, em local no qual não foi implantado sistema de drenagem pluvial para desvio das águas da chuva da massa de lixo, sendo os resíduos depositados a céu aberto, embora o ente federado não possuísse licenciamento da Feam - Fundação Estadual do Meio Ambiente para instalação e funcionamento da atividade de recebimento dos resíduos sólidos.

Diante da ausência de licença envolvendo a instalação ou operação e considerando a evidente degradação ambiental decorrente da atividade, foi lavrado, em desfavor do Município, o Auto de Infração nº 004777 (f. 37/38), que cominou multa simples no valor de R\$20.001,00 (vinte mil e um reais).

O Decreto estadual nº 44.844/08, que estabelece normas para licenciamento e autorização ambiental de funcionamento, bem como tipifica e classifica as infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos, estabelecendo procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades, assim dispõe:

Art. 56. As infrações administrativas previstas neste Decreto são punidas com as seguintes sanções, independente da reparação do dano:

II - multa simples;

[...]

Art. 83. Constituem infrações às normas sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, as tipificadas no Anexo I.

O Anexo I prevê:

Código 122:

Especificação das Infrações: Causar poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em dano aos recursos hídricos, às espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e *habitats* ou ao patrimônio natural ou cultural, ou que prejudique a saúde, a segurança, e o bem estar da população.

Classificação: Gravíssima

Pena: multa simples; ou multa simples e embargo de obra ou atividade; ou multa diária.

Outras cominações: Quando for o caso, apreensão dos instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração.

A gradação da multa seguiu os termos dos arts. 15 e 16 da Lei estadual nº 7.772/1980, que dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, e preveem:

Art. 15 - As infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos, classificadas em leves, graves e gravíssimas a critério do Copam e do Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CERH, serão punidas nos termos desta Lei.

§ 1º - Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator ou do empreendimento ou instalação relacionados à infração, quanto ao cumprimento da legislação ambiental estadual;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa;

IV - a efetividade das medidas adotadas pelo infrator para a correção dos danos causados ao meio ambiente;

V - a colaboração do infrator com os órgãos ambientais na solução dos problemas advindos de sua conduta.

§ 2º - O regulamento desta Lei detalhará:

I - o procedimento administrativo de fiscalização;

II - o procedimento administrativo, as hipóteses e os critérios para aplicação de sanções;

III - a tipificação e a classificação das infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos;

IV - a competência e o procedimento para elaboração das normas técnicas complementares.

Art. 16. As infrações a que se refere o art. 15 serão punidas com as seguintes sanções, observadas as competências dos órgãos e das entidades vinculados à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - Semad:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total das atividades;

X - restritiva de direitos.

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada quando forem praticadas infrações classificadas como leves.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente:

I - reincidir em infração classificada como leve;

II - praticar infração grave ou gravíssima;

III - obstar ou dificultar ação fiscalizadora.

§ 4º - A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo e será computada até que o infrator demonstre a regularização da situação à autoridade competente.

§ 5º - O valor da multa de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo será fixado em regulamento, sendo de, no mínimo, R\$50,00 (cinquenta reais) e, no máximo, R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), e corrigido anualmente, com base na variação da Unidade Fiscal do Estado de Minas Gerais - Ufemg.

§ 6º - Até 50% (cinquenta por cento) do valor da multa de que trata o inciso II do caput deste artigo poderão ser convertidos, mediante assinatura de termo de compromisso com o órgão ambiental competente, em medidas de controle, que poderão incluir ação reparadora a ser realizada em qualquer parte do território do Estado, sem prejuízo da reparação do dano ambiental diretamente causado pelo empreendimento.

§ 7º - Sujeita-se a multa de 100% (cem por cento) do valor da penalidade devida quem utilizar ou propiciar a utilização de documento relativo a seu recolhimento com autenticação falsa.

§ 8º - Em caso de reincidência em infração punida com multa, a pena será aplicada em dobro e, a partir da segunda reincidência na mesma infração, a critério da autoridade competente, poderá ser aplicada a pena de suspensão de atividades.

§ 9º - Ao infrator que estiver exercendo atividade sem a licença ou a autorização ambiental competente, além das demais penalidades cabíveis, será aplicada a penalidade de suspensão de atividades, a qual prevalecerá até que o infrator obtenha a licença ou autorização devida ou firme termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental, com as condições e prazos para funcionamento do empreendimento até a sua regularização.

§ 10 - As sanções restritivas de direito são:

I - suspensão de registro, licença ou autorização;

II - cancelamento de registro, licença ou autorização;

III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;

IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

§ 11 - Os débitos resultantes de multas aplicadas em decorrência desta Lei poderão ser parcelados, corrigidos monetariamente, com vencimento antecipado das parcelas concedidas em caso de inadimplência, nos termos do regulamento.

Assim, a multa simples cominada tem por fundamento referidas legislações, atribuindo ao embargante a prática de "degradação ambiental mediante disposição final de resíduos sólidos urbanos (lixão), resultando em danos aos recursos hídricos e espécies de vegetais existentes na zona rural do Bairro Lima Dias", daquele Município (f. 3 do apenso).

A Deliberação Normativa Copam nº 119/2008, que reitera a convocação aos Municípios com população urbana superior a 30 mil habitantes e que não cumpriram os prazos estabelecidos na Deliberação Normativa nº 105/2006 a formalizarem processo de licenciamento ambiental para o sistema de tratamento e/ou disposição final de resíduos sólidos urbanos, estabelece:

Art. 2º - Ficam os municípios listados nos anexos I, II e III desta deliberação reconvocados a proceder à formalização dos processos de licenciamento para sistema de tratamento e/ou disposição final de resíduos sólidos urbanos nos prazos abaixo estabelecidos:

[...]

III - até 31 de outubro de 2008 devem ser formalizados os processos de Licença de Operação - LO - pelos municípios com população urbana superior a 50.000 habitantes, listados no Anexo III [dentre eles o Município de Conselheiro Lafaiete].

O Município de Conselheiro Lafaiete foi autuado em 06.11.2008 (f. 37/38), e não no ano de 2006, conforme alegado na inicial dos embargos, o que demonstra que, de fato, houve violação do prazo concedido pela aqui transcrita deliberação normativa.

A despeito da alegação lançada pela Municipalidade nos embargos, a respeito de inexistência do título, por violação à Lei federal nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei nº 9.605/1998 e dá outras providências, verifica-se que a aludida legislação federal é posterior à prática de violação da preservação do meio ambiente, bem como da própria autuação.

Vale dizer que, embora a mencionada norma contenha previsão do prazo de 4 (quatro) anos desde sua publicação (02.08.2010), o que, conforme o apelante, lhe permitiria permanecer com a prática apurada na fiscalização até 02.08.2014, tem-se por inaplicável à espécie, uma vez que não vigorava no momento da prática de degradação.

Assim, em que pese a edição de lei ambiental mais benéfica ao apelante, esta não lhe aproveita, pois a retroatividade da lei mais benéfica é inaplicável na esfera ambiental, em face da supremacia do Princípio da Proteção Ambiental, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Ambiental. Processual civil. Omissão inexistente. Instituição de área de reserva legal. Obrigação *propter rem* e *ex lege*. Súmula 83/STJ. Aplicação do art. 68 do novo Código Florestal. Impossibilidade. Desrespeito aos percentuais exigidos para a área de reserva legal. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dever de averbação da reserva legal. Imposição. Provas suficientes. Desnecessidade de realização de perícia. Conjunto probatório. Súmula 7/STJ. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial. Ausência de similitude fática.

[...]

4. A Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais. [...] Agravo regimental improvido (STJ, Segunda Turma, Ag Rg no REsp nº 1367968/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17.12.2014.)

Portanto, tenha-se como acertada a sentença que rejeitou os embargos, reconhecendo a exigibilidade do título e determinando o prosseguimento da execução, diante de sua certeza e liquidez.

Conclusão.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença.

Diante da sucumbência do embargante, condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa, levando em consideração a baixa complexidade da causa, instruída apenas com prova documental; a duração do feito, julgado pouco mais de 1 (um) ano contado da distribuição, bem como a interposição de recurso, nos termos do art. 85, §§ 1º e 2º e 11, da Lei nº 13.105/2015, declarada a isenção das custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUÍS CARLOS GAMBOGI e LÍLIAN MACIEL SANTOS (JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

ITCD - Pretensão de cobrança - Cisão parcial de empresas - Transmissão de bens imóveis - Suspensão da cobrança - Imunidade tributária - Atividade preponderante - Prazo para aferição de três anos - Lei municipal contrária à disposição normativa do CTN - Afastamento - Arts. 156, § 2º, I, da CF/88 e 37, §§ 1º e 2º, do CTN - Inteligência

Ementa: Apelação cível. Remessa necessária. Mandado de segurança. Suspensão da cobrança de Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD). Imunidade tributária. Atividade preponderante. Prazo de três anos para aferição. Lei municipal contrária à disposição normativa do CTN. Segurança concedida. Sentença confirmada.

- Determina o art. 37, §§ 2º e 3º, do CTN que a pessoa jurídica, após sua constituição, tem o prazo de 3 (três) anos para demonstrar a sua atividade preponderante, para, só então, proceder-se ao recolhimento do ITBI.

- Verificando-se que a lei local, impugnada nos autos, prevê a cobrança do aludido tributo em dissonância com as disposições tributárias do CTN e da Carta Magna, as quais devem ser lidas de maneira restritiva, a manutenção da sentença que concedeu a segurança requerida é medida que se impõe, visto que parece ser direito líquido e certo da impetrante de não recolher o tributo antes de findo o referido prazo.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0317.14.004724-0/002 - Comarca de Itabira - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itabira - Apelante: Município de Itabira - Apelada: Saexi Negócios Imobiliários Ltda. - Autoridade coatora: Chefe do Departamento de Tributação do Município de Itabira - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Saexi Negócios Imobiliários Ltda. contra ato praticado pelo chefe do Departamento de Tributação do Município de Itabira, consistente na cobrança de Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) *inter vivos*, referente aos negócios jurídicos apontados na exordial.

Sustentou a impetrante, em síntese, que foi constituída a partir da cisão parcial das empresas Agropecuária Ltda. e Saexi Santo Expedito.

Afirmou que, diante da transmissão de bens imóveis da segunda empresa (Saexi Santo Expedito), exigiu o Município de Itabira o recolhimento do ITBI, referente aos negócios jurídicos.

Asseverou que a exigência de recolhimento imediato do imposto contraria as disposições do Código Tributário Nacional, porque este estabelece o transcurso de 3 (três) anos para a caracterização da preponderância da atividade (venda/locação ou cessão de direitos relativos à aquisição de bens imóveis), ocasião em que a Municipalidade estaria apta a exigir o recolhimento do imposto.

Ressaltou que a determinação legislativa do Município de Itabira se mostra contrária ao Código Tributário Nacional, impondo-se o reconhecimento da ilegalidade da cobrança.

Pugnou, em sede de liminar, que se “proceda ao registro imobiliário dos bens imóveis, sem a imediata comprovação do recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) *inter vivos*”, requerendo, por fim, a confirmação do referido provimento.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 14/178.

Pela decisão de f. 191/193, mantida por este egrégio Tribunal de Justiça (acórdão às f. 415/417-v.), foi deferido o pedido liminar formulado, determinando-se à autoridade coatora que se abstenha de cobrar o ITBI, referente à transmissão de bem, versada na inicial, autorizando, desde logo, a emissão de guia para registro e transferência de bens imóveis.

Notificados, a autoridade coatora e o Município de Itabira apresentaram informações às f. 203/210, suscitando preliminar de inépcia da inicial.

No mérito, afirmaram, em suma, que

a não incidência de ITBI nas hipóteses de integralização do capital social se apresenta como um direito da empresa

somente na hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a sua atividade preponderante não consiste na compra e venda de imóvel, locação de bens imóveis e arrendamento mercantil, como expressamente previsto no art. 156, § 2º, I, segunda parte, da CR e no art. 37 do CTN.

Ao final, pugnaram pela extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão de inépcia da inicial, pela revogação da liminar deferida e, finalmente, pela denegação da segurança.

O d. Juiz *a quo*, Dr. Henrique Mendonça Schwartzman, em seu *decisum* de f. 425/428, concedeu a segurança requerida, mantendo integralmente a decisão liminar de f. 191/193-v., para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir da parte impetrante a imediata comprovação do recolhimento do ITBI *inter vivos*, referente à cisão parcial e à transmissão de bens narrada na inicial, expedindo a competente guia/certidão para registro e transferência de bens no cartório competente.

Determinou, ainda, que a autoridade coatora se abstenha de impedir, no ato do registro imobiliário, a regular transferência dos bens imóveis mencionados, em decorrência da ausência de comprovação do recolhimento de ITBI.

Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do STF e da Súmula 105 do STJ.

Determinou, por fim, a remessa necessária dos autos para este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016, de 2009.

A par da remessa necessária, o Município de Itabira interpôs recurso de apelação pelas razões de f. 502/508, alegando, em resumo, que inexistente, nos presentes autos, a comprovação inequívoca de que a apelada faça jus à não incidência do ITBI, haja vista que esta somente ocorre na hipótese de restar demonstrado que sua atividade preponderante não consiste na compra e venda de imóveis, locação de imóveis ou de arrendamento mercantil (art. 156, § 2º, I, da CF/88; e art. 37 do CTN).

Assevera que o objeto social da empresa demonstra, por si só, o exercício de atividades nas quais a isenção não é cabível, não havendo falar na ilegalidade da cobrança do ITBI.

Sustenta que inexistente confronto das normas contidas no Código Tributário Municipal e no Código Tributário Nacional, pois ambos dispõem que incidirá o ITBI quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a venda ou locação de propriedades imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição, situação esta na qual se enquadra a impetrante.

Ao final, requerem a reforma da sentença apelada, para determinar à impetrante que recolha a quantia referente ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), devidamente corrigida e atualizada.

Recurso isento de preparo.

Contrarrazões às f. 520/530.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação de f. 536/538, consignou a ausência de interesse ministerial no feito.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e do recurso voluntário.

Conforme sabido, o mandado de segurança é ação constitucional cabível a quem se sentir lesado, ou ameaçado, por ato ilegal ou abusivo praticado pelo Poder Público, encontrando seu regramento no inciso LXIX do art. 5º da Constituição, que enuncia:

[...]

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

O art. 1º da Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança, preceitua que:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Quanto à presença de direito líquido e certo, segundo leciona Hely Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, p. 35).

Portanto, há que se verificar se a impetrante logrou comprovar, de forma concludente e inquestionável, seu direito de não ser cobrado o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos*, referente à cisão parcial e à transmissão de bens narrada na inicial, obtendo a competente guia/certidão para registro e transferência de bens no cartório competente.

Data venia, em que pese a argumentação contida na minuta recursal em apreço, tenho que a sentença deve ser mantida.

Registro, por oportuno, que a questão versada nestes autos foi objeto de apreciação por esta egrégia Turma Julgadora, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0317.14.004724-0/001, ocasião em que, por unanimidade de votos, foi mantida a decisão de f. 191/193, que deferiu o pedido liminar formulado na

inicial, autorizando a transferência dos bens sem o pagamento do ITBI (acórdão às f. 415/417-v.).

Inicialmente, cumpre analisar o disposto na Constituição acerca do tributo em comento, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; [...].

Dessa forma, tem-se que, na realização de capital, na transmissão de bens decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de empresa, configura-se a imunidade tributária descrita, de modo que não há falar em incidência tributária, ressalvada, porém, a hipótese de que a atividade preponderante do adquirente dos bens imóveis seja a compra e venda de mesmos imóveis, ou ainda a locação ou arrendamento mercantil.

De outro lado, no tocante à regulamentação do instituto jurídico tributário, “atividade preponderante”, eis o que dispõe o art. 37 do CTN, *in verbis*:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

Dessa forma, para efeitos da cobrança fiscal do ITCD, a preponderância da atividade de empresas que iniciaram sua atividade dentro do prazo acima estipulado (dois anos após e anteriormente) somente pode ser aferido, passados 3 (três) anos do começo das atividades.

Acerca do tema, leciona o eminente tributarista Aliomar Balleiro, *in verbis*:

[...] se o início das atividades da firma adquirente data de menos de 2 anos, ela gozará do benefício fiscal, sujeita, porém, a perdê-lo e ser compelida ao pagamento do imposto, caso nos três anos posteriores à aquisição verificar-se a

preponderância dos negócios imobiliários. A exoneração do tributo é condicional durante o triênio seguinte, convalidando-se, definitivamente, depois dele. O imposto fica diferido até que se complete o termo. Resolve-se se não houver a preponderância de negócios imobiliários. O Fisco adotou a técnica da 'condição' do Direito Civil.

Dessa forma, verificando-se que a impetrante adquiriu os bens imóveis versados nos autos, por meio da cisão parcial, sendo constituída em 31.10.2013 (contrato social às f. 21/23), cujo registro aponta data de início da atividade em 20.12.2013 (f. 24/25), resta evidente a impossibilidade de cobrança do ITBI impugnada nos autos, porquanto aplicáveis ao caso concreto as determinações do art. 37, §§ 2º e 3º, do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, como bem ressaltou o d. Juiz *a quo*, em que pese a tese apresentada pelo Município, de que a apuração da "atividade preponderante só se faz necessária quando o sujeito passivo tenha outras atividades/ atuações previstas no seu objeto social" (f. 187), o CTN deve ser interpretado restritivamente, sendo imperioso exigir o decurso do prazo trienal, ainda que conste no objeto a compra e venda de imóveis, haja vista a possibilidade de alteração do contrato social no período.

Em casos semelhantes, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. ITBI. Integralização de capital. Bens imóveis. Imunidade. - O ITBI não incide sobre a transmissão de bens incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, salvo se a sociedade tiver como atividade preponderante a compra e venda de imóveis - condição a ser aferida na forma e nos prazos prescritos nos §§ 1º e 2º do art. 37 do CTN. - Em reexame, confirmar a sentença. Prejudicado o recurso de apelação (Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0188.11.001389-6/001 - Relatora: Des.ª Albergaria Costa - 3ª Câmara Cível - j. em 02.02.2012 - p. em 10.02.2012).

Imposto de transmissão *causa mortis*. Pessoa jurídica. Realização de capital. Atividade preponderante. Período. Lançamento. Nulidade. - Tendo a pessoa jurídica iniciado suas atividades há menos de 2 (dois) anos da data da integralização do capital com o imóvel, a regra aplicável é aquela que preconiza a apuração da preponderância de suas atividades, para fins de incidência, ou não, do imposto, nos 3 (três) anos seguintes à data da aquisição, sob pena de nulidade do lançamento (TJMG - Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0024.06.026667-3/001 - Relator: Des. Antônio Sérvulo - 6ª Câmara Cível - j. em 08.07.2008 - p. em 29.08.2008).

Assim sendo, tenho que inegável o direito líquido e certo de não pagar o tributo aludido, em decorrência da imunidade tributária espancada nos dispositivos supra-mencionados. Devendo tal cobrança fiscal ser diferida, para que seja respeitado o prazo legal de 3 (três) anos para a constatação da atividade preponderante.

Portanto, verificando-se que a lei local, impugnada nos autos, prevê a cobrança do aludido tributo em dissociação com as disposições tributárias do CTN e da Carta Magna, as quais devem ser lidas de maneira restritiva,

a manutenção da sentença que concedeu a segurança requerida é medida que se impõe.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso e, na remessa necessária, confirmo a r. sentença.

Custas recursais, pelo apelante, observada sua isenção legal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA.

...

Concurso público - Soldado da polícia militar - Ingresso no CFSd - Limite de idade - Critério fixado em edital - Divergência com a lei de regência - Art. 5º, IV, da Lei do Estado de MG nº 5.301/69 - Estatuto dos militares - Inscrição indeferida - Confirmação da concessão da ordem mandamental de inscrição - Uniformização na interpretação da norma constitucional - RE nº 600.885/RS - Repercussão geral

Ementa: Mandado de segurança. Remessa necessária. Apelação cível. Administrativo e constitucional. Concurso público. Soldado da polícia militar. Matrícula CFSd/2014. Indeferimento. Limite de idade. Critério fixado em edital. Repercussão geral. RE nº 600.885/RS. Uniformização na interpretação da norma constitucional. Aplicação da norma prevista no art. 5º, IV, da Lei Estadual nº 5.301/69. Estatuto dos Militares.

- Ainda que a regra geral consista na impossibilidade de estabelecimento de limitação de acesso aos cargos públicos, no caso concreto, o requisito de idade tem suporte na natureza das funções atribuídas ao militar.

- Tendo em vista o teor do julgamento proferido pelo colendo STF no mérito da Repercussão Geral reconhecida no RE nº 680.885/RS, cuja matéria discutida é análoga ao caso concreto, no qual vedado ao edital do concurso estabelecer critérios de limitação etária não previstos na Lei Estadual nº 5.301/69, não se mostra razoável o indeferimento da matrícula do candidato de participar do CFSd, já que possuía 30 anos na data de sua inclusão na carreira militar e, portanto, não extrapolado o limite de idade previsto em lei.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.14.005548-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda

Pública e Autarquias de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Paulo Cezar Felix da Silva - Autoridade coatora: Comandante da Escola de Formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª YEDA ATHIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMAR A SENTENÇA, NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - Yeda Athias - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª YEDA ATHIAS - Trata-se de remessa necessária e apelação interposta contra a sentença de f. 115/117 proferida pelo MM Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos do Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por Paulo Cezar Felix da Silva contra ato do Comandante da EFSD da PMMG, concedeu a segurança pleiteada, anulando o ato que impediu que fosse o impetrante matriculado no Curso de formação de Soldados do Quadro de Praças da Polícia Militar de Minas Gerais, determinando que a autoridade coatora assegure ao impetrante o direito de participar do curso de formação de soldados do ano de 2014 da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - PMMG.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais interpôs o presente recurso de apelação de f. 119/129, requerendo preliminarmente o julgamento do agravo retido de f. 104/106, interposto da decisão que deferiu a liminar pleiteada pelo impetrante, sob o argumento de que inexistia o alegado direito líquido e certo e que, portanto, não há nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade do ato impugnado. No mérito, sustenta que a CR/88 remete à legislação infraconstitucional a imposição de requisitos para o ingresso no serviço público, sendo que a exigência de determinadas condições em função do cargo, como a idade máxima de 30 (trinta) anos para ingresso na PMMG, não afrontam a Carta Magna. Afirma que a restrição de idade prevista no Estatuto Pessoal da PMMG - Lei Estadual nº 5.301/69, constava expressamente no edital regulador do certame e é admitida pela jurisprudência do STF como uma imposição razoável ao ingresso nos quadros da PMMG. Assim, pugna pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença recorrida de modo a denegar a segurança pleiteada.

Contrarrazões às f. 132/149, pelo não provimento do recurso.

Parecer da d.ª PGJ às f. 155/158 pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Preliminar - agravo retido.

Em preliminar, o apelante pugna pelo provimento do agravo retido interposto em face da decisão que deferiu a liminar pleiteada pelo impetrante. Todavia, verifica-se que as razões do agravo retido relativas à alegada inexistência do direito líquido e certo e que, portanto, não há nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade do ato impugnado, por se confundirem com o mérito do recurso de apelação, ambos os recursos serão apreciados em conjunto.

Mérito.

Conheço do recurso voluntário, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre mandado de segurança em que o impetrante pretende que a autoridade coatora proceda à sua matrícula no curso de formação de soldados do ano de 2014 da PMMG, o que lhe foi negado na via administrativa, por ter ele completado 30 (trinta) anos de idade antes do início do referido curso.

O Estatuto do Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais (Lei Estadual nº 5.301/69) estabelece que para o ingresso na carreira devem ser observadas as condições de cidadania, idade, capacidade física, moral e intelectual, previstas em leis e regulamentos (art. 4º), bem como por meio de concurso público, apresenta como requisito, dentre outros, ter entre 18 e 30 anos de idade na data da inclusão (art. 5º, IV), *in verbis*:

Art. 5º O ingresso nas instituições militares estaduais dar-se-á por meio de concurso público, de provas ou de provas e títulos, no posto ou graduação inicial dos quadros previstos no § 1º do art. 13 desta Lei, observados os seguintes requisitos:

- I - ser brasileiro;
- II - possuir idoneidade moral;
- III - estar quite com as obrigações eleitorais e militares;
- IV - ter entre 18 e 30 anos de idade na data da inclusão, salvo para os oficiais do Quadro de Saúde, cuja idade máxima será de 35 anos;

Por sua vez, o Edital DRH/CRS nº 14/2012, que regula o Concurso Público para admissão ao Curso de Formação de Soldados da PMMG para o ano de 2014, (CFSD QPPM/2014), determina que:

3.1 São requisitos legais, previstos na Lei 5.301/69, exigidos para ingresso na Polícia Militar:

[...]

d) ter no mínimo 18 (dezoito) e no máximo 30 (trinta) anos de idade, completáveis até a data de início do curso, no caso específico previsto para o dia 06.01.2014, o que implica exigência de ter nascido no período compreendido de 06.01.1984 a 06.01.1996; [...]

3.2 - [...] os demais requisitos, previstos nas letras a, b, c, d, k, serão verificados quando da matrícula no curso.

[...]

4.1 Antes de efetuar sua inscrição o candidato deverá conhecer o edital e certificar-se de que preenche ou preencherá todos

os requisitos exigidos para ingresso na Polícia Militar, previstos no item 3.1 deste edital, sendo de sua inteira responsabilidade os prejuízos decorrentes da sua inscrição e participação no concurso, sem que preencha ou venha preencher, até o momento oportuno, conforme disposto no item 3.2, os requisitos estipulados no item 3.1 deste edital.

Não obstante a Constituição estabeleça que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), vedando a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), também prevê que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (art. 37, I) e que a lei poderá “estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (art. 39, § 3º).

Neste sentido é a Súmula 683 do STF: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Assim, o limite de idade pode ser observado como critério de admissão em cargos públicos, desde que tal limite esteja de acordo com a natureza e atribuições do cargo em referência e que esteja previsto em lei.

Referido requisito previsto no Edital DRH/CRS nº 14/2012 encontra-se em conformidade com dispositivo do Estatuto do Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais (Lei n. 5.301/69), apresentando-se tal limitação razoável diante das atividades exercidas pelos soldados da Polícia Militar.

Há previsão expressa no Edital de que o ingresso no curso somente seria permitido aos candidatos nascidos no período compreendido entre 06.01.1984 e 06.01.1996 (f. 30), mas o impetrante nasceu em 10.07.1983 (f. 26), ou seja, fora do período determinado.

A fim de solucionar a questão, há que se ressaltar que, no julgamento do mérito da Repercussão Geral reconhecida no RE nº 600.885/RS, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar controvérsia semelhante à tratada nestes autos, assim concluiu:

Direito constitucional e administrativo. Concurso público para ingresso nas forças armadas: critério de limite de idade fixado em edital. Repercussão geral da questão constitucional. Substituição de paradigma. Art. 10 da Lei nº 6.880/1980. Art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República. Declaração de não-recepção da norma com modulação de efeitos. Desprovisionamento do recurso extraordinário. 1 - Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário nº 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário nº 600.885. 2 - O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3 - A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4

- Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei nº 6.880/1980. 5 - O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei nº 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6 - Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. (Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, DJe de 1º.07.2011).

Com base neste julgamento, restou admitido que somente por lei se pode estabelecer os limites de idade para o exercício das atividades e de outras prerrogativas inerentes aos militares, e que os regulamentos não podem inovar a ordem jurídica, mas somente disciplinar os procedimentos para o ingresso do candidato.

A hipótese destes autos se subsume à orientação dominante do STF externada no citado RE nº 600.885/RS, uma vez que, enquanto a Lei Estadual nº 5.301/69 estabelece que o candidato deve ter entre 18 e 30 anos de idade na data de sua inclusão na carreira militar, o edital do concurso estabeleceu critério diverso de admissão, estipulando que o candidato tenha no máximo 30 anos completáveis até a data de início do curso.

Com essas considerações, de acordo com o entendimento dominante do órgão jurisdicional incumbido de uniformizar a interpretação da legislação constitucional (art. 102, III, da CF), no sentido de ser vedado ao edital do concurso estabelecer critérios de limitação etária não previstos na Lei Estadual nº 5.301/69, não se mostra razoável o indeferimento da matrícula do impetrante de participar do CFSd, uma vez que possuía aproximadamente 30 anos e 4 meses de idade na data de sua inclusão na carreira militar, não extrapolando o limite de idade previsto em lei e, por conseguinte, a manutenção da sentença que concedeu a segurança ao impetrante é medida que se impõe.

Nesse sentido já decidiu esta 6ª Câmara Cível:

Reexame necessário. Mandado de segurança. Concurso público. Corpo de bombeiros. Previsão legal de limite etário máximo. Legalidade. Implemento do requisito na data da inclusão. Aplicação da norma prevista no art. 5º, inciso IV, da Lei Estadual nº 5.301/69. Estatuto dos Militares. Segurança concedida. Sentença confirmada. Apelo prejudicado. - Ainda que a regra geral consista na impossibilidade de estabelecimento limitação de acesso aos cargos públicos, no caso concreto, o requisito de idade tem suporte na natureza das funções atribuídas ao militar. - A previsão do edital para ingresso no Curso de Formação Bombeiros Militares de Minas Gerais, consistente na exigência de idade mínima de 18 e máxima de 30 anos, completáveis até 31 de janeiro de 2010, deve ser analisada à luz do disposto no art. 5º, IV, do Estatuto dos Militares. - Segurança concedida. Sentença confirmada em reexame necessário. Apelo prejudicado (Ap. Cível/Reex. Necessário nº 1.0024.12.132877-7/002, Rel. Des. Corrêa Junior, publicado em 20.11.2013).

Administrativo e constitucional. Concurso público. Policial militar. Curso técnico em segurança pública. Matrícula. CTSP/2010. Indeferimento. Limite de idade. Critério fixado em edital. Repercussão geral. RE nº 600.885/RS. Uniformização na interpretação da norma constitucional. Recurso provido. - Tendo em vista o teor do julgamento proferido pelo colendo STF no mérito da Repercussão Geral reconhecida no RE nº 680.885/RS, cuja matéria discutida é análoga ao caso concreto, é vedado ao edital do concurso estabelecer critérios de limitação etária não previstos na Lei nº 5.301/69, daí porque não se mostra razoável o indeferimento da matrícula do candidato de participar do CTSP, uma vez que possuía 30 anos na data de sua inclusão na carreira militar (Apelação Cível nº 1.0024.10.116775-7/002, Rel. Des. Edilson Fernandes, publicado em 13.11.2012).

Por fim, presentes os requisitos para o deferimento da liminar proferida no presente *mandamus*, deve ser negado provimento ao agravo retido.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido e confirmo a sentença, na remessa necessária, mantendo incólume a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas pelo réu, o qual é isento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Remarcação - Teste de aptidão física - Circunstância pessoal - Caso fortuito - Princípio da isonomia - Saúde - Intoxicação alimentar

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Concurso público. Remarcação de teste físico. Circunstâncias pessoais. Proibição editalícia. Impossibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.733/DF. Juízo de retratação.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 630.733/DF, em sede de recurso repetitivo, reconheceu a impossibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato, quando houver norma editalícia expressa vedando a remarcação de provas.

- Divergindo o acórdão recorrido do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos repetitivos, é possível o juízo de retratação, nos termos do art. 1.030 do CPC/2015.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.14.006288-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Samuel Araújo Gonçalves - Autoridade

coatora: Diretor de Recursos Humanos do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de MG - Relator: DES. AMAURI PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em JUÍZO DE RETRATAÇÃO, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2016. - Amauri Pinto Ferreira (Jd Convocado) - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMAURI PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 127/130, proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, nos autos do mandado de segurança impetrado por Samuel Araújo Gonçalves.

A sentença concedeu a segurança, para declarar nulo o ato que desclassificou o impetrante do certame e, caso aprovado nas demais fases, determinou o seu prosseguimento no Concurso Público de Soldados do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, regulado pelo Edital CBMMG nº 12/2012, em igualdade de condições com os demais candidatos. Não houve condenação nem em custas nem em honorários.

Nas razões recursais de f. 132/139, sustenta o apelante que, estabelecendo o edital do concurso que os testes serão feitos nos locais e horários fixados para a sua realização, qualquer exceção para contemplar circunstância pessoal deste ou daquele candidato termina por infringir o princípio da isonomia e colocar sob suspeita a lisura do processo seletivo.

Alega que a segurança concedida resulta na dispensa do apelado de satisfazer requisito previsto no edital para prosseguir no certame, vantagem esta não concedida aos demais certamistas, o que contraria as normas editalícias e os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade que devem nortear o concurso público, razão pela qual a sentença deve ser reformada.

Contrarrazões às f. 142/153, nas quais pugna o apelado pela manutenção da sentença.

Em julgamento anterior, acórdão de f. 168/171, esta 3ª Câmara Cível, por maioria, confirmou a sentença que concedeu a segurança, o que motivou a interposição do recurso extraordinário de f. 195/205, pelo Estado de Minas Gerais.

Feita a conclusão ao Primeiro Vice-Presidente, Des. Geraldo Augusto, e constatado que o entendimento discrepava do firmado no Supremo Tribunal Federal, os autos me foram encaminhados para adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 1.030, II, do NCPC.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 218/227, opinando pela reconsideração da decisão prolatada por esta Terceira Câmara Cível.

É o relatório.

A controvérsia dos autos diz respeito ao direito do impetrante, candidato a uma vaga no concurso público para soldado do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, Edital nº 12/2012, a ter remarcado o teste de aptidão física, correspondente à 3ª fase do certame, em razão de problemas de saúde que o impediram de comparecer na data e horário inicialmente estabelecidos.

A matéria já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 630.733/DF, em sede de recurso repetitivo, em que se reconheceu a impossibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato, quando houver norma editalícia expressa vedando a remarcação de provas. Confira-se a ementa do julgado:

1. Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF - RE: 630733-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20.11.2013).

Concluiu o Relator Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela maioria dos demais Ministros, que a cláusula editalícia que proíbe a remarcação de teste de aptidão física, em virtude de caso fortuito que atinja a higidez física do candidato, não é inconstitucional, conferindo, na verdade, eficácia ao princípio da isonomia, à luz dos postulados da impessoalidade e supremacia do interesse público.

Por alterar o entendimento que predominava anteriormente e em privilégio à segurança jurídica, contudo, decidiu-se por assegurar a validade das provas de segunda chamada realizadas até a data de conclusão do julgamento.

No caso dos autos, foi comprovado pelo impetrante que não pôde comparecer no dia e horário agendados para a realização do teste físico, em razão de forte intoxicação alimentar (f. 89/90).

Todavia, dispõe o edital do concurso, em seus arts. 10.2 e 10.3., que:

10.2. Não haverá segunda chamada para um mesmo candidato, para a realização de provas, testes, exames ou quaisquer tipos de convocações feitas pelo CBMMG e Fumarc,

portanto, o candidato convocado e faltoso ou que chegar atrasado estará automaticamente eliminado do concurso.

10.3. Em hipótese alguma será permitida a realização das provas, testes e exames fora dos locais ou horários estabelecidos para sua realização.

Assim, havendo norma expressa proibindo a remarcação de testes ou a sua realização em horários diversos daqueles previamente estabelecidos, não possui o impetrante o direito líquido e certo reclamado no presente *mandamus*.

Além disso, importante ressaltar que os fatos narrados nos autos ocorreram em 2014, ou seja, em data posterior à conclusão do julgamento no STF, cujo acórdão foi publicado em 20.11.2013, não havendo que se falar em direito adquirido à segunda chamada realizada.

Diante do exposto, nos termos do art. 1.030, II, do NCPC, em juízo de retratação, denego a segurança.

Condeno o impetrante ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade em virtude da gratuidade de justiça. Deixo de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DENEGRAM A SEGURANÇA.

...

Ação civil

pública - Vereador - Reembolso de despesas de viagem - Locação de veículo - Improbidade administrativa - Utilização de recursos públicos para interesse particular - Violação aos princípios da Administração Pública - Moralidade administrativa - Dolo - Má-fé - Arrependimento e devolução de valores - Irrelevância - Dosimetria da pena - Princípio da subsunção

Ementa: Apelações cíveis. Ação de improbidade administrativa. Despesas com viagens que atendeu a interesses particulares. Reembolso. Ato ímprobo. Lei nº 8429/92. Art. 9º, IV, XI e XII. Art. 11, *caput* e inciso I. Sanções. Razoabilidade e proporcionalidade. Recursos desprovidos.

- Cediço que a improbidade é a designação técnica para a chamada corrupção administrativa. Coube à Lei nº 8.429/92 regulamentar os seus contornos, disciplinando não só o conceito de agente público para fins desta lei, mas também os atos de improbidade e as consequentes punições.

- O sistema de indenização de despesas ou de diárias visa ressarcir o servidor público ou agente político pelos gastos realizados com hospedagem, alimentação e locomoção, decorrentes de seu deslocamento da localidade na qual tem exercício, em caráter temporário, para realização de atividades relacionadas às suas funções.

- É correta a condenação dos recorrentes pela prática de ato de improbidade administrativa, se demonstrado que usufruíram de recursos públicos para custear viagem particular.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0134.10.007409-2/002 - Comarca de Caratinga - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caratinga - Apelantes: 1º) João de Freitas Fidélis; 2º) Ricardo Heleno Gusmão - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: Tomé Lucas Pereira Filho - Relator: DES. WILSON BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - *Wilson Benevides* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de recursos de apelação interpostos por João de Freitas Fidélis e Ricardo Heleno Gusmão, visando à reforma da r. sentença de f. 358/364, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caratinga, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, com base no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, nos seguintes termos:

[...] Julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial e condeno o requerido João de Freitas Fidélis à perda da função pública se acaso ainda estiver exercendo, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, pagamento de multa civil no valor equivalente ao dano 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 cinco anos e o requerido Ricardo Heleno Gusmão à perda da função pública se acaso ainda estiver exercendo, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos, pagamento de multa civil no valor equivalente a duas vezes o dano 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 cinco anos.

Às f. 367/368, os requeridos opuseram embargos de declaração, que restaram rejeitados às f. 376/377.

Em suas razões recursais de f. 379/391, o apelante João de Freitas propugna pela reforma da r. sentença, ao argumento de que as despesas da viagem a São Paulo, que, a princípio, foi custeada pela Câmara Municipal de Caratinga, foram restituídas ao erário antes mesmo de qualquer iniciativa do Ministério Público. Sustenta que, como o veículo utilizado na viagem foi alugado e o valor do aluguel também foi restituído aos cofres públicos, conclui-se que nenhum bem público foi utilizado, pelo que não se justifica o ajuizamento da presente demanda.

Afirma que, ante a devolução dos valores, a viagem passou a ser particular, não se configurando, portanto, o enriquecimento ilícito defendido da peça de ingresso.

Nesse espeque, afirma que restou comprovado que a viagem realizada a São Paulo teve caráter oficial, porquanto houve uma reunião com o vereador Agnaldo Timóteo mesmo que em data posterior à previamente agendada. Aduz que houve um pequeno desvio de itinerário no sábado e domingo, contudo tal fato não gerou danos à Administração Pública, uma vez que não houve qualquer proveito patrimonial em virtude da devolução dos valores gastos.

Assim, pontua a ausência de dolo em fraudar o erário, notadamente pelo fato de ter restituído as despesas gastas com a viagem logo após simples advertência da irregularidade por eles perpetrada.

Ante o exposto, pugna pela reforma integral da sentença, ou, eventualmente, que sejam decotadas as penalidades de suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por cinco anos, mantendo-se apenas a multa civil aplicada.

Preparo comprovado à f. 392.

Já o segundo apelante, Ricardo Heleno, em suas razões de f. 394/406, pontua a ausência de conduta antijurídica e dano ao erário, porquanto a integralidade dos recursos contestados na ação foi devolvida aos cofres públicos antes mesmo do início do procedimento investigatório.

Pontua que a própria sentença proferida pelo Juiz a quo reconheceu a legitimidade da viagem realizada, bem como o justo interesse parlamentar.

Lado outro, sustenta que o contrato de locação do veículo, para a realização da viagem, não sofreu nenhum acréscimo, assim como consta da autorização do proprietário do veículo para o deslocamento a outras cidades do interior de São Paulo. Nesse sentido, afirma que a aludida viagem foi previamente autorizada pelo presidente da Câmara com o objetivo de aperfeiçoamento da vereança.

Assevera que a assessoria jurídica e contábil da Câmara Municipal não solicitou conduta diversa daquela adotada no caso, a qual determina que qualquer vereador pode solicitar o reembolso das despesas gastas em função de viagens necessárias ao exercício do cargo.

Ademais, alega que a ida à cidade de Barretos no final de semana da viagem a São Paulo não constitui nenhuma irregularidade, uma vez que ele próprio arcou com todas as despesas oriundas desse fato.

Desse modo, requer a reforma da sentença objurgada, bem como a declaração de inexistência de conduta antijurídica e a condenação do autor/apelado em litigância de má-fé.

Preparo comprovado à f. 407.

Recursos recebidos em ambos os efeitos à f. 409.

Contrarrazões às f. 412/437.

Parecer da ilustre Procuradoria às f. 450/452, opinando pela manutenção da sentença e pelo desprovemento dos apelos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Considerando as semelhanças das teses suscitadas pelos apelantes e que elas abarcam toda a matéria apreciada na sentença hostilizada, para melhor prestação jurisdicional, passo ao exame dos apelos em conjunto.

Antes de adentrar o cerne da controvérsia, necessário tecer algumas considerações acerca dos atos de improbidade administrativa.

Cediço que a improbidade é a designação técnica para a chamada corrupção administrativa. No plano constitucional, o art. 37, § 4º, restringiu-se a delimitar as sanções aplicáveis àqueles que praticam atos ímprobos, *in verbis*:

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:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a 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, sem prejuízo da ação penal cabível.

Coube à Lei nº 8.429/92 regulamentar os seus contornos, disciplinando não só o conceito de agente público para fins desta lei, mas também os atos de improbidade e as consequentes punições.

No que tange à definição do ato de improbidade, leciona Waldo Fazzio Júnior:

Acontece que a improbidade administrativa, como concebida no direito brasileiro, pela Constituição Federal (1988) e, depois, pela Lei nº 8.429/92, não se restringe à simples desonestidade ou à singela ruptura de valores. Se há uma qualificação especial da improbidade, em razão da lesão ao erário (art. 10) ou do enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), o fato é que aquela lei ordinária prevê (art. 11) modalidade de ato de improbidade que não carece de nenhum desses resultados para se caracterizar (art. 21, I).

[...]

Imoralidade e improbidade não são a mesma coisa, conquanto possam advir do mesmo tronco. A imoralidade é o oposto de um dos princípios constitucionais da Administração (o da moralidade), ao passo que a improbidade surge, na Lei nº 8.429/92, como a antítese não de um princípio, mas do conjunto coordenado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72).

As três modalidades de atos ímprobos são trazidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Enquanto o art. 9º dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, o art. 10 elenca aqueles que causam prejuízo ao erário e, por fim, o art. 11 prevê as hipóteses nas quais o agente público comete atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Na espécie, compete aferir se as despesas realizadas pelos apelantes com viagens custeadas pelo Município foram feitas ao arrepio dos princípios da Administração Pública e se acarretaram lesão ao erário.

Consoante versão da exordial, em 28 de agosto de 2009, o então Presidente da Câmara Municipal de Caratinga, Tomé Lucas Pereira Filho, autorizou o pagamento do valor de R\$3.071,53 (três mil e setenta e um reais e cinquenta e três centavos) ao vereador Ricardo Heleno Gusmão, para ressarcimento de despesas relativas a viagens realizadas na companhia do vereador João de Freitas Fidélis, entre julho e agosto de 2009.

Ocorre que, após ampla divulgação da mídia local, se apurou que uma das viagens realizadas, que tinha como objetivo a visita a órgãos legislativos no Estado de São Paulo, foi, na verdade, um pretexto para um passeio à 54ª Festa do Peão de Barretos. A publicação de tais informações culminou na instauração do inquérito civil público de f. 21/163 para a investigação do suposto desvio de verba pública e, conseqüentemente, a prática de improbidade administrativa.

Além disso, também foi constatada a cobrança da quantia de R\$2.100,00 (dois mil e cem reais) para o aluguel de um luxuoso carro usado para transportar os membros do Legislativo Municipal até a cidade de Barretos, em São Paulo.

Ademais, as notas fiscais legíveis apresentadas não perfazem o total ressarcido pela Câmara Municipal aos vereadores, além do fato de não ter sido devidamente comprovado que os deslocamentos realizados tiveram relação com o exercício do cargo legislativo do Município, o que caracterizaria enriquecimento ilícito dos requeridos, por se tratar de passeio particular.

Diante disso, argumenta o Ministério Público que a situação apresentada se configura pela prática de improbidade administrativa, tipificada nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, pugnano pela condenação dos dois primeiros requeridos às sanções previstas no art. 12, I, II e III, e, relativamente ao terceiro requerido, que a ele sejam

imputadas as penalidades previstas no art. 12, II e III, da referida lei.

Frise-se que os requeridos não negam o recebimento dos valores indicados pelo Ministério Público, alegando apenas que as despesas da viagem a São Paulo, que, a princípio foi custeada pela Câmara Municipal de Caratinga, foram restituídas ao erário antes mesmo de qualquer iniciativa do Ministério Público.

Analisando os pedidos formulados pelo Ministério Público, o MM. Juiz sentenciante entendeu que os requeridos praticaram atos ímprobos, que ofendem os incisos IV, XI e XII do art. 9º, bem como o *caput* e inciso I do art. 11, ambos da Lei nº 8.429/92.

Pois bem.

Como se sabe, o sistema de indenização de despesas ou de diárias visa ressarcir o servidor público ou agente político pelos gastos realizados com hospedagem, alimentação e locomoção, decorrentes de seu deslocamento da localidade na qual tem exercício, em caráter temporário, para realização de atividades relacionadas às suas funções.

A concessão de diárias necessita, portanto, de motivação para o deslocamento do agente público, demonstrando-se a existência de nexo entre suas atribuições regulamentares e as atividades realizadas na viagem. O seu pagamento deve dar-se em razão do exercício da função pública em Município distinto daquele em que o servidor trabalha, mediante necessidade do serviço.

No âmbito do Município de Caratinga, à época dos fatos narrados, vigorava a Resolução nº 648/2008, a qual dispõe em seu art. 5º (f. 28):

Art. 5º Os vereadores e o Presidente da Câmara Municipal farão jus, exclusivamente, segundo o caso, à recepção de diárias, destinadas à cobertura de despesas com transporte, alimentação e estadia, a título de ressarcimento, nos casos de deslocamento do Município e a serviço do Poder Legislativo, ou para participação de evento relacionado ao aperfeiçoamento do vereador, nesta condição.

Na espécie versada, constata-se que, em 28 de agosto de 2009, o vereador Ricardo Heleno Gusmão solicitou ao presidente da Câmara Municipal, Tomé Lucas Pereira Filho, o reembolso no valor total de R\$3.071,53 (três mil setenta e um reais e cinquenta e três centavos), referente às despesas com viagens realizadas em companhia do vereador João de Freitas Fidélis, nas seguintes datas: no dia 21.08.2009 para Belo Horizonte; 21.08.2009 a 25.08.2009 para a cidade de São Paulo; no dia 14.08.2009 para a cidade de Inhapim; e no dia 30.07.2009 para a cidade de Manhuaçu (f. 49/50).

O documento de f. 109 demonstra que, no mesmo dia 28 de agosto de 2009, o presidente da Câmara Municipal de Caratinga autorizou o reembolso das referidas despesas.

Da análise do conjunto probatório, verifica-se que, a princípio, os apelantes, vereadores do Município de

Caratinga, viajaram para a cidade de São Paulo a serviço do Poder Legislativo Municipal.

De fato, as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram as alegações dos réus, no sentido de que estes tinham reunião marcada com o vereador Aguinaldo Timóteo no dia 21 de agosto de 2009.

Todavia, é preciso considerar que restou inconteste nos autos que, restando frustrado o encontro com o vereador Aguinaldo Timóteo, marcado para o dia 21 de agosto de 2009 (sexta-feira), os vereadores Ricardo Heleno Gusmão e João de Freitas Fidélis utilizaram do veículo alugado pelo Município para irem à festa que acontecia na cidade de Barretos/SP naquele final de semana.

Com efeito, o documento de f. 180 evidencia que os vereadores estiveram na Câmara Municipal de São Paulo, no gabinete do vereador Agnaldo Timóteo, apenas em 24 de agosto de 2009 (segunda-feira).

Sendo assim, constata-se que o vereador Ricardo Heleno Gusmão pleiteou ao presidente da Câmara Municipal de Caratinga o reembolso de valores gastos durante o período em que não estava a serviço do Poder Legislativo, mas sim em festividades na cidade de Barretos/SP (f. 53, 54, 56).

Outrossim, conforme bem observado pelo Magistrado *a quo*, embora a Resolução nº 648/2008 não especifique o modo como deve ocorrer a prestação de contas dos vereadores para pedido de reembolso das despesas de viagem, *in casu*, não se vislumbra indícios suficientes de que os vereadores foram os beneficiários das despesas constantes das notas fiscais de f. 51/62.

Ademais, vale ressaltar, ainda, que foram colacionadas notas fiscais que possuem datas diversas das viagens declaradas pelos apelantes.

Por todo o exposto, conclui-se que é correta a responsabilização dos recorrentes, considerando que usufruíram de recursos públicos para atender a interesse exclusivamente particular, onerando o Poder Legislativo Municipal.

Conforme bem salientado na sentença recorrida, os vereadores João de Freitas Fidélis e Ricardo Heleno Gusmão utilizaram o veículo alugado pela Câmara Municipal de Caratinga para se deslocarem até a Festa de Peão de Barretos e ainda pediram o ressarcimento das verbas despendidas em tal evento de lazer.

Além disso, o recorrente Ricardo Heleno Gusmão requereu o reembolso de diversas despesas relacionadas a períodos totalmente diversos das viagens declaradas.

Por conseguinte, correto o douto Sentenciante ao condenar os apelantes pela prática de atos de improbidade administrativa, que ofendem o art. 9º, IV, XI e XII, e art. 11, *caput* e inciso I, ambos da Lei nº 8.429/92, que tratam, respectivamente, dos atos que importam enriquecimento ilícito e de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, senão vejamos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

[...]

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...].

Especialmente quanto ao art. 11, é evidente a abrangência e generalidade do dispositivo, ao estabelecer como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Diante disso, compete ao julgador interpretá-lo com cautela, a fim de se evitar radicalismos, impedindo a abrangência de situações que, apesar de ilegais ou irregulares, passíveis de correção administrativa, não detêm o *status* de improbidade.

Sobre o tema, colhe-se de excerto do voto do Ministro Relator Luiz Fux, no REsp 939118/SP, que

a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de improbas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a *fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

Interessantes, a respeito, são as lições de Waldo Fazzio Júnior:

É cediço que a má-fé é premissa do ímprobo. Por isso, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.

As condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência da ilicitude de conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido. Se não houver dolo, não há ato administrativo que atenta contra os princípios constitucionais da administração, mediante a inobservância de deveres gerais sobejamente conhecidos, como padrões morais (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Ato de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 167-168).

Nesse esboço, a configuração da hipótese prevista no referido artigo pressupõe a prova do dolo do agente ou, ao menos, do dolo genérico, isto é, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da Administração.

No caso em exame, ficou comprovado o dolo, ainda que genérico, dos agentes em violar os princípios da Administração Pública.

Pelo que se extrai da narrativa dos edis, não restam dúvidas que a viagem realizada no período de 21.08.2009 a 25.08.2009 para a cidade de São Paulo foi custeada pelo Poder Legislativo Municipal. Embora, inicialmente, buscasse atender aos interesses públicos, o objetivo da excursão foi desvirtuado para adequá-la aos desejos dos réus.

Como se sabe, é dever do representante público não se beneficiar de sua posição política e das facilidades que desta decorrem, em proveito pessoal ou de outrem, o que não foi observado *in casu*.

Portanto, é notório que os princípios informadores da Administração Pública, notadamente os que se referem à moralidade, à impessoalidade, à preponderância do interesse público sobre o do particular, foram malferidos a partir da conduta irresponsável assumida pelos requeridos.

Em verdade, não havendo justa razão que legitime o comportamento dos recorrentes, fica evidenciada a sua má-fé e a nítida intenção de comprometer recursos públicos com despesas particulares, o que constitui ato de improbidade administrativa. Desse modo, a sentença objurgada não merece reformas no particular.

Em casos semelhantes, já se manifestou este egregio Tribunal:

Administrativo. Apelação. Ação civil pública. Aplicabilidade da Lei 8.429/92. Ato de prefeito. Nulidade processual. Inexistência ressarcimento do erário. Existência de prova de dano. Aplicação de penalidade ao agente público. Possibilidade. - Configura ato de improbidade administrativa o pagamento de valores a título de diária e despesas de viagens, sem a devida apresentação dos gastos e sem a prestação das contas, implicando em uso indevido do dinheiro público. - Uma vez reconhecida a improbidade administrativa, imperativa é a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, que, no caso, são aquelas elencadas nos incisos I a III do aludido artigo, já que o ato ímprobo se encontra enquadrado nas hipóteses dos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade (TJMG - Apelação Cível 1.0471.10.006701-9/003 - Relator: Des. José Antonino Baía Borges - 3ª Câmara Cível - j. em 18.06.2015 - p. em 30.06.2015).

Apelação. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Uso de bem público em proveito particular. Art. 9º, IV, da Lei nº 8.429/92. Violação aos princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade. Dano ao erário. Dolo genérico. Indenização pelos serviços executados. Vedação ao enriquecimento ilícito pessoal. 1 - A utilização de maquinário, bem como equipamentos e mão de obra pública em detrimento de proveito pessoal configura uma conduta ímproba, visto que resulta em enriquecimento ilícito prejudicial ao erário. 2 - Se o prefeito fundamentou sua conduta em face da carência do irmão usufrutuário do imóvel beneficiário da política pública questionada, incumbe a ele comprovar suas alegações por todos os meios de prova admitidos no direito (TJMG - Apelação Cível 1.0515.03.007111-9/001 - Relator: Des. Jair Varão - 3ª Câmara Cível - j. em 15.05.2015 - p. em 02.06.2015).

Não se ignora que o montante de R\$3.071,53 (três mil setenta e um reais e cinquenta e três centavos) foi posteriormente devolvido aos cofres públicos. No entanto, o posterior arrependimento não afasta a caracterização do ato ímprobo, podendo influenciar apenas na fixação da penalidade.

Corroborando, o colendo Superior Tribunal de Justiça já pacificou o referido entendimento, conforme Informativo nº 580:

Direito administrativo. Desnecessidade de lesão ao patrimônio público em ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito. - Ainda que não haja dano ao erário, é possível a condenação por ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/1992), excluindo-se, contudo, a possibilidade de aplicação da pena de ressarcimento ao erário. Isso porque, comprovada a ilegalidade na conduta do agente, bem como a presença do dolo indispensável à configuração do ato de improbidade administrativa, a ausência de dano ao patrimônio público exclui tão somente a possibilidade de condenação na pena de ressarcimento ao erário. As demais penalidades são, em tese, compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 9º da LIA (REsp 1.412.214/PR - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Relator para acórdão: Ministro Benedito Gonçalves - j. em 08.03.2016 - DJe de 28.03.2016).

No que tange às sanções, importante o exame do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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 dez anos; [...]

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.

De acordo com o parágrafo único do artigo transcrito, na fixação das penas ali previstas “o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Nessa senda, não se ignora que, além de ser possível aplicar as penalidades de forma isolada ou cumulativa, deve o magistrado cominá-las, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre essa temática, Arnaldo Rizzardo leciona acerca dos fatores que devem nortear o julgador na dosimetria da pena, *in verbis*:

São fatores importantes que levam a medir a dosimetria da pena: a existência ou não de dano ao erário, ou a sua extensão e as dimensões; o proveito patrimonial de parte do agente; a intensidade do dolo, ou da vontade dirigida para a prática do ato; a repercussão social dos fatos; o cargo ocupado pelo agente; a relevância dos princípios da administração pública ofendidos. Na aplicação, insta que o juiz sopesse o ato de improbidade em relação ao patrimônio público, à vantagem ilícita resultante ao agente, e que veja as repercussões na coletividade, o grau de participação no ilícito, o tipo de personalidade do infrator, seu grau de cultura, o tempo de serviço público, o cargo ocupado, a reincidência ou não e outras circunstâncias, elementos estes que sempre serão levados em consideração (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 628).

Na espécie ora versada, não se mostra possível a condenação dos requeridos à pena de ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio público, como consta na sentença ora guerreada, haja vista que a importância de R\$3.071,53 (três mil setenta e um reais e cinquenta e três centavos) foi ressarcida aos cofres da Câmara Municipal de Caratinga/MG (f. 124/125).

A mencionada devolução do valor foi levada em consideração pelo Julgador primevo na fixação das penalidades, as quais se mostram suficientes e proporcionais à conduta praticada pelos apelantes.

A evidente reprovabilidade do ato, a posição favorável dos agentes e as consequentes repercussões ao Município e à coletividade sugerem a aplicação das penalidades de suspensão de direitos políticos e também da perda do cargo público.

A condenação ao pagamento de multa visa coibir a prática de atos semelhantes no futuro.

A proibição de contratar com a Administração Pública, a pena de vedação de receber benefícios fiscais e creditícios e a condenação ao pagamento de multa

apresentam um caráter pedagógico e visam coibir a prática de atos semelhantes no futuro.

Releva frisar que, no caso em apreço, havendo ofensa de mais um dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa, o julgador deve se valer do princípio da subsunção, em que a conduta e sanções mais graves absorvem as de menor gravidade.

Assim, em verdade, as sanções aplicáveis seriam: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano, quando houver; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Logo, muito embora o Magistrado *a quo* tenha utilizado de forma equivocada do inciso II do art. 12 da Lei 8.429/92, entendo que as penalidades fixadas devem ser mantidas, tendo em vista que não houve recurso do Ministério Público para que fosse realizada a sua majoração, sob pena de restar caracterizada a vedada *reformatio in pejus*.

Então, em face de todos os argumentos expendidos, não vislumbro razões para a reforma da sentença guerreada.

Ante tais considerações, nego provimento aos recursos.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALICE BIRCHAL e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ação de despejo - Contrato de
locação comercial - Denúncia Vazia -
Preliminares - Apelação - Interposição - Prazo
de 15 dias - Termo inicial - Publicação da
Sentença - Tempestividade - Desocupação
do Imóvel - Acordo extrajudicial - Perda do
objeto - Recurso prejudicado em parte -
Benfeitorias - Autorização do locador - Prova -
Ausência - Princípio da boa-fé - Não ofensa -
Art. 35 da Lei nº 8.245/91 - Indenização Indevida**

Ementa: Ação de despejo - Denúncia vazia - Apelação - Tempestividade - Perda de objeto - Contrato de locação - Prazo indeterminado - Benfeitorias necessárias e úteis -

Indenização - Necessidade e consentimento do locador - Ônus da prova.

- De conformidade com o art. 508 do CPC/73, a apelação deve ser interposta em 15 dias a contar da publicação da decisão recorrida.

- Celebrado acordo extrajudicial acerca da desocupação do imóvel, resta prejudicada parte do recurso que versa sobre o despejo, por perda do objeto.

- De conformidade com o disposto no art. 35 da Lei 8.245/91, é possível o ajuste acerca de benfeitorias necessárias e úteis, havendo, portanto, liberdade de contratar a esse respeito, não configurando ilegalidade a renúncia ao direito de indenização pelo locatário.

- Incumbe ao locatário o ônus de demonstrar o caráter necessário das benfeitorias realizadas ou o consentimento do locador relativamente às benfeitorias úteis.

- A fixação de honorários advocatícios deve levar em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço para a fixação do valor.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.15.007561-5/002 -
Comarca de Pará de Minas - Apelante: Guarujá Shows
e Promoções Artísticas - Apelado: Famotec Fábrica de
Tecidos Moderno Ltda. - Relatora: DES.ª EVANGELINA
CASTILHO DUARTE**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE E ACOLHER, EM PARTE, A PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de outubro de 2016. - *Evangeline Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de despejo por denúncia vazia ajuizada pela apelada em face da apelante, em relação ao imóvel situado na Praça Simão Cunha, Centro, Pará de Minas, locado para fins comerciais por prazo determinado, com vencimento em 31 de março de 2014.

A apelada alegou que a apelante se recusa a desocupar o imóvel.

Salientou não ter sido ajuizada ação renovatória antes de seis meses do fim do prazo contratual, motivo pelo qual a apelante não possui qualquer direito de retenção do imóvel.

Citada, a apelante apresentou contestação, arguindo a nulidade do contrato por ausência de assinatura da apelada.

Ressaltou que, na realidade, foi celebrado, entre as partes, contrato verbal por prazo indeterminado.

No mérito, alegou que a notificação para desocupação do imóvel foi entregue à apelante após o ajuizamento da ação.

Frisou que realizou benfeitorias necessárias e úteis que devem ser indenizadas.

Requeru a improcedência do pedido.

A r. decisão recorrida, f. 76/80, julgou procedente o pedido, decretando o despejo do locatário, condenando a apelante ao pagamento de custas e honorários advocatícios ao patrono da apelada, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida, alegando que o contrato juntado pela apelada não possui valor jurídico, por não ter sido assinado pela locadora.

Sustenta que o reconhecimento da validade do contrato prejudica seu direito à indenização pelas benfeitorias edificadas.

Enfatiza que a notificação para desocupação do imóvel não foi feita de forma regular.

Pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Ressalta que o último parágrafo da sentença, que determina que se aguardem seis meses, após o trânsito em julgado, para cumprimento da decisão, não é coerente com o deferimento da tutela antecipada.

Requer o provimento do recurso.

A apelada apresentou contrarrazões de f. 104/110, arguindo preliminares de falta de interesse recursal e de intempestividade da apelação, pleiteando, no mérito, a manutenção da decisão recorrida.

A sentença de f. 76/80, foi publicada em 1º de dezembro de 2015, vindo a apelação em 14 de dezembro de 2015, no prazo recursal, acompanhada de preparo.

Ressalte-se que, ao contrário do que sustenta a apelada, o termo inicial para contagem do prazo recursal é a data de publicação da sentença, f. 81, e não a data de registro da decisão, indicada às f. 80-v.

Logo, rejeito a preliminar de intempestividade do recurso.

Estão presentes os requisitos para conhecimento do recurso.

Não obstante estes autos tenham sido incluídos em pauta de julgamento que se realiza sob a égide do novo Código de Processo Civil, devem-se aplicar os dispositivos do antigo CPC, porquanto se trata de questões que devem ser analisadas sob a ótica da lei vigente na data da prática do ato processual.

I - Falta de interesse recursal - perda do objeto.

A apelada sustenta que a apelante é carecedora de interesse recursal, haja vista que após a interposição da apelação foi celebrado acordo extrajudicial para a desocupação voluntária do imóvel.

Constata-se que foi celebrado acordo para desocupação amigável do imóvel à f. 91.

Ora, celebrado acordo extrajudicial para desocupação do imóvel, resta prejudicada parte do recurso que trata do despejo por perda do objeto.

Porém remanesce o interesse recursal em relação às benfeitorias discutidas pela apelante.

Acolho, pois, em parte, a preliminar de falta de interesse recursal.

II - Mérito.

Reconhecida a perda de objeto quanto ao pedido de despejo, cinge-se o recurso ao direito da apelante ao recebimento de indenização por benfeitorias, redução dos honorários advocatícios e eventual incoerência da sentença.

Pretende a apelante a reforma da decisão recorrida para que seja reconhecido o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel de propriedade da apelada, as quais considera necessárias e úteis, alegando, ainda, terem sido consentidas.

A apelada, por seu turno, nega tenha consentido na realização das alegadas benfeitorias, acrescentando que a apelante renunciou expressamente ao direito de retenção por qualquer benfeitoria.

De conformidade com o disposto no art. 35, Lei 8.245/91, é possível o ajuste acerca de benfeitorias necessárias e úteis, havendo, portanto, liberdade de contratar a esse respeito, não configurando ilegalidade a renúncia ao direito de retenção e indenização pelo locatário.

É como decidem os Tribunais:

Não é nula cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias (STJ - 5ª Turma, REsp 38.274-2-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 9.11.94, não conheceram, v.u., DJU 22.5.95, p. 14.425) (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 1.414).

Ressalte-se que o contrato de locação não é de adesão, sendo possível às partes contratantes discutir suas cláusulas.

A apelante alega que o contrato é nulo, por não ter sido aposta a assinatura do locador.

Ressalte-se, contudo, que apenas a apelada poderia alegar a nulidade do contrato por ausência de sua assinatura.

Ora, o fato de ter a apelante assinado o documento demonstra que se comprometeu aos termos contratuais e que deles tinha conhecimento quando ajustou a locação do imóvel, não podendo adotar tese incoerente com sua própria conduta, por aplicação da teoria do *venire contra factum proprium*, que privilegia a boa-fé contratual.

Em leitura de excerto extraído do voto de relatoria do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, depreende-se que:

O direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento

assumido anteriormente (Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, II/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada de confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior. [...] O sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade das relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos inspiradores do sistema (STJ - trecho do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, Relator do REsp 95539/SP, 4ª Turma, j. 03.09.96).

Verifica-se que a cláusula 13 do contrato de f. 18/22 veda expressamente a realização de benfeitorias, afastando direito à indenização por eventual edificação pelo locatário.

Não se pode, pois, concluir que a apelante tenha direito de retenção ou de indenização por benfeitorias, o que não constitui ofensa ao princípio da boa-fé.

Assim decidia o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança. Contrato de comodato verbal. Ausência de prova. Ônus do réu. Art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Locação. Benfeitorias necessárias e úteis. Ausência de prova acerca da autorização do locador para a realização de benfeitorias. Impossibilidade de retenção do bem. Art. 35 da Lei 8.245/91. Sentença mantida. - As benfeitorias realizadas no imóvel, sem prévio aviso e expresso consentimento dos locadores, não dão ao locatário o direito a retenção do imóvel, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.245/91. - Se não restou provada a realização de benfeitorias necessárias, nem a autorização do locador/apelado para a realização de benfeitorias úteis, afastado está o direito à indenização e retenção, não podendo o locatário, ora apelante, quando da entrega do prédio, se insurgir contra a mencionada norma legal (TAMG - Ap. Cível nº 396.992-0, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Batista Franco, j. 18.06.2003).

Ademais, ainda que não tivesse validade o contrato, não há prova de que o locador tenha consentido na realização de benfeitorias, ou da sua necessidade, ônus que incumbia à apelante.

Logo, não há direito de ressarcimento das despesas eventualmente realizadas pela apelante.

A apelante pugna, ainda, pela redução dos honorários advocatícios.

O MM. Juiz *a quo* fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa que corresponde a R\$2.033,40, atendendo aos requisitos previstos no art. 20, CPC/73, arbitrando valor que remunera devidamente o advogado, devendo ser mantida.

Em relação à determinação judicial constante do final da sentença, verifica-se que, além de não ter exposto de forma clara sua irrisignação quanto ao referido comando, a apelante não possui interesse recursal.

Ora, a liminar de despejo foi deferida em desfavor da apelante, motivo por que a determinação para que se

aguardem “seis meses a iniciativa das partes com vistas ao cumprimento do julgado”, não lhe traz nenhum prejuízo.

Destarte, impõe-se negar provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Guarujá Shows e Promoções Artísticas, mantendo íntegra a r. decisão de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ESTEVÃO LUCCHESI.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE INTEMPERSTIVIDADE E ACOLHERAM, EM PARTE, A PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Danos morais - Dívida em clínica veterinária - Retenção do animal até o pagamento

Ementa: Apelação cível. Indenização por danos morais. Dívida em clínica veterinária. Busca e ausência de devolução até pagamento da dívida. Impossibilidade - Dano moral configurado.

- Sabe-se que, se um cliente não efetua o pagamento dos serviços prestados, cabe ao prestador do serviço efetivar a cobrança dos valores devidos pelas vias legais, e jamais retirar o animal de propriedade do cliente de dentro da residência dela.

- O dano moral deve ser fixado proporcionalmente à intensidade do dano causado ao consumidor dos serviços, devendo a questão ser solucionada segundo o prudente arbítrio do julgador, ante a inexistência de parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0693.14.007844-7/001 - Comarca de Três Corações - Apelante: Marylda Helena Dominghetti Pereira - Apelado: Gustavo Fonseca Pereira - Relator: DES. VEIGA DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Veiga de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação interposta por Marylda Helena Dominghetti Pereira contra a sentença de f. 125/127, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada pela ora apelante em desfavor do apelado, Gustavo Fonseca Pereira, por via da qual a MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Corações julgou improcedente o pedido inicial. Condenou a autora às custas e honorários advocatícios, suspensão a exigibilidade.

Apela a parte autora, f. 128/138, afirmando que não ocorreu a prescrição. Salienta que sofreu danos morais, que restou comprovado o fato de o apelado ter levado o animal da casa da autora sem a sua autorização. Afirma ter havido decisão na contramão das provas.

Sem preparo, visto litigar sob os auspícios da justiça gratuita.

Contrarrazões às f. 140/146, pugnando pela manutenção da decisão.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Importante salientar que não houve acolhimento da prescrição pela Juíza monocrática, já que ela salientou que não decorreu o prazo prescricional de três anos.

No tocante ao mérito, verifico que assiste razão à apelante.

O boletim de ocorrência de f. 13/17, embora tenha sido registrado a pedido da autora, conforme fez constar na sentença a Juíza monocrática, apresenta as narrativas feitas pelos próprios policiais militares, senão vejamos:

[...] Diligenciamos junto com a Sra. Marilda até o estabelecimento de Gustavo, onde ele confirmou que pegou o animal para ser vacinado e que não pretendia devolvê-lo devido à proprietária não ter pagado tal dívida no valor de R\$265,00. O autor entregou o animal, contudo, no calor das emoções, ocorreu uma discussão entre as partes, sendo que a Sra. Marilda disse que não pagou a dívida, pois o animal, segundo ela, não recebeu os cuidados devidos por parte de Gustavo. O veterinário, por sua vez, chegou a dizer: 'Vocês só querem ferrar os outros, não é à toa que seu filho, o policial Dominghetti, foi transferido daqui, pois deu um tiro em um inocente!'

Correta a sentença ao desconsiderar a parte narrada no boletim de ocorrência não presenciada pelos policiais, uma vez que se trata de declaração unilateral, porém o boletim também contém as impressões trazidas pelos próprios policiais militares, conforme transcrito acima. Quando do depoimento desses policiais como testemunhas, quase três anos após o ocorrido, é perfeitamente crível não se lembraram de todos os detalhes do acontecimento, pois lidam com diversas situações todos os dias. Importante salientar que o policial Daniel Oliveira de Queiroz salientou, em seu depoimento (f. 98), que ele confirmava a discussão constante do BO e que se

recordava de o réu ter dito que pegou a cachorra na residência da autora para vacinar. O policial Jonatan César Santos Barros ressaltou, em seu depoimento (f. 99), que se recordava de que o réu chegou a falar que o filho da autora era assassino.

A testemunha Janaína dos Santos relatou, em seu depoimento de f. 97, que o réu não esperou que ela chamasse o marido da autora e entrou na casa, foi até onde estava a cachorra e que, quando voltou, ele já estava levando o animal para o carro dele. Disse, ainda, que o réu falou que iria levar a cachorra e que depois se entendia com a autora.

A prova testemunhal produzida corrobora a pretensão exordial, evidenciando a culpa do réu e o dano moral decorrente.

Ora, tem-se claro por todas as provas colacionadas aos autos que o réu adentrou a residência da autora e pegou a sua cachorra e levou-a para a clínica, sem autorização da proprietária. Conforme narração do boletim de ocorrência presenciada pelos policiais militares, o réu confirmou ter pegado o animal na casa da autora e que não o devolveria até a dívida ser paga.

Percebe-se que o réu tentou fazer justiça com as próprias mãos, retirando o animal de dentro da casa da sua proprietária, sem a sua permissão, para retê-lo até o pagamento de uma dívida. Sabe-se que, se a apelante não tivesse efetuado o pagamento dos serviços prestados pelo apelado, cabia a ele ter efetivado a cobrança dos valores devidos pelas vias legais, e jamais retirar o animal de propriedade da autora de dentro da residência dela.

Nesse sentido é o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Medida liminar. Concessão. Presença requisitos. Conserto veículo. Retenção do automóvel pela oficina mecânica. Condicionamento ao pagamento. Impossibilidade. - Para que seja determinada a cautelar de busca e apreensão, é necessário o preenchimento dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A ausência de pagamento do preço pelos serviços prestados não autoriza a retenção do bem por parte do prestador dos serviços (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0000.16.019729-9/001, Rel.º Des.ª Mônica Libânio, j. em 21.07.2016).

Ação condenatória c/c obrigação de fazer. Retífica de motor. Impossibilidade de retenção em decorrência da ausência de pagamento. Dano moral configurado. Dano material. Ausência de prova. - A ausência de pagamento pelo conserto do veículo por retífica de motores não autoriza a retenção do bem, cabíveis outras providências para sua cobrança. Havendo por parte da prestadora de serviços abuso no que diz respeito à retenção do motor do caminhão, tendo tal fato refletido na esfera da dignidade de seu proprietário, uma vez que este ficou por mais de ano desprovido do direito à sua utilização, deve ser acolhido pedido de indenização pelos danos morais sofridos. - Inexistindo prova dos danos materiais alegados, não há como condenar a requerida ao pagamento de lucros cessantes. V.v.: - Incabível o pagamento de indenização por danos morais à parte que, agindo de má-fé, deu causa ao suposto abalo moral (Des. Rogério Medeiros)

(Apelação Cível 1.0210.11.002705-4/001, Relator: Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 10.04.2014, p. em 25.04.2014).

Quanto ao dano moral, frisa-se, por primeiro, que pode ser conceituado de maneira simples e precisa como sendo aquele que provoca uma lesão a um direito da personalidade. Assim, o dano moral, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a dignidade, a vida íntima e privada, além da atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.

O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. É o que se conveniou chamar de dano moral puro.

No caso concreto, verifica-se que a apelante não sofreu apenas mero aborrecimento, tendo em vista que o apelado tirou sua cachorra de dentro da residência e a levou para a clínica, bem como, durante a discussão travada entre as partes, chamou o filho da apelante de assassino.

Portanto, resta caracterizada situação ensejadora do dano moral passível de compensação.

Quanto ao critério de fixação do *quantum* compensatório por danos morais, temos a seguinte lição extraída da jurisprudência deste eg. Tribunal:

Dano moral. Prova. Indenização. Objetivo da indenização. Critério de quantificação. - Em sede de danos morais, cuja reação está no âmbito do sentimento, da emoção, basta a prova do ilícito para que redunde em dano moral, incumbindo ao réu fazer a prova em contrário, como v.g., de que o autor é useiro e vezeiro na inadimplência e que o ato praticado não constitui ilícito de qualquer natureza. - Quando se trata de indenizar por dano a direito extra físico, na sede do sentimento que reflete a individualidade, a personalidade, como a dor moral, provocada pela vergonha da humilhação, pela injúria sofrida, pela decepção, que conduz o indivíduo a se subestimar, - por maior que seja o preço em pecúnia, por mais abrangente que for a indenização, ainda assim, a tentativa de recompensa nunca se revelaria completa. O que se tenta fazer é amenizar o sofrimento da vítima, auxiliá-la a reconquistar o seu ânimo, a sua autoestima, tentando assim, substituir um patrimônio lesado por outro. - A indenização deve ter para a vítima um efeito de terapia, quando não para cessar em definitivo, pelo menos para amenizar ou auxiliar na diminuição da dor moral. - Em relação ao infrator, especialmente quando se trata de pessoa jurídica, empresa que especula com o lucro, a indenização funciona como medida pedagógica, lição que recomenda se observe o direito do cidadão, o respeito à dignidade humana, não importando esteja o homem vestido com traje a rigor, ou simplesmente coberto por rotos trapos, - sob pena de se ver desfalcado no lucro que persegue. É necessário que a condenação tenha repercussão nas tomadas de decisões comportamentais da empresa. - O critério de

fixação do valor indenizatório levará em conta, tanto a qualidade do atingido, como a capacidade financeira do ofensor, de molde a inibi-lo a futuras reincidências, ensejando-lhe expressivo, mas suportável, gravame patrimonial (Recurso nº 68.559/97, j. em 26.03.1999, Relator: Juiz Sebastião Pereira de Souza).

Resta para a Justiça a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários.

O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio de prudência e arbítrio do Julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão.

In casu, é evidente que a pretensão é justa e possível, restando ao julgador a árdua tarefa de fixar o valor da compensação a ser paga à parte autora pelos danos morais suportados.

Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais, entende este Relator que deve ser de R\$8.000,00 (oito mil reais), o que se coaduna com os danos morais sofridos pela apelante, levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das peculiaridades do caso e que, por certo, compensará o gravame sofrido por ela, suprimindo o caráter punitivo-pedagógico do dano moral e não se afigurando, pelo seu montante, como exagerado, a ponto de constituir fonte de renda. Tem o nítido caráter compensatório.

Com tais razões, dou provimento à apelação interposta para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, condenando o ora apelado ao pagamento de indenização por dano moral à autora no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais), importância que deverá ser corrigida monetariamente desde a publicação desta decisão, de acordo com os índices aprovados e divulgados pela CGJ/TJMG, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados da data da citação.

Finalmente, como corolário lógico, altero os ônus da sucumbência, condenando o requerido ao pagamento integral das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIÂNGELA MEYER e VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Indenização por danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Transporte coletivo - Ônibus - Dano moral - Critério de fixação - Seguradora - Liquidação extrajudicial - Incidência de juros e correção monetária

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Acidente em ônibus coletivo. Responsabilidade objetiva. Lesões leves. Dano moral configurado. Critérios de fixação. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial.

- As lesões, mesmo que leves, sofridas pela vítima, associadas à angústia, temor, aflição e sentimentos similares causados pela colisão frontal entre dois ônibus justificam a condenação ao pagamento de dano moral, ainda que em patamar moderado.

- Para fixar o *quantum* da indenização por danos morais, o julgador deve observar diversos aspectos, dentre eles a natureza e a intensidade do dano, sua repercussão no meio social, a conduta do ofensor, bem como a capacidade econômica das partes envolvidas.

- Por se tratar de responsabilidade extracontratual, a indenização por danos morais deve ser corrigida monetariamente a partir da prolação da sentença, com incidência de juros de mora a partir do evento danoso, ao percentual de 1% ao mês (Súmula nº 54 do STJ).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0301.12.008191-6/001 - Comarca de Igarapé - Apelante: Rosimar Reis dos Santos - Apeladas: Viação Novo Retiro Ltda., Companhia Mutual Seguros - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO E DEFERIR PEDIDO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA, FORMULADO PELA SEGUNDA APELADA, DE SUSPENSÃO DA FLUÊNCIA DOS JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO RETRO, VENCIDO O PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2016. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Trata-se de apelação cível interposta por Rosimar Reis dos Santos, contra a r. sentença de f. 248/251, que, nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais causados por acidente de trânsito, ajuizada em desfavor de Viação Novo Retiro Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos pósticos, para condenar a empresa de ônibus ao

pagamento de danos morais no importe de R\$1.500,00, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1%, ao mês, ambos a partir da data da publicação da sentença. Julgou, outrossim, procedente a lide secundária para ressaltar o direito de regresso da denunciante em face da denunciada Companhia Mutual de Seguros sobre o valor da condenação.

Em suas razões de inconformismo, pugna a apelante pela majoração do *quantum* indenizatório, que entende irrisório, mormente diante da dor, angústia e transtornos sofridos. Prossegue, tecendo considerações acerca dos critérios de fixação de indenização por danos morais. Aduz, por fim, que a correção monetária e os juros de mora deverão ser contados a partir da data do evento danoso por se tratar de responsabilidade extracontratual (Súmula 54, STJ).

Recurso próprio, tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões às f. 290/312, pugna pelo desprovetimento do recurso. Na oportunidade, pugna, ainda, pela suspensão do processo e a proibição de bloqueio e penhora ou o levantamento de ato construtivo, diante da sua situação de liquidação extrajudicial (Portarias Susep nºs 6.382 e 3.383, de 2015), batendo-se, ademais, pela não fluência de juros e de correção monetária enquanto não quitado todo o passivo (art. 18, alíneas d e f, da Lei 6.024/74). Requer, por fim, a concessão de gratuidade de justiça.

Manifestação das contrapartes às f. 318/320 e 322.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Ab initio, impende registrar que emerge indubitosa a responsabilidade da ré/Viação Novo Retiro pelo acidente ocorrido com a autora enquanto passageira de coletivo de sua propriedade, bem como resta incontroverso que esta, em decorrência do mencionado evento, sofreu lesões, ainda que leves, que configuram danos morais.

Cinge-se, pois, a controvérsia ao montante fixado pelo MM. Juiz de primeiro grau a título de danos morais, bem como ao termo inicial da correção e juros sobre ele incidente.

No tocante ao pleito de majoração da indenização, penso que razão assiste à apelante.

Como cediço, o dano moral tem sido alvo de tentativas, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais, de mensuração do *quantum* a ser atribuído à vítima em caso de sua ocorrência.

Carlos Alberto Bittar, estudando os critérios para a fixação dos danos morais, ensina que

ainda se debate a propósito de critérios de fixação de valor para os danos em causa, uma vez que, somente em poucas hipóteses, o legislador traça nortes para a respectiva estipulação, como no próprio Código Civil (art. 1.537 e ss.), na lei de imprensa, na lei sobre comunicações, na lei sobre direitos autorais, e assim mesmo para situações específicas nelas indicadas.

Ensina ainda o ilustre professor:

Tem a doutrina, todavia, bem como algumas leis no exterior, delineado parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos sistemas a que denominaremos abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição. Opõem-se-lhes os sistemas tarifados, em que os valores são pré-determinados na lei ou na jurisprudência.

Levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado (ou *punitive damages*, como no direito norte-americano).

E continua:

Vacilações, no entanto, são notadas em certos pronunciamentos de nossos magistrados, mas devem ser debitadas à conta do caráter ainda recente da formulação em causa, e que, com certeza, sofrerão a correção natural que da evolução científica resulta. A reiteração normal de decisões sobre a matéria uniformizará o critério mencionado como único vetor compatível com o vulto dos direitos em tela.

Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é a de fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo, e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.

Compensa-se, com essas verbas, as angústias, as dores, as aflições, os constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral a que o agente tenha exposto o lesado, com sua conduta indevida.

Utilizando-se os parâmetros acima indicados para a fixação do montante indenizatório, dando especial atenção às circunstâncias do caso e à gravidade do dano, ainda que em grau leve, sopesando ainda a condição pessoal da ofendida, tenho por razoável a majoração da condenação por danos morais para R\$3.000,00 (três mil reais), já que não ocorreu nenhuma sequela ou dano incapacitante. Ademais, tal valor se encontra dentro dos parâmetros usualmente adotados por esta colenda Câmara para hipóteses análogas.

No tocante ao pedido para que a correção monetária incida a partir do evento danoso, sem qualquer parcela de razão, pois, em hipóteses como a presente, esta deve incidir a partir da decisão que determinar seu valor. De qualquer sorte, no caso posto em lide, esta fluirá a partir da publicação do presente acórdão, uma vez que o *quantum* anteriormente fixado restou majorado.

Contudo, no que concerne aos juros moratórios, coberta de razão a apelante, pois, considerando tratar-se de responsabilidade extracontratual, a indenização por danos morais deve ser acrescida de juros de mora a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), impondo-se, também, aqui, a reforma da sentença.

Considerando na hipótese da existência e procedência da lide secundária, cumpre ressaltar que a

denunciada responderá solidariamente pelo novo valor da condenação, observados, por óbvio, os limites da apólice.

Passo à análise das questões aviadas pela Companhia Mutual Seguros em suas contrarrazões.

É certo que a apelada Companhia Mutual Seguros comprovou estar em regime especial de liquidação extrajudicial, nos documentos de f. 310/312.

Porém, o art. 18, alínea *a*, da Lei nº 6.024/1974, abaixo transcrito, aplica-se somente às ações destinadas à efetiva satisfação de quantias líquidas, pois, em tais hipóteses, há latente risco de ato de constrição judicial de bens da massa ou liquidanda:

Art. 18 - A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação; [...].

Logo, as ações judiciais de conhecimento e que envolvem quantia ainda ilíquida devem ter regular prosseguimento, até alcançar a fase acima aludida, mesmo quando dirigidas contra a pessoa jurídica sob o regime de liquidação especial.

Nesse sentido é o entendimento da doutrina autorizada e as manifestações da jurisprudência dos Tribunais pátrios:

As ações de conhecimento contra o devedor falido ou em recuperação não se suspendem pela sobrevivência da falência ou do processo visando aos benefícios. Não são execuções e, ademais, o legislador reservou a elas um dispositivo específico preceituando o prosseguimento (§ 1º). (COELHO, Fabio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 43).

Recurso especial. Processual civil. Liquidação extrajudicial. Ação indenizatória. Ajuizamento após o decreto de liquidação. Possibilidade. Exegese do art. 18, *a*, da Lei n. 6.024/1974. - 1. A exegese do art. 18, *a*, da Lei n. 6.024/1974 induz a que a suspensão de ações ajuizadas em desfavor de entidades sob regime de liquidação extrajudicial e o veto à propositura de novas demandas após o decreto de liquidação não alcançam as ações de conhecimento voltadas à obtenção de provimento judicial relativo à certeza e liquidez do crédito. Isso porque, em tais hipóteses, inexistente risco de qualquer ato de constrição judicial de bens da massa. 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp: 1298237 DF 2011/0309420-5, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, j. em 19.05.2015, T3 - Terceira Turma, DJe de 25.05.2015).

Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Instituição financeira. Documentos contábeis. Impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais. Comprovação. Instituição financeira em liquidação extrajudicial. Suspensão das ações. Impossibilidade. Ação em fase de conhecimento. Ausência de risco de constrição dos bens da massa. Interpretação extensiva do art. 18, *a*, da Lei 6.024/74. Precedentes STJ. Agravo parcialmente provido.

[...]. II - 'A exegese do art. 18, *a*, da Lei n. 6.024/1974 induz a que a suspensão de ações ajuizadas em desfavor de entidades sob regime de liquidação extrajudicial e o veto à propositura de novas demandas após o decreto de liquidação não alcançam as ações de conhecimento voltadas à obtenção de provimento judicial relativo à certeza e liquidez do crédito. Isso porque, em tais hipóteses, inexistia risco de qualquer ato de constrição judicial de bens da massa (STJ - REsp: 1298237 DF 2011/0309420-5). III - Agravo de instrumento parcialmente provido (TJMG, Agravo de Instrumento Cível 1.0702.12.072408-4/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 16.12.2015, p. em 05.02.2016).

Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos morais. Pedido de suspensão do feito. Venda casada. Inocorrência. Danos morais. Não configurados. Rescisão contratual. Possibilidade. - Em se tratando de processo de conhecimento, não há falar em suspensão do feito devido à decretação da liquidação extrajudicial da administradora de consórcios, porque não se aplica o disposto no art. 18, alínea *a*, da Lei nº 6.024/74. [...] (TJMG, Apelação Cível 1.0145.12.038110-1/001, Rel. Des. Pedro Aleixo, 12ª Câmara Cível, j. em 01.10.2014, p. em 13.10.2014).

Nesse contexto, porque a presente ação de conhecimento se volta à obtenção de provimento judicial de acerto de certeza e de liquidez do crédito, mas não de exigibilidade, não há falar de suspensão do processo, visto que, nesta fase, inexistia risco de qualquer ato de constrição judicial de bens da liquidanda.

Ultrapassado esse ponto, verifico que a embargante requer, ainda, a aplicação do art. 18, alíneas *d* e *f*, da Lei nº 6.024/1974, para afastar e/ou suspender a incidência de correção monetária e de juros de mora sobre a condenação em seu desfavor.

Em relação à correção monetária, razão nenhuma assiste à seguradora.

Isso porque esse consectário legal não importa em complemento ao capital e tem como objetivo preservar e recompor o poder aquisitivo e o valor da moeda. Por via de consequência, ele tem o condão de afastar inadmissível o enriquecimento sem causa do devedor.

Adotando idêntico entendimento, eis as razões de decidir dos seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A correção monetária não se constitui em um *plus*, senão em uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência (STJ, REsp n. 54.470-0-RJ, Rel. Min. Asfor Rocha, 1ª Turma, em RSTJ 74/387).

Processual civil e comercial. Corretora de valores. Regime de liquidação extrajudicial. Embargos de declaração. Omissão. Súmula n. 211/STJ. DL n. 7.661/1945. Art. 44, VI. Aplicação. Correção monetária. Cabimento. Súmula n. 43/STJ. Ato ilícito absoluto e ato ilícito relativo. Juros de mora. Citação. [...]. 3. 'É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, constituindo-se ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena realização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações' (REsp n. 247.685/AC, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.06.2000). 4. O enunciado da Súmula n. 43/STJ refere-se tanto ao ato ilícito absoluto (extracontratual) quanto ao ato ilícito relativo (contratual). Precedentes. 5. Conforme disposto no art. 18, alínea *d*, da Lei n. 6.024/1974, decretada a liquidação extrajudicial da empresa, não há fluência de juros enquanto não integralmente pago o passivo. No caso, porém, não tendo havido recurso da parte interessada quanto ao ponto, deve ser mantido o entendimento adotado no acórdão recorrido, que determinou a incidência da norma contida no art. 219 do CPC e, como consequência, fixou a fluência dos juros moratórios desde a citação válida. 6. Recurso da primeira recorrente conhecido e parcialmente provido. Recurso da segunda recorrente parcialmente conhecido e desprovido (STJ, REsp 887.131/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 16.05.2013, DJe de 14.10.2013).

Logo, entendo que a correção monetária deve incidir regularmente sobre o valor da condenação até que ocorra a efetiva satisfação do crédito reconhecido como direito da Companhia Mutual Seguros, sendo irrelevante a situação de liquidação especial da sociedade empresarial seguradora.

Quanto aos juros, não obstante eles devam incidir a partir do momento da constituição em mora do devedor, em razão do estabelecido no art. 18, *d*, da Lei nº 6.024/74, a sua fluência deve ficar, de fato, apenas suspensa desde a decretação da liquidação até o momento em que todo o passivo da sociedade empresarial liquidanda foi integralmente quitado.

Art. 18 - A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo.

Sobre a questão, o colendo Superior Tribunal de Justiça e este egrégio Tribunal de Justiça também já se manifestaram:

Civil. Processual civil. Liquidação extrajudicial. Ação de prestação de contas em segunda fase. Juros moratórios. Suspensão da fluência. Lei n. 6.024/74. Provimento. - 1. Na liquidação extrajudicial, a exemplo do que ocorre durante o processamento da falência (Lei 11.101/2005, art. 124), os juros, sejam eles legais ou contratuais, têm sua fluência suspensa por força do art. 18, *d*, da Lei n. 6.024/74. 2. O motivo da suspensão da fluência dos juros é uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo não é suficiente para o pagamento de todos os credores. Assim, após a satisfação do passivo aos credores habilitados, e havendo ativo que os suporte, serão pagos os juros contratuais e os legais vencidos durante o período do processamento da falência ou liquidação

extrajudicial. 3. Recurso especial conhecido e provido (REsp 1102850/PE, Rel.^a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 04.11.2014, DJe de 13.11.2014).

Contrato de seguro. Ação proposta antes da decretação da liquidação extrajudicial da seguradora. Competência. Juízo em que a ação foi proposta. Doença preexistente. Ônus da prova. Incidência de juros e correção monetária. [...] O fato de ter havido a decretação da liquidação extrajudicial não impede a incidência de correção monetária e juros, ficando a fluência deste suspensão durante o período compreendido entre a data da liquidação e o momento em que se encerra o pagamento do passivo da empresa liquidanda. Preliminar rejeitada e apelação não provida (TJMG - 1.0024.01.025865-5/001(1); Rel. Pereira da Silva; data do acórdão: 06.03.2007; p. em 16.03.2007).

Ação ordinária de cobrança de indenização securitária cumulada com danos morais. Seguro de vida em grupo. Contrato de risco. Responsabilidade objetiva. Gratuidade judiciária. Empresa em liquidação extrajudicial compulsória. - Para ser deferida gratuidade da justiça à pessoa jurídica, embora em liquidação extrajudicial, indispensável prova inequívoca de sua situação financeira. Pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado no apelo negado pela não comprovação da hipossuficiência de recursos. - Correção Monetária e Juros. O fato de ter havido a decretação da liquidação extrajudicial não impede a incidência de correção monetária e juros, ficando a fluência deste último suspensão durante o período compreendido entre a data da liquidação e o momento em que se encerra o pagamento do passivo da empresa liquidanda. [...]. (TJMG; 1.0024.00.142154-4/001(1); Rel. José Flávio de Almeida; data do acórdão: 21.03.2007; p. em 31.03.2007).

Concluo, assim, deve ser acolhido o pleito da seguradora apelada não para afastar peremptoriamente a incidência de juros de mora sobre o valor da condenação imposta à sociedade seguradora liquidanda, mas apenas para determinar a suspensão da sua fluência a partir da data da decretação da liquidação especial extrajudicial - 4 de novembro de 2015 - até a data em que se encerrar o pagamento do passivo.

No que se refere ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, nesse ponto penso que também merece acolhida a pretensão da seguradora, pelas razões que se seguem.

Primeiramente, é imprescindível esclarecer que está consolidado o entendimento de que é possível a concessão do benefício da justiça gratuita também às pessoas jurídicas, uma vez que o art. 5º, inciso LXXIV, da CF, ao instituir tal benefício, não distingue o beneficiário, mas para isso, se revela imprescindível que seja demonstrada inequivocamente a insuficiência de recursos da empresa requerente para custear as despesas processuais sem prejuízo de suas atividades.

Dessa forma, imprescindível a comprovação inequívoca de que a parte não possui condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem que isso prejudique o seu funcionamento.

No caso dos autos, constata-se que a Companhia Mutual Seguros se encontra em liquidação

extrajudicial decretada pela Susep, conforme documento de f. 310/312, o que evidencia a penúria financeira da empresa, mormente porque tal medida administrativa com caráter saneador é uma intervenção econômica do Estado nas atividades da empresa, provocando os mesmos efeitos da falência, implicando, inclusive, a paralisação total das atividades comerciais, bem como a sua eliminação do campo empresarial.

Nessa ordem de ideias, sendo essencial a comprovação da impossibilidade financeira para arcar com o pagamento das despesas processuais para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas, correto se faz deferir a concessão da gratuidade no caso em análise, tendo em vista que a empresa apelada se encontra inativa, devendo ser considerada pobre no sentido legal para que não se impeça o seu acesso à Justiça; e, por via de consequência, fica suspensa a exigibilidade quanto aos ônus sucumbenciais em que condenada no julgamento do recurso de apelação cível.

Com tais considerações, dá-se provimento ao recurso, para majorar o valor indenizatório para R\$3.000,00 (três mil reais), devendo tal montante ser corrigido, pelos índices da CGJ, a partir da publicação do acórdão, e juros de mora de 1% (um por cento), ao mês, a partir da data do evento danoso.

Custas recursais, na proporção de 90%, pelas apeladas, e 10%, pela apelante, suspensão, contudo, a sua exigibilidade, por litigar sob o pálio da gratuidade judiciária.

Concedo, ainda, nesta oportunidade, os benefícios da justiça gratuita à apelada, ficando suspensa, quanto a esta, a exigibilidade quanto aos ônus sucumbenciais a cujo pagamento fora condenada no julgamento do recurso de apelação, e suspendo a fluência dos juros de mora sobre o valor da condenação na lide principal, apenas em relação à sociedade seguradora, durante o período compreendido entre a data da decretação da liquidação - 4 de novembro de 2015 - até a data em que se encerrar o pagamento do passivo da ora apelada.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - *Data venia*, mantenho a indenização na quantia arbitrada na sentença, pois, de acordo com informes médicos acostados aos autos, a apelante sofreu lesões levíssimas, e compreendo não haver justificativa para exacerbação da condenação (f. 15/24-v.). O MM. Juiz de Direito ponderou os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação.

No mais, renovada vênua, acompanho o voto do Desembargador Relator para fixar os juros de mora a partir do evento danoso e quanto ao pedido da apelada em liquidação extrajudicial. Assim, dou parcial provimento à apelação.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais, em razão da sucumbência vítima das apeladas. Fica suspensa a exigibilidade do pagamento das custas na forma do § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS
- Peço vênia para acompanhar a divergência proferida pelo douto 1º Vogal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO E DEFERIRAM PEDIDO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA, FORMULADO PELA SEGUNDA APELADA, DE SUSPENSÃO DA FLUÊNCIA DOS JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO RETRO, VENCIDO O PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAL.

...

Ação civil pública - Dano ambiental - Construção irregular - Área de preservação permanente - Ato ilícito - Dano efetivo - Ausência - Demolição - Descabimento - Laudo técnico - Prova - Recuperação da flora - Manutenção do *status quo* - Indenização - Improcedência

Ementa: Reexame necessário (de ofício). Apelação cível. Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Construção em área de preservação permanente. Responsabilidade dos condôminos. Conduta omissiva. Ausência de nexos causal. Ausência de danos ambientais significativos. Obra consolidada. Demolição descabida. Razoabilidade e proporcionalidade. Demonstração da recuperação ambiental do terreno.

- Ausente nexos causal entre a conduta reputada lesiva ao meio ambiente e a omissão imputada aos condôminos, descabe a responsabilização destes por eventuais danos ao meio ambiente constatados na propriedade vizinha.

- A intervenção indevida em área de proteção permanente, configurada pela edificação na área compreendida no limite de 50 metros da margem do curso d'água (art. 2º, a, 2, da Lei 4.771/65), configura prática ilícita, mas não acarreta, indiscriminadamente, a demolição da obra, devendo apurar-se, no caso concreto, a demonstração do dano efetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando particularmente as funções ambientais das APPs que as restrições legais específicas visam preservar.

- A demolição da edificação constitui medida extrema, cabível quando necessária para fazer cessar os danos ao meio ambiente ou possibilitar efetivos benefícios ambientais, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não cabendo adotar essa medida com caráter sancionador, mas apenas como instrumento de proteção ambiental.

- Comprovado pela prova pericial que a edificação não acarretou danos significativos ao meio ambiente, que o proprietário promoveu a recuperação ambiental do imóvel e que ausentes evidências de efetivo benefício ao meio ambiente pela sua demolição, descabe impor a destruição da obra.

- Ausente apuração de prejuízo ao meio ambiente, descabe a condenação em indenização reparatória.

Sentença confirmada em reexame necessário. Apelação provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0472.05.008693-4/001 - Comarca de Paraguaçu - Apelante: Belchior Pacheco - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessados: Marcos Aurélio de Souza Dias, José Carlos de Souza, Sebastião Marcos de Souza, Manoela Tavares de Souza - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por Belchior Pacheco contra a r. sentença do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Paraguaçu que julgou parcialmente procedentes os pedidos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, formulados em sede de ação civil pública, para determinar ao requerido, ora apelante, que proceda à demolição, no prazo de trinta dias, da edificação irregular indicada nos autos, sob pena de multa por descumprimento fixada em R\$15.000,00 (quinze mil reais), e, ainda, de cumprimento forçado da obrigação.

Determinou, ainda, que o demandado proceda à recuperação da área, após a demolição, e tornou definitiva a liminar em que foi determinado que se abstenha de realizar novas edificações e intervenções na área de preservação permanente.

Condenou o apelante em custas e despesas processuais.

De início, considero que a sentença está sujeita ao reexame necessário, quanto à parte da decisão que julgou improcedente a pretensão do Ministério Público, sendo aplicável, por analogia, o disposto no art. 19 da Lei de Ação Popular à ação civil pública que versa sobre danos ambientais.

Os pedidos apresentados na inicial foram indeferidos em relação aos demandados Marcos Aurélio Souza Dias, Sebastião Moreira de Souza, Manoela Tavares de Souza e José Carlos de Souza, anteriores proprietários do imóvel a que se refere à causa.

O digno Juiz a quo deixou, ainda, de aplicar multa ao proprietário, a título de sanção, por considerar que não houve prejuízo ao meio ambiente.

Assim, conheço, de ofício, do reexame necessário.

Considerando o estrito liame entre as questões a serem enfrentadas em sede de reexame necessário e o objeto da apelação, procedo à apreciação conjunta dos recursos.

A presente causa foi inaugurada pelo Ministério Público diante da constatação do órgão estadual de proteção ambiental (IEF/MG) de intervenção indevida em área de proteção permanente, constituída pela edificação de uma casa a menos de 40 metros das margens do Rio Sapucaí, sem autorização do órgão ambiental competente.

O imóvel em questão decorreu de loteamento de área conhecida como Condomínio Sapucaí, promovida pelos requeridos Marcos Aurélio Souza Dias, Sebastião Marcos de Souza, Manoela Tavares de Souza e José Carlos de Souza e foi alienada a Belchior Pacheco, ora apelante, em 13 de agosto de 2002, conforme comprova o contrato de promessa de compra e venda juntado às f. 46/62.

A Lei 4.771/65 conceituava a área de proteção permanente como a área, coberta ou não por vegetação nativa, protegida com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, de proteger o solo e de assegurar o bem-estar das populações humanas.

A área em questão mereceu a mais elevada proteção pela sua relevância para o equilíbrio do ecossistema, não se tendo em vista particularmente a vegetação, mas a pertinência daquela área, por sua funcionalidade, apresentando maior repercussão ambiental os danos provocados nesse meio.

Nos termos do Código Florestal, vigente na época dos fatos discutidos nestes autos:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.07.1989)

1 - [...]

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; [...].

O requerido Belchior Pacheco admite ter construído a casa de morada no lote, afirmando que, quando adquiriu o imóvel, "a única coisa que lá existia era pastaria e plantação de milho".

Restou apurado pela perícia técnica que a construção, pelo seu estado, foi construída após a publicação da Lei 14.309/2002, em 19 de junho de 2002.

O contrato de promessa de compra e venda, datado de 13 de agosto de 2002, estabeleceu, em sua cláusula quinta, que, no ato, a posse definitiva do imóvel seria entregue ao comprador (f. 50).

Portanto, é razoável e condizente com o conjunto probatório admitir que a edificação foi posterior a agosto de 2002, não havendo falar em construção atópica.

Esses pressupostos são suficientes para fundamentar o indeferimento da pretensão em relação aos demais condôminos, por uma suposta omissão.

A responsabilidade imputada aos vizinhos pelo Ministério Público foi tão somente por essa condição, apresentada de forma genérica, sem qualquer alegação hábil a constituir o nexo causal entre a conduta omissiva atribuída aos demandados e o resultado apontado como lesivo ao meio ambiente.

Ainda que a responsabilidade por danos ambientais seja objetiva, não se dispensa a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação comissiva ou omissiva e o resultado lesivo.

Não há na legislação qualquer exigência no sentido de que os vizinhos exerçam a fiscalização do uso da propriedade, atuando em lugar do Estado; e, se não há dever de agir previsto em lei, não cabe a responsabilidade pela omissão.

Não ficou caracterizada qualquer conduta dos condôminos que tenha, de qualquer forma, contribuído para a intervenção indevida em área de proteção ambiental. Não se pode sequer concluir que os vizinhos podiam ou deveriam conhecer as atividades desenvolvidas no imóvel rural, quanto mais identificando as medidas da área de proteção ambiental para uma eventual denúncia.

Assinala-se que a causa de pedir não remete a qualquer irregularidade na constituição do condomínio ou na condição de vendedores do imóvel, perquirindo-se sobre danos anteriores à venda. O fundamento do pedido foi exposto no sentido de que os corréus, na qualidade de condôminos, teriam ofendido o meio ambiente por omissão, sem qualquer outra especificação, não se admitindo qualquer responsabilização sob esse aspecto.

Em relação ao proprietário do imóvel, Belchior Pacheco, a ilicitude da conduta encontra-se bem caracterizada.

O laudo pericial elaborado pelo perito ambiental de confiança do Juízo registrou que foi edificada a casa de 72 metros quadrados e uma base para ampliação de 27 metros quadrados, anexa, a uma distância de 37 metros do Rio Sapucaí, em um trecho onde o rio tem largura entre 40 e 50 metros.

Objetivamente, pelos critérios legais, a edificação foi realizada em área de proteção ambiental, não se respeitando a área *non edificandi* situada à

distância de 50 metros da margem do curso d'água, não cuidando o proprietário de obter a prévia autorização do órgão ambiental.

Sob outro aspecto, a conduta contrária à lei não enseja, por si só, a aplicação de sanções administrativas e civis, devendo as medidas, a serem adotadas em cada caso concreto, se mostrar aptas à finalidade de preservar, restaurar, reparar e recuperar o meio ambiente.

Nesse sentido, os estudiosos do direito ambiental têm conferido atenção ao aspecto da lesividade ambiental, constituindo o dano ambiental relevante como pressuposto para a configuração da responsabilidade do agente, assim entendida a lesão efetiva e significativa aos bens jurídicos protegidos.

Nessa linha, admite-se determinada margem de tolerância ante intervenções que se mostrarem inexpressivas e irrelevantes, por não importarem em efetivo agravamento ao meio ambiente, não resultando em degradação ambiental.

Sobre o tema do princípio do limite da tolerabilidade, leciona Álvaro Luiz Valery Mirra:

[...] o dano causado ao meio ambiente, para ser considerado reparável, deve apresentar-se dotado de certeza quanto à sua existência, ainda que a sua manifestação seja futura, em oposição ao dano eventual ou hipotético. Essa certeza, de outro lado, necessária à configuração do dano, depende da ultrapassagem de um determinado limite de tolerabilidade do meio receptor, face às agressões sofridas, a ser aferida em cada caso concreto, sem o que não há de se falar em dano ambiental (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 239).

Não se olvida que a proteção ao meio ambiente exige medidas preventivas e que as intervenções em área de proteção ambiental são potencialmente danosas. A proibição legal de caráter geral e abstrato tem em vista esse aspecto preventivo, e se apoia em uma presunção fundada de que as atividades realizadas em área de proteção ambiental repercutirão gravemente no equilíbrio do meio ambiente.

Há que se distinguir, porém, entre as sanções administrativas e as medidas cabíveis em sede de ação civil pública, que, na interpretação do art. 3º da lei de regência desse procedimento, deve ter por objeto obrigações de fazer ou não fazer e o pedido indenizatório, aptas a reparar os danos causados ou a impedir maiores gravames.

Sobretudo em sede de ação civil pública, a demolição da obra não deve ser aplicada como sanção cominada ao infrator, mas como medida apta a fazer cessar a atividade nociva (art. 11 da Lei 7.347/85).

Assim, diante de uma obra concluída e consolidada, não cabe determinar indiscriminadamente a sua demolição, sem se aferir se essa medida contribuirá efetivamente para a proteção ou a restauração do meio ambiente.

Em determinadas situações, a intervenção decorrente da demolição acarretará maiores gravames ao sistema ecológico do que a permanência da edificação, resultando contrária à finalidade das normas que preveem a sua aplicação.

Mesmo em se tratando de edificação em área de proteção permanente, há que se atentar para os fins precípuos da faixa de proteção para se perquirir, no caso concreto e à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as providências que resultarão efetivas para a recuperação e proteção das funções ecológicas e ambientais sob essa tutela específica, relacionadas na lei como: (a) os recursos hídricos; (b) a paisagem; (c) a estabilidade geológica; (d) a biodiversidade; (e) o fluxo gênico de fauna e flora; (f) o solo; e (g) o bem-estar das populações humanas.

O distinto doutrinador em direito ambiental Edis Milaré assinala que não se pode conceber as APPs desprovidas das funções que lhes são precípuas, sob pena de se tornar letra morta a legislação.

Pertinente registrar suas considerações sobre a matéria:

As APPs têm esse papel (maravilhoso, aliás!) de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida, assegurar a qualidade do solo e garantir o armazenamento do recurso água em condições favoráveis de quantidade e qualidade; [...].

Com isso, vê-se confirmado o *status* das APPs como espaços territoriais especialmente protegidos em sentido amplo, ou seja, elas podem admitir, em caráter excepcional, determinadas intervenções no seu meio, o que as faz diferir daquelas outras que se acham sujeitas ao regime estrito de preservação, dada a sua característica de intocáveis (MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1.311).

Mostram-se condizentes com essas lições as previsões legais que admitem uma margem razoável de intervenção humana em áreas de proteção permanente, permitindo a supressão da vegetação quando verificado o baixo impacto ambiental, em caso de utilidade pública ou de interesse social, e, desde que não se prejudique a função ambiental da área e não seja descaracterizada a cobertura vegetal, pode o órgão ambiental estabelecer medidas cabíveis mitigadoras e compensatórias.

Dessa exposição se deduz que a intervenção em área de proteção permanente não importa, por si só, em dano ambiental, e a medida de demolição não surtirá, necessariamente, efeito favorável ao meio ambiente.

A determinação de destruição de uma construção constitui medida extrema e odiosa, não somente por ocasionar danos ao patrimônio individual, mas por contrariar a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano. Contraria toda a lógica da justiça, do desenvolvimento e do bem-estar social admitir a destruição de um patrimônio útil, se não em proveito de outro bem de maior importância.

A destruição descontextualizada resultaria lesiva ao próprio meio ambiente, na contramão das tendências ambientais de aproveitamento e reciclagem de materiais. Ora, também o perecimento de todo o material empregado na obra e a edificação da casa em outro local geram repercussões ambientais, tudo dentro de um limite tolerável.

Conclui-se que a demolição de obra “trata-se de medida extrema, que só deve ser tomada em caso de irregularidade insanável, de perigo à segurança, à saúde ou de grave dano ambiental” (MILARÉ, *op cit.*, p. 396).

Corroboram esse entendimento os seguintes v. acórdãos deste egrégio Tribunal de Justiça:

Ação civil pública. Meio ambiente. Construção em área de preservação permanente. Degradação. Ausência. Improcedência. - Demonstrada a ausência de dano efetivo na área de preservação permanente, não há que se cogitar de demolição de antigas construções, em indenização ou em recuperação de eventual área atingida, forte no princípio da razoabilidade (TJMG - Apelação Cível 1.0702.08.536888-5/002 - Relator: Des. Antônio Sêrvulo - 6ª Câmara Cível - j. em 06.11.2012 - p. em 13.11.2012).

Direito constitucional. Direito ambiental. Direito processual civil. Apelação. Reexame necessário. Realização de ofício. Ação civil pública. Código Florestal (Lei Federal 12.651/12). Construções indevidamente erguidas em área de preservação permanente. Demolição e recuperação da área. Laudo técnico. Medida ambientalmente inadequada. Manutenção do *status quo*. Danos morais coletivos. Inexistência. Sentença confirmada. Recurso prejudicado. - Embora não se negue a irregularidade de construções indevidamente realizadas em área de preservação permanente, não se pode determinar a demolição das referidas edificações e a realização de projeto de recuperação da área, quando há laudo técnico, subscrito por profissional do Instituto Estadual de Florestas (IEF), demonstrando que a medida irá gerar impacto ambiental mais grave do que a conservação das construções e a consequente manutenção do *status quo*. - Não há como falar em dano moral coletivo quando a conduta imputada ofende norma de proteção do meio ambiente, ou seja, um direito transindividual, qualificado pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, o que é incompatível com o dano moral. Ainda que assim não fosse, a prova técnica apresentada nos autos demonstra a ausência de prejuízos concretos e efetivos ao meio ambiente, o que enfatiza a impossibilidade de condenação da parte ao pagamento de indenização (TJMG - Apelação Cível 1.0702.07.377221-3/002 - Relator: Des. Moreira Diniz - 4ª Câmara Cível - j. em 18.08.2016 - p. em 23.08.2016).

Em vista de todas essas considerações, a questão deve ser resolvida sob o ponto de vista da lesividade e da proteção e reparação do meio ambiente, não sendo a inobservância da regra jurídica suficiente para acarretar a condenação do agente em sede de ação civil pública a recompor o *statu quo ante*, sem qualquer proveito efetivo ao bem jurídico tutelado.

Mais uma vez o festejado autor Édis Milaré ilumina com suas lições a análise do tema:

Vale dizer, poluição é degradação que se tipifica pelo resultado danoso, independente de qualquer investigação quanto à inobservância de padrões específicos ou do funcionamento da instalação em consonância com as normas pertinentes.

Nessa ordem de ideais, e à míngua de critérios objetivos e seguros, pode-se concluir que a aferição da anormalidade ou perda do equilíbrio se situa fundamentalmente no plano fático, e não no plano normativo, segundo normas preestabelecidas (MILARÉ, *op cit.*, p. 430).

Tendo em vista todas essas considerações, tenho que, no caso concreto, não estando demonstrado dano significativo ao meio ambiente, descabe aplicar ao requerido as medidas reparatórias.

Conforme restou apurado nos autos, o demandado não procedeu à supressão da vegetação, sendo considerado pelo ilustre perito que “[...] os danos foram mínimos, não houve lucro, e o local já está recuperado ambientalmente” (f. 117).

A situação em que se encontra o imóvel atualmente se mostrou muito mais benéfica, sob o aspecto ambiental, do que a apresentada quando o bem foi adquirido. A área foi encontrada bem conservada, limpa, com plantações nativas.

Consoante se extrai do laudo pericial:

06 - A vegetação de hoje é muito superior à que existia na época, pois foram plantadas espécies arbóreas onde existiam apenas pastagens.

[...]

09 - [...] as construções, embora estejam em desacordo com a Lei 14.309/2002, não causaram grande prejuízo ambiental, tendo em vista o modo como foi preparado o terreno, a execução manual. Se forem tomadas providências no sentido de dar destino adequado aos dejetos, existem meios de convivência.

10 - O pomar plantado, que constitui a maior parte da vegetação existente no local, é fator de grande benefício ambiental (f. 118).

Considerações gerais: O imóvel, embora tenha em seu interior a construção da casa a 37 metros do rio, não sofreu danos ambientais significativos e foi arborizado com o plantio de árvores frutíferas e de plantas nativas, beneficiando o meio ambiente (f. 119).

Percebeu-se o empenho do proprietário em preservar as plantas nativas, algumas centenárias; destacou-se que o lote está muito bem preservado; logo, os danos foram classificados como mínimos.

No laudo de constatação do oficial de justiça, mereceu ênfase o fato de os demais lotes vizinhos se encontrarem abandonados, não possuindo cerca nem plantações.

Portanto, pelo que ficou demonstrado, a edificação, com extensão de 99 metros quadrados, ainda que localizada em área de preservação permanente, não acarretou danos ambientais significativos; as demais medidas adotadas no terreno se prestaram para sua recuperação ambiental.

As anotações do ilustre perito indicam que a vegetação ciliar foi preservada, houve arborização com plantas frutíferas, plantio de palmeiras reais, preservação de árvores centenárias e manutenção de plantas nativas, não se

constatando qualquer erosão anormal na margem do rio e não se percebendo qualquer descarga de detritos.

Assim, embora constatada a ilegalidade da conduta, tenho que descabe o resultado pretendido pelo Ministério Público quanto à demolição da edificação e recuperação da área, pois não foi demonstrada lesão efetiva ao meio ambiente.

A destruição de obra edificada em área de preservação permanente, pelo tão só fato de não ter sido obtido o prévio licenciamento, não é medida imperativa, somente sendo cabível quando verificada sua necessidade para a recuperação de eventuais danos ambientais criados, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso concreto, ponderando-se o empenho do proprietário em restaurar a flora do local que encontrou muito degradado, bem como a pequena extensão da obra e a ausência de prova de efetivos prejuízos ao meio ambiente, vislumbro ser descabido o provimento buscado.

Não está demonstrado que a demolição da construção contribuirá significativamente para a recuperação da área degradada; ao contrário, restou constatado pelo perito que a convivência da obra com o meio ambiente equilibrado é plenamente viável.

Pelo que foi exposto, considerando os limites do pedido, descabe impor medida de recuperação da área, pois já se apurou que a área está recuperada e a parcela do terreno, onde não há plantação em decorrência da edificação, foi considerada insignificante.

A imposição de indenização ressarcitória somente seria cabível se houvesse danos a reparar, pressuposto que não se configurou na espécie.

Impõe-se, por outro lado, manter a obrigação de que o requerido se abstenha de realizar outras edificações e intervenções não autorizadas na área de preservação permanente, conforme determinado na r. sentença, mesmo porque não houve impugnação a essa determinação pelo interessado em sua apelação.

Por todo o exposto, em reexame necessário confirmo a sentença, que julgou improcedentes os pedidos quanto aos condôminos e julgou parcialmente procedentes os pedidos do Ministério Público, rejeitando a pretensão de imposição de multa civil, e dou provimento à apelação para excluir da condenação a determinação de demolição da edificação realizada na área de preservação permanente.

Sem custas, em vista da isenção conferida ao Órgão Ministerial.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANA PAULA CAIXETA e RENATO DRESCH.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Tarifa Interna de Retorno (TIR) - Contrato de arrendamento mercantil - Revisional - Execução de sentença - Cobrança indevida - Ausência de demonstração - Ônus da prova

Ementa: Apelação. Ação ordinária. TIR. Tarifa interna de retorno. Execução da sentença de ação revisional de contrato de arrendamento mercantil. Ausência de demonstração da cobrança indevida. Ônus da prova.

- O ônus da prova cabe a quem alega, vale dizer, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos.

- O reconhecimento da procedência do pedido está condicionado à demonstração, pela parte autora, de que a Tarifa Interna de Retorno está sendo cobrada de forma diferente daquela determinada na sentença transitada em julgado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.15.009552-5/001 - Comarca de Passos - Apelante: Ana Paula Garcia - Apelado: BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - Kildare Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de recurso de apelação interposto em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos, que, nos autos da ação ordinária movida por Ana Paula Garcia contra BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$1.500,00, suspensa a sua exigibilidade em razão da concessão de justiça gratuita.

Apela a autora, afirmando que sua pretensão, nestes autos, se restringe ao reconhecimento do direito à percepção do valor equivalente aos juros que incidiram sobre as tarifas cuja ilegalidade foi reconhecida em ação anterior, que tramitou perante o Juizado Especial. Neste contexto, argumenta a inocorrência de coisa julgada, uma vez que a pretensão posta nos autos não possui identidade com aquela anteriormente defendida e parcialmente provida nos Juizados Especiais. Acrescenta a ausência do lapso temporal capaz de caracterizar a prescrição do direito, ora buscado à luz do disposto no art. 205 do Código Civil. Quanto ao mérito propriamente

dito, alega a autora que o contrato foi parcialmente declarado nulo, o que acarreta a declaração de nulidade dos juros que incidiram sobre as tarifas excluídas da cobrança.

Sem preparo, porque concedidas à autora as benesses da assistência judiciária gratuita, f. 60-TJ.

Contrarrazões apresentadas às f. 70/73 -TJ.

Este o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Narra a autora que firmou com o réu contrato de empréstimo bancário, e a legalidade de suas cláusulas foi objeto de ação revisional proposta perante o Juizado Especial da Comarca de Passos.

Os pedidos da ação foram julgados parcialmente procedentes para reconhecer a ilegalidade das tarifas e determinar a sua restituição, o que foi procedido pelo réu, naquela oportunidade.

Assim, pretende a autora ver restituído o valor correspondente à (TIR) Tarifa Interna de Retorno incidente sobre a parcela reconhecidamente indevida.

Vale dizer, cinge-se a questão posta nos autos à análise do direito da autora à restituição da TIR que incidiu sobre o montante total financiado pela consumidora, inclusive sobre as tarifas, cuja ilegalidade restou reconhecida por decisão transitada em julgado.

Neste contexto, afasto a ocorrência de coisa julgada nos autos em epígrafe, uma vez que não há identidade de causa de pedir entre a ação proposta perante o Juizado Especial e a presente ação, conforme acima demonstrado.

De igual forma, afasto a ocorrência de prescrição, por entender que o prazo prescricional aplicável à pretensão em comento é o decenal, previsto no art. 205 do Código Civil, e não o trienal, aplicado pela MM. Juíza singular.

Quanto ao mérito, embora não se tenha dúvida sobre qual é a pretensão da autora, conforme acima esclarecido, tenho que a cobrança da TIR sobre as tarifas consideradas ilegais pelo Poder Judiciário não restou demonstrada nos autos pela recorrente.

Ora, pelo que deflui da sentença proferida na ação revisional de contrato anteriormente proposita, f. 11-TJ, o MM. Juiz singular julgou procedente o pedido para determinar a devolução dos valores indevidamente cobrados da consumidora a título de Tarifa de Cadastro, Tarifa de Serviços de Terceiros, Tarifa de Gravame Eletrônico e de Promotora de Venda.

A Turma recursal, por sua vez, reformou a sentença apenas para reconhecer a legalidade da Tarifa de Cadastro, f. 13/14-TJ.

Logo, a incidência da (TIR) Tarifa Interna de Retorno somente poderia ocorrer sobre o montante devido, e não sobre o valor cheio, incluindo-se as tarifas consideradas ilegais.

Ocorre que, em momento algum nos autos, restou demonstrada a ocorrência de tal cálculo pela autora, o que afasta a procedência do pedido.

É imperioso ressaltar que, de fato, tal cobrança poderia ter sido contestada na ação revisional, em sede de execução de sentença ou até mesmo de embargos de declaração, o que não ocorreu, como se deflui de f. 14-v.-TJ.

Assim, tenho que o reconhecimento da procedência do pedido requer a comprovação da cobrança cuja ilegalidade ora se discute, o que não ocorreu no caso em comento.

Ora, sabe-se que o ônus da prova cabe a quem alega, vale dizer, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos. No caso em exame, todavia, a recorrente não se desincumbiu a contento deste seu dever processual.

Para o insigne processualista Vicente Greco Filho, fatos constitutivos são

aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito (*Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 185).

Ainda a propósito, extrai-se da jurisprudência que: A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória da causa, cabe à parte o encargo de produzir provas capazes de formar, em seu favor a convicção do juiz (Adcoas, 1990, nº 126.976).

E, ainda sobre o ônus da prova, são as palavras de Fredie Didier Jr.:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância (*Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivum, 2º vol., 2016, p.110).

No caso em epígrafe, não há demonstração de que a TIR foi calculada sobre o montante total do valor financiado, o que afasta a procedência do pedido.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO DE ABREU PORTES e PEDRO ALEIXO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Instituição de ensino - Efetivação de matrícula - Desistência ou trancamento - Ônus da prova - Mensalidades escolares - Pagamento - Obrigação

Ementa: Ação de cobrança. Mensalidades escolares. Matrícula efetivada. Desistência ou trancamento. Não comprovação. Ônus da prova. Pagamento devido. Sentença mantida.

- Comprovada a realização da matrícula no curso ministrado pela instituição de ensino, é obrigação do aluno efetuar o pagamento das mensalidades.

- A prova da desistência ou trancamento da matrícula, por constituir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, II, do novo CPC), é obrigação do interessado (aluno), sob pena de subsistir o dever de pagar as mensalidades escolares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0637.14.009776-6/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Vanessa Ribeiro de Andrade - Apelada: Unisepe - União das Instituições de Serviço, Ensino e Pesquisa Ltda. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2016. - Marcos Lincoln - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por Vanessa Ribeiro de Andrade da sentença de f. 30/32, proferida nos autos da ação de cobrança ajuizada pela Unisepe - União das Instituições de Serviço, Ensino e Pesquisa Ltda., pela qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço assim decidiu:

[...]

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, na forma do art. 487, I, do NCPC, para condenar a ré a pagar à autora a quantia indicada na inicial, corrigida monetariamente, desde a data do ajuizamento da ação, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, estes contados da citação.

Condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios a 10% do valor atualizado da dívida, com cobrança suspensa diante do pedido de assistência judiciária gratuita, o qual não foi impugnado pela autora (sic).

Nas razões recursais (f. 34/43), a ré - apelante, em síntese, sustentou que não teria frequentado as aulas ministradas pela instituição de ensino, de modo que não poderia ser condenada ao pagamento das mensalidades escolares; que a autora não teria tentado solucionar o problema administrativamente; que o Código de Defesa do Consumidor deveria ser aplicado à espécie, motivo pelo qual "necessária se faria a constituição da devedora em mora antes de se ajuizar uma ação de cobrança, até mesmo porque a recorrente sequer estava frequentando as aulas, conforme se depreende do documento de f. 13, que é o histórico escolar da recorrente onde consta que a mesma foi reprovada por falta em todas as matérias" (sic); que não teria sido notificada para pagamento do débito; que as disposições do contrato de prestação de serviços não teriam sido observadas pela parte autora, porque deveria ter comunicado previamente a aluna acerca da rescisão por inadimplemento antes do vencimento de todas as mensalidades do semestre. Ao final, pugnou pelo provimento ao recurso e pela reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 44/48.

É o breve relatório, passo a decidir.

Em primeiro lugar, impõe-se registrar que, em razão da vigência, a partir de 18.03.2016, do novo Código de Processo Civil, segundo a boa doutrina, à qual me filio em matéria recursal, duas são as situações para a nova lei processual: 1) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; 2) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

Além disso, o art. 14 do NCPC/15 dispõe: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada."

No caso em apreço, a sentença foi publicada em 01.07.2016, de modo que as disposições do novo CPC serão observadas, respeitando-se dos atos processuais já praticados.

Feitas essas observações, passa-se ao exame do recurso propriamente dito.

Colhe-se dos autos que a autora-apelada, ajuizou ação de cobrança de mensalidades escolares em desfavor de Vanessa Ribeiro de Andrade, ora apelante, sob o fundamento de que as partes teriam celebrado "Contrato de Prestação de Serviços Educacionais", mas a ré não teria efetuado o pagamento das parcelas referentes ao primeiro semestre do ano de 2010, perfazendo o valor de R\$3.231,55 (três mil duzentos e trinta e um reais e cinquenta e cinco centavos).

Devidamente citada, a ré - apelante, apresentou a contestação de f. 22/24, alegando que não frequentou

as aulas e tampouco usufruiu dos serviços prestados pela autora, de modo que não poderia ser condenada a pagar o valor das mensalidades, mormente pelo fato de que não foi constituída em mora e sequer notificada para regularizar a pendência financeira.

Impugnada a contestação, sobreveio a r. sentença pela qual, como relatado, o MM. Juiz singular julgou procedentes os pedidos da inicial.

Pois bem.

Infere-se dos autos que a ré-apelante, reconheceu que se matriculou no Curso de Administração, comprometendo-se a efetuar o pagamento da quantia de R\$2.923,86 (dois mil novecentos e vinte e três reais e oitenta e seis centavos), dividida em seis (6) parcelas mensais e consecutivas, a primeira no ato da matrícula e as demais a partir do dia 20 (vinte) de cada mês.

Ademais, impende ser realçado que a ré-apelante, em sua contestação, f. 22/24, afirmou que teria solicitado o trancamento da matrícula, tanto que não frequentou as aulas.

Acontece, todavia, que a Cláusula 21, § 2º, do contrato celebrado entre as partes prevê expressamente a necessidade de comunicação por escrito da desistência, cancelamento ou trancamento de matrícula, nos seguintes termos:

Nos casos de desistência, transferência, cancelamento ou trancamento de matrícula, o contratante deverá comunicar por escrito à secretaria acadêmica da(s) faculdade(s), a fim de se desligar da contratada e de que seja procedida baixa de seu nome nos controles financeiros, evitando, pois, que sejam lançados débitos em seu nome, que dariam origem à cobrança nos termos deste Contrato (sic).

Além disso, a ré-apelante, assinou o contrato de f. 10/12, de modo que não pode alegar o desconhecimento das cláusulas contratuais.

Assim, tendo sido realizada a matrícula no Curso de Administração, é obrigação do aluno efetuar o pagamento das mensalidades escolares correspondentes ao semestre ou período estabelecido no contrato de prestação de serviços educacionais, principalmente se a ré-apelante não trouxe aos autos qualquer comprovação de que teria desistido ou trancado sua matrícula, ou mesmo os comprovantes de pagamento das mensalidades.

Nos termos do art. 373, inc. II, do novo Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao réu "quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Conforme acentua Humberto Theodoro Júnior,

[...] não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (*Curso*

de direito processual civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 411).

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini afirmam:

O ônus difere do dever, pois este pressupõe sanção. Melhor dizendo, sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao polo oposto da relação jurídica o direito correlato e em sentido contrário de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão somente, no caso de descumprimento, uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com 'interesse' se quer dizer que a prática do ato processual favorece a parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade.

Assim, ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim se pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga consequências favoráveis.

O ônus da prova é de fundamental importância quando a prova não há, e não quando há. Como a prova não pertence à parte, cabe-lhe manuseá-la a seu favor, tentando extrair dos fatos demonstrados a consequência jurídica que pretende. Se a prova vem aos autos, independentemente de quem a produziu, compete ao juiz reconhecer os efeitos que ela produz.

Se prova há (foi produzida, não importando por quem), as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos, o juiz tão somente os adequará à norma jurídica pertinente. Mas se prova não há, necessário se torna que o sistema trace os princípios a serem trilhados pelo juiz para chegar à justa solução da demanda. Assim, dota-se o julgador de regras a nortear-lhe a atividade e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis.

O Código de Processo Civil divide o ônus da prova pela posição processual que a parte assume. Se no polo ativo, compete-lhe provar apenas o fato constitutivo de seu pretensão direito. Se no polo passivo, somente deverá provar se alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.

Fato constitutivo é aquele que tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido. Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito alegado pelo autor. Impeditivo porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque demonstra alteração daquilo que foi expresso no pedido. Extintivo, porque fulminam no todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

Dessa forma, em face desses ensinamentos doutrinários, se o réu deixa de juntar aos autos elementos probatórios dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos de direito, bem como de requerer a sua produção durante a instrução do feito, comprovado o fato alegado pela instituição de ensino, não resta alternativa senão a

de manter a sentença que julgou procedentes os pedidos da inicial.

No tocante à necessidade de constituição em mora, também não há como acolher as alegações da ré-apelante, pois o art. 397 do Código Civil assim dispõe:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Em comentário ao dispositivo em evidência, Hamid Charaf Bdine Jr. (*Código Civil comentado*, Coord. Min. Cezar Peluso), anota:

Se a obrigação é positiva e líquida e tem termo (prazo certo) para ser adimplida, verifica-se a mora na ocasião em que o cumprimento havia de ter sido implementado. A obrigação é positiva quando exige uma conduta comissiva do devedor - dar ou fazer -, pois, nas obrigações negativas, aplica-se à mora a regra prevista no art. 390, compreendida entre as disposições gerais aplicáveis ao inadimplemento absoluto e à mora. A obrigação é líquida nos casos em que for certa ou determinada, sem necessidade da elaboração de cálculo, como estava expresso no art. 1.533 do Código Civil de 1916, que não tem correspondência no Código de 2002 - valendo notar que a necessidade de simples cálculos aritméticos não acarreta iliquidez.

[...]

Cobrança. Dívida líquida, certa e com vencimento previamente determinado. Inadimplemento incontroverso. Desnecessidade de notificação premonitória. Art. 397 do Código Civil que dispõe bastar o inadimplemento de obrigação positiva e líquida, no seu termo, para constituir em mora o devedor. Recurso improvido (TJSP, Ap. Cível nº 6.797.984.200, Rel. Des. Maia da Cunha, j. em 29.10.2009).

[...]

Juros de mora. Verbas de sucumbência. Incidência a partir da data da sentença. Descabimento, não se tratando de caso de mora ex re. Citação para cumprimento da sentença que deve ser considerado o termo inicial dos juros. Inteligência do art. 219 do CPC e art. 960, parágrafo único, do CC de 1916 (art. 397, parágrafo único, do Código Civil de 2002). Embargos em parte acolhidos. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP, Ap. nº 7.200.371.000.313.342/RS, 2ª Seção, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, j. em 14.02.2008).

[...]

Prestação de serviços. Escola. Mensalidades. Cobrança. - 1 - Irrelevante a falta de juntada do instrumento de contrato, se a parte não nega a prestação de serviços nem impugna especificamente os valores cobrados. 2 - Os juros e correção monetária incidem desde os vencimentos e não da citação, pois o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor (art. 397, CC). Recurso não provido (TJSP, Ap. nº 7.122.369-7, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. em 14.03.2007) (p. 427/430).

Logo, não haveria necessidade de constituição da ré-apelante, em mora, sendo que as cláusulas contratuais apontadas pela apelante (6ª e 13ª respectivamente) preveem a necessidade de notificação apenas no caso de suspensão do contrato ou de inclusão do nome do aluno no cadastro de inadimplentes, o que, todavia, não ocorreu no caso em apreço.

Por fim, impõe-se destacar que a ré-apelante não fez nenhuma objeção em relação ao valor das mensalidades que lhe estão sendo cobradas, tendo se limitado a dizer que não frequentou as aulas e, por isso, a cobrança seria indevida, pelo que não há como acolher sua pretensão.

Conclusão.

Mediante tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença, por esses fundamentos.

Nos termos do art. 85, § 11, do novo CPC, considerando que o trabalho realizado em grau recursal não demandou maiores esforços dos patronos da apelada, majoram-se os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da condenação, ficando suspensa a exigibilidade da verba honorária e das custas recursais, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ITCD - Contrato de permuta de imóveis - Terreno permutado por uma unidade em edifício a ser erguido - Base de cálculo - Valor venal do imóvel

Ementa: Apelação cível. Direito tributário. ITCD. Base de cálculo. Valor venal do imóvel. Contrato de permuta de imóveis. Terreno permutado por um apartamento em edifício a ser erguido. Comprovação de que os apartamentos não integram o patrimônio do *de cujus*. Exclusão destes da base de cálculo. Honorários advocatícios. Equidade.

- Com fundamento no art. 38 do CTN e no art. 4º da Lei estadual nº 14.941/2003, a base de cálculo do ITCD será o valor venal do imóvel recebido quando da abertura da sucessão, que deve ser apurado com base no valor de mercado do bem.

- A juntada de contrato de permuta de terreno por um apartamento em edifício, a ser construído pelos permutantes devedores, afasta a presunção de que as unidades autônomas do prédio construído integrariam o patrimônio do *de cujus*, e, por tal motivo, não devem compor a base de cálculo do ITCD.

- "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior" (art. 20, § 4º, do CPC/73).

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0317.11.011259-4/001 - Comarca de Itabira - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Deise Bragança de Mendonça, Gislene Domellas Mendonça Guerra, Marise Bragança de Mendonça e outros - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a r. sentença de f. 335/338 que julgou procedente o pedido contido na ação declaratória ajuizada por Deise Mendonça Pires e outros, herdeiros de Eneida Bragança de Mendonça, para determinar que o réu, ao apurar a base de cálculo do ITCD devido pelos sucessores da Sra. Eneida Bragança de Mendonça em relação ao lote de terreno nº 15, quadra nº 8, com área de 375m², situado na Rua Célio Guerra, Bairro Antônio, Itabira/MG, considere apenas o lote do terreno, excluindo a construção sobre ele erigida.

Nas razões recursais, o apelante sustenta a necessidade de reforma da sentença para que a edificação construída no lote seja igualmente incluída na base de cálculo do ITCD. Afirma que a conduta do Fisco se pautou no princípio da legalidade estrita, assinalando que, embora não exista vedação à celebração de permuta, esta não observou os requisitos legais presentes na Lei nº 4.591/64. Ressalta a inexistência de transferência da propriedade do imóvel para os permutantes, nem o registro da incorporação. Em relação ao prédio erguido no terreno, defende ser aplicável o art. 1.253 do Código Civil, que presume como proprietário da construção o dono do terreno sobre o qual foi realizada. Assevera que o contrato de permuta só tem valor *inter partes*, não sendo oponível ao Fisco, conforme estabelece o art. 123 do CTN. Pugna, por fim, pela redução dos honorários advocatícios.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões, batendo-se pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Deise Mendonça Pires e outros, herdeiros de Eneida Bragança de Mendonça, ajuizaram ação declaratória, com pedido de liminar, contra o Estado de Minas Gerais, narrando que, quando do falecimento da *de cujus*, além de vários outros bens, foi transmitido o lote

de terreno nº 15 da quadra nº 8 do Bairro Santo Antônio, Itabira-MG, com área de 375m².

Asseveram que o referido imóvel foi permutado, pelo *de cujus* com José Geraldo Rolim Zacarias, Cláudio Caldeira Cabral e William Gerlach Dietz, por um apartamento que comporia o prédio de apartamentos a ser construído sobre referido lote. Defenderam que, nos termos do contrato de permuta, os permutantes mencionados ficariam com seis apartamentos e a Sra. Eneida, da qual são herdeiros os autores, ficaria com um. Sustentaram que, na data do óbito, transmitiu-se somente o terreno, de modo que não se mostra razoável a utilização, como base de cálculo, de quantia diversa daquela referente ao bem ou direito transmitido. Salientaram que a documentação trazida com a inicial não deixa dúvida acerca do fato de que a edificação existente no lote não é de propriedade da *de cujus*, não podendo, assim, constar na avaliação.

Requereram, a título de antecipação de tutela, autorização para lavratura de escritura pública de inventário e partilha, a fim de que os herdeiros da falecida possam cumprir com a obrigação por ela assumida, realizando a permuta supramencionada. Pugnaram pela declaração de que a base de cálculo do ITCD é tão somente o valor do referido lote de terreno nº 15, quadra nº 8, do Bairro Santo Antônio, Itabira-MG.

Citado, o réu apresentou contestação, sustentando que deve subsistir a avaliação realizada pela Administração Fiscal-AF, pois foi constatada a existência, no imóvel, de um prédio com 3 andares e 7 apartamentos, não tendo os autores se desincumbido do ônus de demonstrar seu direito. Alegou que o contrato de permuta juntado não possui firma reconhecida e registro e que a certidão do imóvel demonstra ser a *de cujus* a proprietária do bem, motivo pelo qual deve ser também considerada a proprietária da edificação, conforme os arts. 1.253 e 1.255 do Código Civil. Asseverou não ser lícito opor convenção firmada entre particulares à Fazenda Pública, nos termos do art. 123 do CTN.

A autora apresentou impugnação à sentença, reiterando os termos iniciais.

Intimadas para especificarem as partes que pretendiam produzir, os autores produziram prova documental, enquanto o requerido requereu o julgamento antecipado da lide.

A sentença julgou procedente o pedido da declaratória.

Pois bem.

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) é um tributo que incide sobre a transmissão hereditária ou testamentária ou doação de bens móveis, títulos de crédito e direitos a ele relativos; e sobre a doação ou sobre a transmissão hereditária ou testamentária de bens imóveis.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 38, dispõe sobre a base de cálculo do ITCD: "A base de

cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos” (destaquei).

Por sua vez, a Lei estadual nº 14.941/03, que trata do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD no âmbito deste Estado de Minas Gerais, estabelece que:

Art. 4º A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito recebido em virtude da abertura da sucessão ou de doação, expresso em moeda corrente nacional e em seu equivalente em Ufemg.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da avaliação ou da realização do ato ou contrato de doação, na forma estabelecida em regulamento [...].

Como se percebe dos dispositivos, a base de cálculo do ITCD será o valor venal do imóvel recebido quando da abertura da sucessão, que deve ser apurado com base no valor de mercado do bem.

O dispositivo mencionado, ao estabelecer que a base de cálculo do imposto nas transmissões *causa mortis* é o valor venal “dos bens ou direitos transmitidos”, evidencia que a tributação objetiva alcançar apenas o patrimônio a ser transferido.

Aliomar Baleeiro conceitua o valor venal como [...] aquele que o imóvel alcançará para a compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis. O preço da venda a prazo incorpora normalmente juros realísticos e a previsão de perda de poder aquisitivo da moeda. A repartição apurá-lo-á, segundo as circunstâncias de comércio, etc, e, sobretudo, quando possível, pelo confronto com as alienações mais recentes de imóveis semelhantes no local. [...] (BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 249).

Em suas lições, Hugo de Brito Machado expõe que “A base de cálculo deste imposto (ITCD) há que ser fixada pela lei da entidade competente para instituir o tributo” (*Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 302).

O contrato de permuta, firmado em 23 de julho de 2008, tem como permutante credora a Sra. Eneida Bragança de Mendonça e como permutantes devedores os Srs. José Geraldo Rolim Zacarias, Cláudio Caldeira Cabral e William Gerlach Dietz. (f. 119/127).

Do referido contrato, é oportuno destacar:

I - Objeto

I.1 - A permutante e credora é legítima proprietária e possuidora do imóvel constituído pelo lote de terreno de número 15 (quinze) da quadra de número 08 (oito), com a área de 375,00m² (trezentos e setenta e cinco metros quadrados), situado à Rua Três (Rua Célio Guerra, no Bairro Santo Antônio, nesta cidade, contido dentro das medidas, limites e confrontações seguintes [...].

I.2 - A permutante e credora declara que o terreno acima descrito está livre e desembaraçado de quaisquer ônus, judiciais e extrajudiciais, inexistindo em relação a ele, ações reais ou pessoais reipersecutórias.

II - Das condições da permuta

II.1 - A permutante e credora transfere aos permutantes e devedores, o imóvel acima descrito, reservando, entretanto, a parte ideal correspondente a 01 (uma) unidade residencial, totalmente acabada, localizada no Segundo Pavimento, fundos, conforme projeto e memorial descritivo, partes integrantes deste contrato, que irão corresponder às futuras unidades autônomas e respectivas áreas comuns, às mesmas integradas, a serem construídas sobre os lotes.

II.2 - As demais unidades autônomas do empreendimento, tais como constam da planta e projeto arquitetônico, do anexo deste contrato, com seus elementos básicos, áreas, frações ideais correspondentes, e outros descritos documentos de incorporação a serem oferecidos a registro imobiliário, na forma exigida pela Lei federal nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, pertencerão aos permutantes vendedores, que poderão repassá-las a terceiros, desde que ressalvado no documento respectivo gravame hipotecário em favor da permutante credora.

[...]

X - Despesas

X.1. As despesas com a escritura de permuta, impostos, emolumentos, inclusive o registro imobiliário, correrão por conta dos permutantes devedores. Correrão ainda, por conta exclusiva dos permutantes devedores, todos os ônus e encargos decorrentes desta transação, do empreendimento e da construção, sejam tais ônus de que natureza forem, como trabalhista, previdenciários, fiscais, tributários, entre outros.

XI - Da escritura pública

XI.1 - Imediatamente após o término das obras de fundação, a permutante credora outorgará escritura definitiva, nos termos da presente avença aos permutantes devedores (destaquei).

Constata-se da referida avença que a Sra. Eneida Bragança de Mendonça se comprometeu a transferir o imóvel relativo ao lote de terreno nº 15, da quadra nº 8, do Bairro Santo Antônio, Itabira-MG, com área de 375m², aos Srs. José Geraldo Rolim Zacarias, Cláudio Caldeira Cabral e William Gerlach Dietz, a fim de que estes construíssem sobre ele um prédio contendo sete apartamentos, recebendo, em troca, um desses apartamentos.

De fato, o art. 1.253 do Código Civil traz a presunção de que a construção encontrada em um terreno foi feita pelo seu proprietário, *verbis*: “Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário” (destaquei).

Contudo, a parte final do dispositivo é clara ao excepcionar a possibilidade de se trazer prova em contrário, tratando-se, portanto, de uma presunção relativa.

Ocorre que os autores se desincumbiram do seu ônus, afastando tal presunção, uma vez que, como visto, o contrato de permuta é claro ao estabelecer, em sua cláusula II.2, que as unidades autônomas construídas no terreno permutado, de propriedade da autora da herança, pertencem aos permutantes devedores, ou seja, são de propriedade dos Srs. José Geraldo Rolim Zacarias, Cláudio Caldeira Cabral e William Gerlach Dietz.

Se as unidades autônomas construídas não fazem parte do patrimônio do *de cujus* e se o imposto em questão incide justamente sobre a transmissão de patrimônio aos

herdeiros, é lícito concluir que não deverá incidir o valor do prédio total na base de cálculo do ITCD.

Como bem anotou o douto Juiz sentenciante,

[...] quando a Sra. Eneida faleceu, já havia ela firmado o compromisso de transferir o imóvel aos construtores para que eles nele edificassem, em troca de um apartamento. Tal compromisso, com os respectivos crédito e débito, foi transmitido aos seus sucessores. Portanto, o que a Sra. Eneida transmitiu aos seus herdeiros foi apenas o terreno e o crédito de um apartamento; não o terreno e o prédio inteiro, como pretendido pelo réu.

Acrescente-se que, em se tratando de “transmissão *causa mortis*”, o Código Civil prevê, em seu art. 1.784, que, “aberta a sucessão, a herança se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, o que significa dizer que, com a morte, todo o patrimônio do *de cujus* é transferido, automaticamente, aos herdeiros e legatários, que serão condôminos até que se proceda à partilha, por força do princípio da *saisine*.

Estando comprovado, portanto, que os imóveis que compõem o prédio levantado no terreno não fazem parte do patrimônio da *de cujus*, revela-se descabida a pretensão do Estado de Minas Gerais de incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens *Causa Mortis* e Doação sobre o valor total do bem, ou seja, terreno mais prédio com sete apartamentos.

Em situação análoga, tem-se a situação em que se exclui a incidência do ITBI sobre a construção realizada de forma inequívoca pelo promitente-comprador, restringindo-se ao construído ao tempo da alienação. Nesse sentido:

Súmula 110 - STF. O imposto de transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno.

Súmula 470 - STF. O imposto de transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocamente, pelo promitente comprador, mas sobre o valor do que tiver sido construído antes da promessa de venda.

É, destarte, irretocável a r. sentença em tal ponto.

Com relação aos honorários advocatícios, fixados em R\$2.000,00, entendo que o valor se mostra excessivo para o caso em questão, tendo em vista o valor da causa e a sua baixa complexidade.

É a lição de Pontes de Miranda:

Na fixação do quanto dos honorários advocatícios, tem a autoridade judicial de atender ao grau de zelo profissional, ao lugar da prestação de serviço e à natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço (Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed., t. 1, p. 395).

E, segundo o disposto no art. 20, § 4º, do CPC:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a

Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior.

No caso, é inegável, por um lado, o grau de zelo do advogado e o trabalho por ele realizado. Deve ser considerada, por outro lado, a baixa complexidade da causa. Ante as especificidades elencadas, faz-se necessária, portanto, a reforma da r. sentença no tocante aos honorários arbitrados.

Assim, entendo que deve ser o valor dos honorários reduzido para R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os honorários advocatícios nos termos acima delineados.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS LÍLIAN MACIEL SANTOS (JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA) e ÁUREA BRASIL.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização por dano moral - Fogos de artifício - Rojão - Amputação da mão direita - Instruções da embalagem - Negligência - Culpa exclusiva da vítima - Ruptura do nexo causal - Código de Defesa do Consumidor

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Acidente provocado por fogos de artifício. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Responsabilidade objetiva do fabricante. Culpa exclusiva da vítima. Excludente caracterizada. Indenização indevida.

- O art. 370 do CPC/15 dispõe que o juiz é o destinatário da prova, incumbindo a ele, mediante a análise do quadro probatório existente nos autos, avaliar quais as provas são necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

- A responsabilidade do fabricante pelo acidente de consumo é objetiva, nos moldes do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, o § 3º do referido artigo exclui a sua responsabilidade quando ele provar que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; ou a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

- Evidenciado nos autos que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que não observou as instruções do

fabricante ao utilizar fogos de artifício, o pedido indenizatório deve ser julgado improcedente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.11.011815-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ronaldo Rodrigues Oliveira - Apelada: Indústria de Fogos Saturno Ltda. - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016. - Antônio Sérvulo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Trata-se de apelação interposta por Ronaldo Rodrigues Oliveira contra a sentença de f. 289/291-v., que, nos autos da ação indenizatória ajuizada pelo apelante em face da Indústria de Fogos Saturno Ltda., julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, arbitrados em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensa a exigibilidade por se encontrar sob o pálio da gratuidade judiciária (art. 98, § 3º, do NCPC).

Em suas razões recursais (f. 294/297), suscita o apelante, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, ao argumento de que não lhe foi oportunizada a produção de prova testemunhal que, por sua vez, esclareceria o que, de fato, aconteceu no dia do acidente. Dessa forma, requer a cassação da sentença recorrida, com o retorno dos autos ao Juízo de origem para que seja designada audiência de instrução para oitiva de testemunhas.

Ressalta, com relação ao mérito, que as embalagens anexadas aos autos pela empresa apelada não foram as adquiridas pelo apelante, as quais continham as mesmas orientações extraídas do site da empresa na internet, em que dizia que bastava encaixar dois ou mais rojões e segurá-los com a própria mão para fazer uso do produto.

Destaca ter seguido estritamente as orientações da empresa recorrida, sendo que, no entanto, teve a mão direita amputada em decorrência da falha de um dos rojões.

Afirma que não há falar em culpa exclusiva da vítima, pois a falha no rojão não se deu por culpa do recorrente, e sim por defeito de fabricação, porquanto o rojão é fabricado para detonar após ser lançado a uma distância segura, e não da forma como ocorreu, detonando dentro do tubo.

Assevera que, se o rojão estivesse na base, o mesmo teria detonado no chão e poderia da mesma forma ter atingido as pessoas que ali estavam.

Assim sendo, assinalando ser do fabricante, e não do consumidor, a culpa do mau funcionamento do produto, requer a reforma da sentença recorrida, com a total procedência do pedido inicial.

Devidamente intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões de f. 299/354, nas quais pugna pelo desprovemento do recurso interposto.

Relatado, decidido.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o art. 14 do CPC/2015 consagra o princípio do *tempus regit actum* e impõe a aplicabilidade das normas do CPC/1973 às relações jurídicas consolidadas sob a vigência do sistema processual anterior, vejamos:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (CPC/2015).

No caso em exame, observa-se que a sentença recorrida foi publicada em data posterior ao termo inicial de vigência do novo CPC (18 de março de 2016). Dessa forma, a análise do presente recurso deve seguir as normas do CPC/2015, e não aquelas constantes no CPC/1973.

Destaca-se que tal entendimento se encontra em conformidade com o Enunciado Administrativo de nº 3, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em sessão do dia 09.03.2016, *in verbis*:

Enunciado Administrativo nº 3 do STJ - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feitas tais considerações, conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Da questão preliminar - cerceamento de defesa.

O recorrente suscita, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, ao argumento de que não lhe foi oportunizada a produção de prova testemunhal que, por sua vez, esclareceria o que, de fato, aconteceu no dia do acidente.

Dessa forma, requer a cassação da sentença recorrida, com o retorno dos autos ao Juízo de origem para que seja designada audiência de instrução para oitiva de testemunhas.

Todavia, razão não assiste ao ora apelante, uma vez que, no presente caso, denota-se desnecessária a dilação probatória, porquanto as questões controvertidas se encontram elucidadas pela prova documental, não tendo o condão a prova oral ou pericial de trazer quaisquer esclarecimentos relevantes para seu deslinde.

Ademais, o art. 370 do CPC/15 dispõe que o juiz é o destinatário da prova, incumbindo a ele, mediante a análise do quadro probatório existente nos autos, avaliar quais as provas são necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Dessa forma, entendendo que há elementos suficientes para o julgamento do mérito em razão da matéria e dos documentos juntados, não há falar em cerceamento de defesa na situação refletida nos autos, mormente em razão do Magistrado de primeiro grau ter levado em consideração o fato, conforme se verá quando do julgamento do mérito, de que o autor confessou, na peça de ingresso, que houve erro na utilização do produto.

Nesse sentido, assim vêm decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Aposentadoria especial. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Produção de prova. Livre convencimento do juiz. Desnecessidade. Pretensão de reexame de provas. Súmula 7/STJ. - 1. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu desnecessária a produção de mais provas, ao considerar suficientes as já colacionadas nos autos. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. 3. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para avaliar a necessidade de prova técnica, ou a necessidade de produção de novas provas ou de insuficiência destas, demandaria necessariamente o revolvimento de matéria fático-probatória, encontrando-se óbice no enunciado da Súmula 7 desta Corte. 4. No sistema de persuasão racional adotado pelos arts. 130 e 131 do CPC, cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da produção probatória, mormente quando, por outros meios, já esteja persuadido acerca da verdade dos fatos. 5. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no AREsp nº 419.811/SP - Relator: Ministro Humberto Martins - DJe de 09.12.2013).

Com efeito, assim já decidiu este Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso semelhante:

Indenização. Dano moral e material. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Preliminar rejeitada. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Fabricante de fogos de artifício. Acidente. Culpa exclusiva da vítima. Reconhecimento. Exclusão da responsabilidade. Recurso improvido. - O magistrado é o único destinatário da prova, cabendo a ele, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. - Nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante do produto responde, independentemente da comprovação da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. - A exclusão da responsabilidade objetiva dar-se-á somente quando comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior, a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. - Restando comprovado que o infortúnio sofrido com o apelante ocorreu por sua culpa exclusiva,

resta excluída a responsabilidade civil da ré apelada. - Negaram provimento ao recurso (TJMG - Apelação Cível 1.0433.11.012777-9/001 - Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza - 16ª Câmara Cível - j. em 23.10.2013 - p. em 04.11.2013).

Assim sendo, rejeito a questão preliminar suscitada pelo apelante.

Do mérito.

Anota-se, inicialmente, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é aplicável ao caso, por se tratar de relação de consumo, consoante o disposto nos arts. 2º e 3º do referido diploma legal.

Afinal, a sociedade empresária Indústria de Fogos Durno Ltda. fabrica fogos de artifício, enquanto Ronaldo Rodrigues Oliveira adquiriu o produto como destinatário final.

Nesse contexto, registra-se que a responsabilidade do fabricante pelos acidentes de consumo é objetiva, nos moldes do art. 12 do Código de Consumidor, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Portanto, não se discute culpa. Caracterizados o dano, o defeito do produto e o nexo causal, surge o dever de indenizar, exceto se configurada uma de suas excludentes, tais como caso fortuito ou força maior, inexistência de defeito ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Inteligência do art. 12, § 3º, do CDC.

Na hipótese em comento, o autor postula indenização por danos morais, sob o fundamento de que, no dia 27.08.2010, por volta de 20h, durante um evento festivo em sua residência, utilizando outros rojões como apoio, acendeu o primeiro rojão de fogos de artifícios fabricados pela empresa ré, porém não aconteceu o esperado, resultando na amputação da mão direita do demandante, bem como vários ferimentos em seu rosto e ouvido.

Assim narra o autor em sua petição inicial:

O autor, no dia 27.08.2010, por volta das 20h, estava em sua residência em uma comemoração pelo retorno de seu filho e de seu sobrinho que estavam viajando. Nessas comemorações, o autor sempre manuseava e utilizava fogos de artifício, sendo já experiente no trato com esse tipo de fogos.

O autor, como de costume, utilizando outros rojões como apoio, acendeu o primeiro rojão, porém o mesmo não disparou e quando o autor tentou retirar o rojão para ver o que tinha acontecido, ocorreu uma grande explosão, a qual gerou gravíssimas lesões em sua mão direita e rosto.

Dessa forma, verifica-se, de uma simples leitura da petição inicial, que o autor confessou não ter observado nenhuma das recomendações do modo de usar os produtos da requerida, em especial aquela que proíbe aquele tipo de produto ser utilizado pelas mãos, senão vejamos (caixa do produto anexada na contracapa dos autos):

Instruções e modo de soltar:

Usar tijolos ou pedras para escorar a base.

Encaixar somente 01 foguete de cada vez na base, contida dentro de cada embalagem.

Colocar a base em local plano e aberto, longe de fios, edificações etc., com distância mínima de 50m.

Calçar a base com material sólido (tijolos, pedras).

Acender o pavio e afastar-se rápido do local.

Em caso de falha, manter-se afastado por, no mínimo, 60 segundos. Nunca tente reutilizá-lo.

Proibido soltar na mão: use sempre a base.

A empresa não se responsabiliza pelo uso inadequado do produto.

Proibida a venda avulsa sem a base.

Atenção: este produto só pode ser utilizado por pessoa maior de 18 anos que não esteja embriagada.

Explosivo - Perigo.

Assim, como muito bem observado pelo MM. Juiz da causa, se algum dano foi causado, certamente e a bem da verdade, o autor foi vítima da sua própria torpeza e incúria, uma vez que não observou as instruções constantes da embalagem do produto utilizado na ocasião, tanto é que o ato negligente, imprudente e imperito é confessado pelo próprio autor, em sua petição inicial, conforme já dito.

Em outros termos, não obstante a gravidade do acidente que vitimou o apelante, ficou comprovado, nos autos, que o próprio requerente utilizou de modo incorreto o foguete fabricado pela empresa requerida, caracterizando-se, assim, a sua culpa exclusiva, o que causa a ruptura do nexo causal da responsabilidade objetiva.

Com efeito, em recentíssimo julgado, assim já decidiu este Tribunal de Justiça de Minas Gerais em caso semelhante:

Apelação cível. Ação de reparação de danos materiais e compensação por danos morais. Relação de consumo. Acidente de consumo. Fogos de artifício. Inexistência de defeito. Culpa exclusiva da vítima. Improcedência do pedido confirmada. - O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, cuida da responsabilidade civil pelo fato do produto

ou do serviço, que tem como fundamento a ofensa a um direito extrapatrimonial, ofensa esta causada por um acidente de consumo. - Para que reste configurada a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, é imprescindível a verificação de três pressupostos: o defeito do produto ou do serviço; o dano extrapatrimonial; e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. - Afasta-se o dever de reparar e compensar, quando comprovado que o acidente decorreu de culpa exclusiva da vítima, que não observou as instruções do fornecedor ao utilizar fogos de artifício (TJMG - Apelação Cível 1.0105.11.014104-8/002 - Relatora: Des.^a Juliana Campos Horta - 12ª Câmara Cível - j. em 05.10.2016 - p. em 13.10.2016).

Dessarte, pelos fundamentos em que prolatada, a sentença combatida merece prevalecer em seus termos integrais.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso.

Custas recursais, pelo apelante, ficando sobrestado o respectivo pagamento em virtude de se encontrar litigando sob o pálio da assistência judiciária, na forma da lei.

Após o trânsito em julgado, retornem os autos ao Juízo de origem, observando-se as cautelas legais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Imóvel - Contrato de compra e venda - Entrega - Atraso - Rescisão - Inadimplemento da vendedora - Multa moratória

Ementa: Apelação cível. Contrato de compra e venda de imóvel. Atraso na entrega. Rescisão contratual. Inadimplemento da vendedora. Multa moratória. Aplicação.

- Constatando-se que a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado entre as partes, ocorreu por culpa exclusiva do promitente-vendedor que incorreu em atraso, correta a sua condenação ao pagamento da multa contratual no patamar imposto no pacto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.15.012052-7/001 - Comarca de Lavras - Apelantes: Claudiane da Silva Alves, Peterson Diniz dos Santos e outro - Apelada: Angélica Aparecida de Almeida - Relator: DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2016. - *Alberto Diniz Junior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Trata-se de recurso de apelação aviado por Peterson Diniz dos Santos e outro, nos autos da ação de rescisão contratual c/c pedido de devolução de valores e c/c multa rescisória, proposta por Angélica Aparecida de Almeida, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Lavras, tendo em vista seu inconformismo com os termos da sentença de f. 67/69, que julgou procedente a pretensão contida na inicial, declarando rescindido o contrato celebrado entre as partes, determinando aos requeridos a restituição à requerente da quantia paga a título de sinal, devidamente corrigida monetariamente pela Tabela da Correção-Geral de Justiça, com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Embargos de declaração aviados às f. 72/75 e rejeitados à f. 76.

Em suas razões, às f. 78/90, os réus defendem a inexistência de descumprimento das regras, afirmando, primeiramente, que o contrato pactuado estaria revestido de irrevogabilidade e irretratabilidade.

Afirmam que não houve comprovação das causas extintivas do contrato, previstas no item 6.2, ao fundamento de que inexistiu atraso na entrega do imóvel, considerando a previsão, na cláusula 1.2 do instrumento, de que o prazo de conclusão da edificação seria de “cerca de quatro meses”.

Sustentam que “o simples ajuizamento da ação não faz incorrerem os requeridos na obrigação de pagamento, constante da cláusula penal descrita no item 6.6 do contrato”, afirmando que a notificação prévia seria pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, razão pela qual pugnam pela improcedência da ação.

Batem-se pela nulidade da sentença, ao fundamento de que esta seria contraditória e omissa em relação à afirmação de que os apelantes não teriam purgado a mora, argumentando, primeiramente, que requereram, por ocasião da apresentação da contestação, a autorização para depósito judicial do valor recebido a título de sinal.

Considerando que o juízo não analisou tal requerimento, asseveram que restaram impedidos de purgar a mora, combatendo também a ausência de despacho saneador.

Ao final, pedem o provimento do recurso para que seja decretada a improcedência da ação.

Recurso devidamente preparado, f. 86.

Contrarrazões constantes de f. 95/98.

É o relatório.

Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, dele conheço.

Esclareço que, em razão da técnica processual, a matéria apresentada pela parte recorrente como preliminar será analisada em sede meritória.

Trata-se de ação de rescisão contratual c/c pedido de devolução de valores e c/c multa rescisória, em que a parte autora, ora apelada, alega que os réus teriam descumprido o prazo de entrega do imóvel objeto do contrato de compromisso de compra e venda pactuado entre as partes.

Pois bem.

No tocante ao prazo de entrega do imóvel, verifica-se que a autora firmou com a ré contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel em 30.03.2015, f. 11/15, com a seguinte previsão acerca do prazo:

Cláusula Primeira

[...]

1.2 - As partes declaram e reconhecem que o imóvel, objeto desta contratação, se encontra em fase de construção, ficando firmado entre as partes que, a promissária compradora aguardará o tempo de cerca de quatro meses, a partir dessa data, para que se conclua a obra de edificação do referido imóvel e a liberação de toda sua documentação para que se dê entrada junto ao banco financiador para que se inicie o processo de tal financiamento imobiliário.

A despeito de ter constado do contrato em apreço a expressão indeterminada “cerca de quatro meses”, tenho que deve ser interpretada como equivalente a quatro meses exatos, sob pena de violação ao princípio da boa-fé que pauta as relações contratuais.

Nesse ponto, necessário ressaltar que não houve, no contrato objeto da presente ação, previsão de qualquer prazo de tolerância hábil a justificar o atraso na entrega do imóvel adquirido pelos autores.

Destarte, contando-se quatro meses da data da assinatura do contrato, conclui-se que o prazo para entrega do imóvel aos autores findou-se em 30.07.2015.

Considerando que o imóvel não foi entregue dentro de tal prazo, confirma-se o atraso.

A despeito da alegação da recorrente de que o contrato celebrado entre as partes estaria revestido do caráter de irrevogabilidade e irretratabilidade, tal tese não se sustenta, uma vez que constaram expressamente do contrato - cláusula sexta - as hipóteses de sua extinção.

Dentre as hipóteses de resolução contratual, encontra-se a cláusula 6.2, “c”, verbis: “Por resolução de pleno direito em decorrência de culpa, por alguma das partes no inadimplemento ou descumprimento de condição contratual, norma legal ou regulamentar.”

Considerando a desobediência, pela parte recorrente, da data avençada para entrega do imóvel, resta

inconteste o descumprimento de condição contratual, ensejando, portanto, a resolução do contrato.

A parte apelante defende que o Juízo sentenciante teria incorrido em omissão ao principal fundamento de ter formalizado, por ocasião da apresentação da contestação, pedido de autorização judicial para depósito do valor recebido a título de sinal.

De fato, consta do bojo da contestação pedido para depósito do valor recebido a título de sinal pelo negócio jurídico entabulado entre as partes, conforme se vê à f. 38.

Verifica-se que tal pleito não foi examinado pelo duto Juízo de origem.

Entretanto, não é hipótese de se decretar nulidade processual.

Assim, caberia à recorrente apontar a omissão - no caso, representada pela falta de análise de seu pedido - a tempo e modo oportunos.

Necessário atentar que, por ocasião da audiência de conciliação, ambas as partes afirmaram que não pretendiam realizar mais provas, conforme se evidencia do termo de f. 65, requerendo o julgamento antecipado da lide.

Assim, o silêncio da ré, em relação ao pedido não analisado, afigura-se incompatível com o presente requerimento de nulidade processual.

Destarte, ante a ausência de oportuna reiteração do pleito não analisado, entendo que se operou a preclusão lógica, que decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado.

Afastada, portanto, a tese da recorrente quanto à nulidade processual.

A apelante combate a condenação, constante do dispositivo sentencial, de restituição à requerente da quantia paga a título de sinal, devidamente corrigida monetariamente pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Frise-se que tal condenação decorre da cláusula 6.6 do contrato, que prevê a cláusula penal.

Nos termos do art. 408 do Código Civil de 2002, existe a possibilidade de uma das partes exigi-la a partir do momento que a outra parte contratante, culposamente, tenha deixado de cumprir sua obrigação, ou incorrido em mora.

Sobre o tema, Hamid Charaf Bdine Jr. ensina:

A cláusula penal poderá ser compensatória ou moratória. Compensatória é a que se estipula para hipótese de inadimplemento total da obrigação (art. 410). Cláusula penal moratória é a que se destina a assegurar o cumprimento de outra cláusula, ou a evitar o retardamento ou o imperfeito cumprimento da obrigação, preestabelecendo o valor das perdas e danos (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf *et al.* *Direito das obrigações*. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2002. p. 390).

Na espécie, o contrato previu cominação de multa moratória de 10% em desfavor da parte que descumprisse qualquer cláusula ou condição pactuada.

Desse modo, deve ser mantida a penalidade moratória, porquanto constatado que a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado entre as partes, ocorreu por culpa exclusiva da promitente-vendedora que incorreu em atraso.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas e honorários recursais - estabelecidos em R\$500,00 (quinhentos reais), com fulcro no art. 85, § 11, do NCPC - pela parte apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SHIRLEY FENZIBERTÃO e ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Marca - Propriedade industrial - Anterioridade do registro - Expressão de uso comum - Exclusividade - Mitigação

Ementa: Apelação cível. Propriedade intelectual. Marca mista. Estabelecimento de ensino. Traços gráficos distintivos. Impossibilidade de causar confusão no consumidor. Nome de santo influente na história da educação. Uso comum. Mitigação da exclusividade.

- O sistema de proteção às marcas visa, precipuamente, a afastar a possibilidade de confusão no momento da aquisição dos produtos e/ou dos serviços e, em contrapartida, assegurar ao titular da marca proteção contra a concorrência desleal (precedente: STJ, REsp nº 1.105.422/MG).

- Marcas fracas ou evocativas que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente (precedentes: STJ, REsp nº 1.448.123/RJ, DJe de 15.09.2016, e AgRg no AREsp nº 100.976/SP).

- Constatada a drástica distintividade entre as marcas mistas, que visualmente são muito caracterizadas, e a impossibilidade de confusão na pessoa do consumidor, de se reconhecer a não colisão de marcas, sendo perfeitamente possível a coexistência no mercado, mormente considerando que atuam em segmentos educacionais distintos, i.é., respectivamente, ensino fundamental/médio e superior; portanto, incide a aplicação da "doutrina do *patent misuse*" (precedente: STJ, REsp nº 1166498/RJ).

- V.v.: - Apelação cível. Ação ordinária com preceito cominatório. Marca registrada. Abstenção de uso. Anterioridade do registro. Garantia de proteção. Sentença mantida.

- Nos termos dos arts. 130 e 131 da Lei nº 9.279/96, ao detentor do uso da marca é concedido o direito de “zelar pela sua integridade material ou reputação”, reivindicando para si o uso do nome empresarial e de fantasia, bem como todas as formas de divulgação e proteção, prevalecendo o referido uso pela empresa cujo registro seja mais antigo perante o INPI.

- Havendo identidade no que tange ao nome usado pelas empresas litigantes, assim como também acontece nas atividades por elas desenvolvidas, a abstenção do uso da aludida marca e sua proteção são medidas impositivas.

Recurso conhecido e não provido (Des. Vicente Oliveira - Relator vencido).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.12.012589-6/001
- Comarca de Montes Claros - Apelante: Instituto Educacional Santo Agostinho Ltda. - Apelado: Colégio Santo Agostinho - Relator: DES. VICENTE DE OLIVEIRA 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, em REJEITAR AS PRELIMINARES, VENCIDO O DES. TERCEIRO VOGAL QUANTO À PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. EM RELAÇÃO AO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO APELO PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL, VENCIDO O DES. RELATOR.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2016. - *Vicente de Oliveira Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Instituto Educacional Santo Agostinho Ltda., por meio do qual busca a reforma da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros (f. 225/226), que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em face de Colégio Santo Agostinho, julgou procedente o pedido inicial.

A referida decisão a quo “compeliu o réu a deixar de usar a expressão “Santo Agostinho” em qualquer ato relacionado ao funcionamento da instituição, como nome de fantasia, propaganda, domínios da internet etc., no prazo de um mês, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais)”.

As verbas de sucumbência ficaram a cargo da parte ré, arbitrados os honorários advocatícios em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Em suas razões (f. 192/237), alega o recorrente, preliminarmente, que a petição inicial é inepta devido

à impossibilidade jurídica do pedido, já que existem outras demandas no INPI versando sobre registro da aludida marca.

Afirma que a Justiça Estadual é incompetente para julgar a presente ação, já que o princípio da separação dos Poderes impõe que ao Judiciário não cabe a prolação de decisões que impliquem usurpação das funções exclusivas do Executivo.

Aduz, ainda, que a participação do INPI se faz necessária no polo passivo da presente demanda, sendo, portanto, causa de nulidade dos atos processuais.

Pondera que houve cerceamento de defesa, já que, diante do pedido de produção de provas testemunhais e periciais, o Magistrado de primeiro grau impediu que tais provas fossem realizadas.

Assegura que ocorreu a coisa julgada em face da decisão do STJ que autorizou o uso da expressão “Santo Agostinho” no nome comercial do apelante.

No mérito, declara que, se o pedido é de abstenção de uso da marca registrada, e a marca registrada em toda a sua composição não induz os clientes a erro, não há direito a ser reconhecido nesse sentido.

Protesta que o apelado não possui o direito de exigir que outras empresas utilizem a expressão como marca ou elemento diferenciador, se ele mesmo, na prática, não registrou marca que o diferencia no mercado.

Pondera que o prazo determinado pelo Juiz a quo para o cumprimento da obrigação é exíguo, sendo necessário seu alargamento.

Em relação aos honorários de advogado e à aplicação da multa, declara que a decisão foi *extra petita*, pois o Magistrado arbitrou tais valores em R\$10.000,00 e R\$1.000,00 ao dia pelo descumprimento da determinação respectivamente, enquanto o pedido inicial, a título de honorários, foi de 20% sobre o valor da causa, e de multa de R\$500,00, devendo, assim, tais valores ser reduzidos.

Pede, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença de primeiro grau.

Preparo: regular (f. 238).

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 239).

Respondendo ao recurso (f. 245/250), a parte recorrida requereu a manutenção da sentença, que aponta justa e correta.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos condicionantes de sua admissibilidade.

Registre-se, inicialmente, que o julgamento do presente recurso observará as normas do Código de Processo Civil de 1973, conforme orientam os Enunciados Administrativos nºs 02 e 07, aprovados em sessão plenária do Superior Tribunal de Justiça, assim redigidos:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado nº 02).

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC (Enunciado nº 07).

Preliminares.

Inépcia da inicial/pedido incerto e indeterminado.

Sabe-se que a petição inicial, para que possa ter seu regular processamento, deve ser elaborada em atendimento ao comando do art. 282, incisos I a VII, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, para que ocorra o indeferimento da petição inicial, por inépcia, faz-se necessário aferir se a parte autora incorreu em ofensa às hipóteses previstas no parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, que diz:

Art. 295. A petição inicial será indeferida, quando for inepta; [...]
Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:
I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
III - o pedido for juridicamente impossível;
IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

No caso em exame, ao contrário do entendimento da empresa apelante, a leitura sistemática de petição inicial demonstra, com clareza, a providência jurisdicional pleiteada, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa pelo recorrente, tanto que foi apresentada contestação.

Também quanto ao pedido da inicial, tenho, para mim, que nada tem de incerto ou indeterminado, muito pelo contrário. A partir de uma leitura perfunctória da aludida peça, é possível vislumbrar que o objetivo desta é a abstenção do uso da expressão “Santo Agostinho” como marca, nome fantasia ou título de estabelecimento, constituindo pedido plenamente possível na órbita de nosso ordenamento jurídico.

Vê-se, pois, que a petição inicial atende aos requisitos dos arts. 282 e 286 do Código de Processo Civil, além de apresentar pedido certo e determinado.

Por ser assim, rejeito as preliminares de inépcia da inicial e pedido incerto e indeterminado.

Incompetência da Justiça Estadual/formação de litisconsórcio passivo.

No que tange à preliminar de incompetência da Justiça Estadual para o julgamento da presente ação, sem razão a empresa apelante.

Analisando, detidamente, os autos, neles não há qualquer pedido de nulidade do registro, o que ensejaria a formação de litisconsórcio passivo, devendo o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) integrar-se ao respectivo polo.

Ocorre que, no caso em tela, o pleito paira sobre a abstenção do uso da expressão “Santo Agostinho” como marca, nome fantasia ou título de estabelecimento, até

porque o apelante não conta com registro no aludido órgão, haja vista tais pedidos estarem sobrestados. Assim, não há como justificar o ingresso do INPI na lide e o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Por oportuno, cito os julgados do STJ:

Processual civil. Conflito de competência. Ação de abstenção de uso de marca registrada e nome de empresa c.c. indenização. Interesse da União. INPI. Ausência. Precedentes. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo estadual (Relator: Ministro Moura Ribeiro - Conflito de Competência nº 141.672/SP - 2015/0153416-7).

Conflito negativo de competência. Ação indenizatória. Ausência de interesse jurídico da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal (art. 109, I, da Constituição Federal). Súmula nº 150/STJ. Competência da Justiça estadual (Relator: Ministro João Otávio de Noronha - Conflito de Competência nº 143.565/PR - 2015/0253564-1).

Destarte, rejeito as preliminares de litisconsórcio passivo e incompetência da Justiça estadual.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Sabe-se que o magistrado é o destinatário da prova. Logo, a ele compete valorar aquelas que se mostrem úteis ao seu convencimento, na forma do art. 130 do Código de Processo Civil.

Além disso, a instrução probatória encontra-se condicionada não só à possibilidade jurídica da prova, como também ao interesse e à relevância de sua produção. Por conseguinte, cabe ao juiz indeferir aquelas que se apresentem inúteis.

Acerca da matéria, leciona Arruda Alvim:

Além do dever de o juiz vedar a procrastinação do feito, cabe-lhe impedir diligências probatórias inúteis ao respectivo objeto (art. 130), que, aliás, são também procrastinatórias. Desta forma, não há disponibilidade quanto aos meios de prova, no sentido de a parte poder impor ao juiz provas por ele reputadas inúteis (relativamente a fatos alegados, mas não relevantes), como procrastinatórias (relativamente à produção de provas sem necessidade de expedição de precatória ou rogatória, mas, antes de outro meio mais expedito) (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, v. 2, p. 455).

Na hipótese dos autos, as provas testemunhal e pericial, pretendidas pela apelante, mostram-se inúteis e desnecessárias. Isso porque o conjunto probatório acostado é suficiente para a formação do convencimento do magistrado a respeito do uso cotidiano da expressão “Santo Agostinho”, sendo, nesse caso, perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide.

Por isso, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Coisa julgada.

No tocante à coisa julgada, o art. 301 do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

[...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Nessa linha, observa-se que uma ação é idêntica à outra quando se tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, evitando um novo julgamento.

Ocorre que a ação ajuizada anteriormente a esta que aqui se discute versava sobre o uso da expressão “Santo Agostinho” como nome empresarial, enquanto, nestes autos, a discussão se refere ao uso da aludida expressão como marca, nome de fantasia ou título de estabelecimento.

Dessa forma, em face da diferença apontada, rejeito a preliminar de coisa julgada suscitada pelo apelante.

Mérito.

Insurge-se o apelante contra a decisão a quo que julgou procedentes os pedidos iniciais, compelindo-o

[a] deixar de usar a expressão ‘Santo Agostinho’ em qualquer ato relacionado ao funcionamento da instituição, como o nome de fantasia, propaganda, domínios da internet etc., no prazo de um mês, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Pois bem. Primeiramente, é imperioso ressaltar que as considerações acerca da marca, bem como o direito sobre elas, estão insculpidas na Constituição da República, precisamente na regra contida no art. 5º, XXIX, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nessa esteira, ensina a doutrina:

Generalizando, marca é um sinal que permite distinguir produtos industriais, artigos comerciais e serviços profissionais de outros do mesmo gênero, de mesma atividade, semelhantes ou afins, de origem diversa. É para o seu titular o meio eficaz para a constituição de uma clientela. Para o consumidor, representa a orientação para a compra de um bem, levando em conta fatores de proveniência ou notórias condições de boa qualidade e desempenho.

Além disso, a marca atua como veículo de divulgação, formando nas pessoas o hábito de consumir um determinado

bem material, induzindo preferências através do estímulo ocasionado por uma denominação, palavra, emblema, figura, símbolo ou sinal distintivo. É, efetivamente, o agente individualizador de um produto, de uma mercadoria ou de um serviço, proporcionando à clientela uma garantia de identificação do produto ou serviço de sua preferência (DI BIASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial*. 2002. p. 162).

Em segundo lugar, a respeito do aludido tema, tem-se, no nosso ordenamento jurídico, a Lei 9.279/96, da qual cito, *in verbis*, os artigos abaixo mencionados:

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

[...]

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.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

[...]

Art. 131. A proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

Dessa forma, é mister apontar que é garantia do titular da marca a proteção desta, bem como o direito exclusivo de seu uso, assegurando-se até mesmo a exclusividade no ramo de atividade para o qual foi registrada, impedindo-se, assim, a utilização indevida por outrem, seja do nome da referida marca, seja do mercado no qual ela se insere.

Tal medida tem ainda como fundamento não só evitar possíveis prejuízos para os proprietários e consumidores, como também dirimir possíveis confusões que, fatalmente, induziriam o consumidor a erro.

Por oportuno, cito a lição de Rubens Requião:

O empresário, sobretudo para o efeito de fixar sua clientela, foi levado a imaginar sinais ou expressões distintivas, para individualizar e caracterizar os produtos resultantes do exercício de sua atividade. Surgem, assim, bens de natureza imaterial, incorpórea, frutos da inteligência e engenho do

empresário. O direito não poderia deixar de reconhecer a importância dos mesmos, máxime quando se firmou juridicamente a sua valorização no ambiente da empresa. A livre concorrência, por outro lado, obrigou o empresário a envidar todos os esforços para vencer a batalha da competição, procurando preservar a criação de sua inteligência e proteger os sinais de sua produção ou organização (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 98).

No caso dos autos, tenho, para mim, que a proteção e o domínio sobre a marca “Santo Agostinho” é, incontestavelmente, da empresa apelada, já que foi a primeira que procedeu à sua inscrição e registro, sendo-lhe assegurado, conforme as disposições legais supramencionadas, seu uso exclusivo em todo o território nacional, principalmente considerando-se o fato de que a empresa apelante tem como escopo enveredar-se no mesmo ramo de atividade da empresa apelada, qual seja no âmbito educacional

Dessa forma, não merece prosperar a alegação do apelante de que, se a marca registrada em toda a sua composição não induz os clientes a erro, não há direito a ser reconhecido nesse sentido, devendo sua abstenção ser afastada.

Ora, é evidente que duas empresas inseridas na esfera educacional, mesmo que em segmentos variados (uma no ensino fundamental e médio e a outra no ensino superior), cujos nomes tenham, na sua composição, os termos “Santo Agostinho” provocariam inúmeras confusões, não precisando, como já disse anteriormente, de nenhum perito para atestar isso.

Assim, tendo em vista as peculiaridades do caso, a meu ver, a decisão singular foi acertada nesse aspecto, não merecendo, assim, qualquer retoque, já que se apresenta em consonância com o que vem decidindo este Tribunal, senão vejamos:

Processual civil e civil. Apelação. Ação ordinária. Utilização e divulgação de marca com elemento adicional que resulta em denominação que se assemelha à marca notória outra. Empresas do mesmo ramo e com atividade na mesma área geográfica. Confusão para o consumidor e concorrência desleal. Uso indevido de marca. Configuração. Ordem de abstenção de uso. Cabimento. Fixação de *astreintes*. Cabimento. Limitação do valor máximo das *astreintes*. Possibilidade. Recurso não provido. - A Lei de Propriedades Industriais protege a propriedade e o uso exclusivo da marca com registro no INPI, nos termos do art. 129 da Lei 9.279/96. - Deve ser impedida a utilização e divulgação de marca cujo acréscimo de termo, ainda que de uso comum, resulte em expressão semelhante à marca notória outra, registrada anteriormente, mormente quando ambas as partes exercem atividade em um mesmo segmento mercadológico e em uma mesma abrangência geográfica. - Tem cabimento a fixação de multa diária em caso de descumprimento de determinação de obrigação de não fazer. - A multa prevista no art. 461 do CPC não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo para redução, majoração ou limitação, adequando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e para evitar o enriquecimento sem

causa da parte favorecida, já que não tem caráter compensatório. - Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0079.12.052503-9/001 - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - 17ª Câmara Cível - j. em 15.05.2014 - p. em 27.05.2014).

Em relação ao prazo de um mês, determinado pelo Juiz a quo para o cumprimento da obrigação, que, segundo o apelante, é exíguo, razão pela qual pleiteia a sua ampliação, assiste-lhe razão.

Conforme explicitado na peça recursal, trata-se de empresa de médio porte com cerca de sete mil alunos matriculados e seiscentos funcionários, com filiais em Montes Claros, Sete Lagoas e Vitória da Conquista.

Assim sendo, as mudanças, aqui discutidas, não podem prejudicar esse universo que gira em torno da referida faculdade, principalmente por se apresentar, de modo notório, como parte hipossuficiente. Por isso, hei por bem aumentar para seis meses o prazo para que tais mudanças ocorram, a contar do trânsito em julgado desta decisão, de modo que os prejuízos decorrentes das aludidas alterações sejam mitigados.

Por fim, o apelante alega que a decisão singular foi *extra petita*, pois o Magistrado arbitrou os valores de R\$10.000,00 e R\$1.000,00 ao dia, referentes aos honorários de advogado e ao descumprimento da determinação respectivamente, valores esses que diferem daqueles que foram pleiteados na inicial.

Cumpre-me ressaltar que não há qualquer traço de que aludida decisão tenha sido *extra petita*, pois, tratando-se de matéria de ordem pública, cabe ao magistrado arbitrar tais valores de acordo com sua apreciação equitativa, não havendo necessidade de ficar adstrito aos importes delineados na inicial.

No entanto, vislumbro que tais custas foram arbitradas de maneira vultosa, o que considero demasiado, diante das peculiaridades da espécie debatida nos autos, haja vista a presente ação não ter demandado esforços subumanos de seu procurador.

Pelas nuances do caso concreto e atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, minoro o valor referente aos honorários de advogado para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por bem atender às diretrizes contidas no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Quanto à multa, reduzo o valor para R\$500,00 (quinhentos reais) por dia, até o limite de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Em face do exposto, dou provimento parcial à apelação para aumentar para seis meses o prazo de cumprimento da obrigação estipulada na sentença, minorar o valor referente aos honorários de advogado para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), bem como reduzir a multa para R\$500,00 (quinhentos reais) por dia até o limite de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Custas, pelo apelante.

É como voto.

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Colégio Santo Agostinho ajuizou ação ordinária com preceito cominatório contra Instituto Educacional Santo Agostinho, objetivando que este seja compelido a se abster de usar a expressão “Santo Agostinho” como marca, nome fantasia ou título de estabelecimento com destaque, ao argumento de tratar-se de reprodução de sua marca, que lhe fora devidamente concedida pelo INPI.

Verifica-se que o apelado (Colégio Santo Agostinho) é uma sociedade civil de direito privado, sem fins lucrativos ou econômicos, de caráter educacional, científico, cultural, artístico, recreativo, beneficente e assistencial, que possui várias unidades, sendo a mais antiga na cidade do Rio de Janeiro (f. 13). Em sua petição inicial, informa ter sido constituído em 09.04.1946, com registro perante do CRCPJ da cidade do Rio de Janeiro sob o nº 4.134, desde 15.12.1955 (f. 5), e, ainda, ter obtido o registro das seguintes marcas perante o INPI:

Colégio Santo Agostinho PP Agostinianos Recoletos (Classe 41.10 - Serviços de ensino e educação de qualquer natureza e grau), requerido em 15.04.1996 e concedido em 15.02.2011 (f. 24).

Caritas et Scientia Colégio Santo Agostinho (Classe 41 - Serviços de ensino e educação), requerido em 26.12.2000 e concedido em 08.02.2011 (f. 26).

Caritas et Scientia CSA Colégio Santo Agostinho (classe 41 - serviços de ensino de educação).

Em decorrência, entende que tais registros lhe conferiram o direito ao uso exclusivo da expressão “Santo Agostinho” como marca, na forma do art. 129 da Lei Federal nº 9.279, de 1996 (LPI).

Em primeiro lugar, assinale-se que não há como compelir o apelante a “proceder a pedido de desistência da marca Universidade Santo Agostinho UNSA, perante o INPI, objeto dos Processos nºs 824.185.790 e 824.185.803, ambos na classe 41”, conforme pretendido pelo apelado no item “b” de seus pedidos (f. 11), visto que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial possui autonomia para analisar, aprovar ou rejeitar pedidos de registro de marcas. Além disso, tais pedidos estão sobrestados, conforme comprovam os documentos de f. 29 e 30, juntados pelo próprio apelado.

Se, posteriormente, o INPI conceder os registros pleiteados pelo apelante, o apelado poderá recorrer da decisão, inclusive buscando, na Justiça Federal, eventual solução do conflito de interesses.

Feito o reparo, anote-se que o próprio apelado informa fazer parte dos Colégios Agostinianos, estabelecidos em diversos Estados do Brasil e que todos se utilizam da mesma denominação: “Colégio Santo Agostinho”. Informa, ainda, que estes foram registrados nos órgãos competentes de cada localidade e que todos fazem parte do mesmo grupo de empresas (f. 4).

Da relação fornecida pelo apelado, verifica-se que referidos estabelecimentos de ensino, que se denominam “Colégio Santo Agostinho”, estão localizados em Goiânia

e Jataí/GO; Belo Horizonte, Contagem, Nova Lima/MG; Breves e Soure/PA; Rio de Janeiro/RJ; São Paulo e São José do Rio Preto/SP; Vitória/ES (f. 5/6).

Por sua vez, o apelante (Instituto Educacional Santo Agostinho), estabelecido em Montes Claros/MG, possui unidades em Montes Claros e Sete Lagoas/MG e em Vitória da Conquista/BA. Ostenta registro de marca mista, de seu nome “Instituto Educacional Santo Agostinho” e logotipo, na classe de produtos/serviços 41, junto ao INPI (f. 105). Além disso, requereu junto a esse Órgão o registro das seguintes marcas, também mistas: Faculdades Santo Agostinho - FASA (classe 41) - f. 102; Universidade Santo Agostinho - UNSA (classe 41) - f. 103.

Como se vê, ambos são titulares de registro de marcas do tipo misto. Dessa forma, para se aferir se houve contrafação a justificar a limitação que se quer impor ao apelante, impõe-se proceder a uma análise comparativa do conjunto visual das marcas de suas representações gráficas ou logotipos, buscando elementos identificadores entre elas.

Assinale-se ser evidente que os litigantes exploram atividades congêneres no ramo da prestação de serviços educacionais; porém, os logotipos das marcas mistas por eles utilizadas são diametralmente opostos.

Enquanto o apelado, Colégio Santo Agostinho, tem como símbolo gráfico um escudo, com uma águia sobre um livro; o apelante, Instituto Educacional Santo Agostinho, possui um emblema circular com poucos elementos gráficos (f. 26/25 e 29). Logo, inexistência de possibilidade de confusão entre os litigantes no que tange aos símbolos gráficos por ambos utilizados, restando apenas a verificação da possibilidade de imposição de restrição ao apelante, em benefício do apelado, do uso da expressão “Santo Agostinho” como marca.

Pois bem. A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CR e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla:

[...] por um lado, protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia, e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4º, VI, do CDC) (REsp nº 1.105.422/MG - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - j. em 10.05.2011 - DJe de 18.05.2011).

Além disso,

para a aferição de eventual colidência entre denominação e marca, não se pode restringir à análise do critério da anterioridade, mas deve-se também levar em consideração os dois princípios básicos do direito marcário nacional: (i) o princípio da territorialidade, ligado ao âmbito geográfico de proteção; e (ii) o princípio da especificidade, segundo o qual a proteção da marca, salvo quando declarada pelo INPI, de ‘alto renome’ (ou ‘notória’, segundo o art. 67 da Lei n. 5.772, de 1971), está diretamente vinculada ao tipo de produto ou serviço, como corolário da necessidade de se evitar erro, dúvida ou confusão entre os usuários (REsp n. 1.204.488/RS - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - DJe de 02.03.2011).

Sabe-se que “as marcas que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro, admitindo-se sua utilização por terceiros de boa-fé” (REsp nº 1.448.123/RJ - DJe de 15.09.2016).

O entendimento nesse sentido é cediço, verbis:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Marcas fracas ou evocativas. Exclusividade. Mitigação. 1. O tribunal de origem, ecoando a sentença, afastou a existência de ofensa à marca da ora agravante com base no acervo fático-probatório coligidos aos autos. 2. Conforme a jurisprudência consolidada desta Corte, marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé. 3. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no AREsp 100.976/SP - Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - Terceira Turma - j. em 18.12.2014 - DJe de 04.02.2015).

Ora, não há como se entender que o nome “Santo Agostinho” possa ser apropriado, com exclusividade, como marca por uma só pessoa, empresa ou grupo econômico.

Isso porque Agostinho de Hipona, que foi padre (com o título *pater ecclesiae*), bispo, escritor, professor, teólogo e filósofo, conhecido universalmente como “Santo Agostinho”, foi um dos mais importantes teólogos e filósofos dos primeiros anos do cristianismo, deixando legado composto de diversas obras. Trata-se de uma figura influente na história da educação e, por isso, compreende-se que ambas as instituições de ensino se socorram de seu nome para divulgação de seus serviços educacionais. Portanto, impõe-se reconhecer que, quando se trata da designação de entidades de ensino, o uso do nome de “Santo Agostinho” pode ser considerado como trivial e de pouca originalidade. Logo, tal “expressão” atrai, para si, a mitigação da regra de exclusividade.

Tanto é assim que o próprio apelado, Colégio Santo Agostinho, informa, em sua petição inicial, a existência de outros estabelecimentos de ensino que possuem o mesmo nome e que todos eles integram um grupo de empresas (f. 5).

O inciso VI do art. 124 da Lei Federal nº 9.279, de 1996, é claro ao dispor que

não são registráveis como marca os sinais 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 de serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.

Assim, não há como permitir que esse pequeno grupo de empresas, por meio de um deles, o ora apelado, se aproprie do nome de “Santo Agostinho” como marca,

visto que se trata de nome de convivência possível entre estabelecimentos de ensino que remetem ao Santo da Igreja Católica que se dedicou aos estudos, ligando-se à criação agostiniana de educação, principalmente quando há diversidade de público-alvo.

Nesse sentido, já se decidiu:

Propriedade industrial. Ação de nulidade de registro de marca comercial. Marca fraca ou evocativa. Possibilidade de convivência com outras marcas. Impossibilidade de conferir exclusividade à utilização de expressão de pouca originalidade ou fraco potencial criativo. 1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo. 2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar a intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*. Recurso especial a que se nega provimento (STJ - REsp 1166498/RJ - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - DJe de 30.03.2011).

Ora, é evidente que o Colégio Santo Agostinho, voltado ao ensino médio e fundamental (vide o portal: Disponível em: <<http://bh.santoagostinho.com.br/>>. Acesso em: 30 set. 2016), possui público-alvo diverso do Instituto Educacional Santo Agostinho, voltado exclusivamente à educação em nível superior (vide o portal: Disponível em: <<http://vestibular.fasa.edu.br/>>. Acesso em: 30 set. 2016).

Demais disso, o apelante usa os seguintes registros marcatórios: Faculdade Santo Agostinho (Fasa) e Universidade Santo Agostinho, o que evidencia a diferença do público-alvo. Em seu sítio eletrônico, apresenta-se como “o que há de mais moderno em educação superior, conquista resultante de anos de compromisso com qualidade, trabalho constante, pesquisas de satisfação, dentre outros meios”, que o guiam “para uma educação que propicia formação diferenciada e oportunidades de inserção no mercado profissional”.

Dessa forma, entende-se que o simples fato de constar a denominação “Colégio” na frente da expressão “Santo Agostinho”, compondo o nome do apelado, é suficiente para distinguir que o referido estabelecimento educacional é voltado para o “ensino médio e fundamental”, diferentemente do Instituto Educacional Santo Agostinho, que se apresenta como entidade de ensino voltada ao “nível superior”, conforme se pode extrair do histórico encontrado no sítio eletrônico do apelante.

Além disso, importante salientar que a vedação que o apelado pretende impor ao apelante culminaria na ausência de efetividade de julgado do egrégio STJ, já transitado em julgado, que afastou, no âmbito do Estado

de Minas Gerais, a proibição de uso, pela apelante, em sua denominação comercial, da referida expressão “Santo Agostinho”.

Se ela pode usar sua denominação comercial (Instituto Educacional Santo Agostinho), manifesto que pode usar a expressão “Santo Agostinho” para propagar seus serviços, desde que tal expressão se faça acompanhar dos demais elementos gráficos de seu nome, quais sejam “Instituto Educacional”, “Faculdade” e “Universidade”.

Evidentemente o apelante não poderá pretender ofertar serviços de educação voltados ao “ensino médio e fundamental” nas localidades em que o apelado já presta seus serviços e, *mutatis mutandis*, o apelado não poderá pretender estender suas atividades, prestando serviços educacionais voltados ao ensino superior nas localidades em que o apelante os presta, pois, aí sim, poderia desencadear confusão a justificar a impossibilidade de convivência das duas instituições na mesma localidade.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão inicial.

Custas, pelo apelado.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - Peço vênia ao douto Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo ilustre 1º Vogal, Des. Manoel dos Reis Moraes.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Preliminar de incompetência da Justiça Estadual.

Conforme consta da narrativa dos autos, o apelado, Colégio Santo Agostinho, possui o registro da marca perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Por sua vez, o apelante, Instituto Educacional Santo Agostinho Ltda., também fez o requerimento administrativo para o registro de sua marca que se encontra em análise no INPI.

Dessa forma, tendo em vista que já existe um requerimento administrativo para registro de marca feito pela apelante, torna-se necessária a manifestação do INPI, que, pelo fato de ser uma autarquia federal, atrai a competência para a Justiça Federal.

Analizando-se os autos, verifica-se que a competência para o julgamento da presente demanda é da Justiça Federal, nos moldes do que edita o inciso I do art. 109 da Constituição da República de 1988, *litteris*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...].

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça assim vem decidindo, *verbis*:

Propriedade industrial. Marca. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Abstenção de uso de marca. Nulidade de registro. Matéria de defesa. Declaração incidental. Impossibilidade. Necessária ação autônoma. Competência da Justiça Federal e participação do INPI. Artigos analisados: Arts. 56, § 1º; 57; 175 e 205 da Lei 9.279/96. 1. Ação de reparação por danos materiais, compensação por danos morais e abstenção de uso de marca, ajuizada em 15.12.1999. Recurso especial concluso ao Gabinete em 11.10.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade de reconhecimento incidental de nulidade ou ineficácia de registro de marca, alegada como matéria de defesa. 3. Não obstante exista a previsão legal expressa de que o ajuizamento da ação de nulidade de registro de marca se dará ‘no foro da Justiça Federal, e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito’ (art. 175), não há qualquer disposição acerca da possibilidade de arguição da nulidade como matéria de defesa, como se dá na hipótese de ação cujo objeto seja a nulidade de patente. 4. Ainda que a lei preveja, em seu art. 56, § 1º, a possibilidade de alegação de nulidade da patente como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido no contexto de uma ação autônoma, em que se discuta, na Justiça Federal, o próprio registro. 5. Não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas, para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro, não se exija cautela alguma. Interpretar a lei desse modo equivaleria a conferir ao registro perante o INPI uma eficácia meramente formal e administrativa. 6. A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao Judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito. 7. Recurso especial provido (REsp 1281448/SP - Recurso Especial 2011/0208387-2 - Relatora: Ministra Nancy Andrighi).

De outro lado, também é de se trazer a lume a disposição do art. 129 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, nos seguintes termos, *litteris*:

Capítulo IV - Dos direitos sobre a marca

Seção I - Aquisição

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.

§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento (grifos nossos).

Ainda da lavra do colendo Superior Tribunal de Justiça o acórdão cuja ementa transcreve-se abaixo:

Recurso especial. Propriedade industrial. Concorrência desleal. Justiça Estadual. Abstenção de uso de marca registrada pelo próprio titular. Justiça Federal. Competência. Necessária participação do INPI. Violação ao art. 129 da Lei da Propriedade Industrial. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A apreciação quanto à possível indenização devida entre particulares, decorrente da prática de concorrência desleal, é competência da Justiça Estadual. Precedente. 3. Compete ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) avaliar uma marca como notoriamente conhecida. Precedente. 4. A desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional (REsp 325158/SP - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Relator p/o acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - j. em 10.08.2006 - DJ de 09.10.2006, p. 284). Não há previsão legal para autorizar a retirada da eficácia de ato administrativo de concessão de registro marcário sem a participação do INPI e sem o ajuizamento de prévia ação de nulidade na Justiça Federal. 5. Recurso especial provido (REsp 1189022/SP - 2010/0062457-8 - Relator: Ministro Luís Felipe Salomão).

Por essas razões, reconheço a preliminar suscitada pelo apelante, determinando, com a devida vênia, a remessa dos autos à d. Seção Judiciária da Justiça Federal para a tramitação de estilo.

Mérito.

Se eventualmente vencido, quanto à preliminar, este Vogal, quanto ao mérito, acompanha a divergência instaurada pelo eminente 1º Vogal, pedindo vênia ao eminente Relator.

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - Analisando detidamente o que consta dos autos e os votos daqueles que me antecederam, tenho primeiro, como necessário, que se diferencie, de forma breve e direta, nome comercial e marca.

A marca identifica o produto, a mercadoria ou o serviço, e o nome identifica o comerciante, o estabelecimento comercial, a empresa, a pessoa jurídica.

Sobre o tema, já tive oportunidade de decidir:

Apelação cível. Ação cominatória c/c perdas e danos. Nome comercial e marca. Institutos distintos. Registro da marca. INPI. Não comprovação. Improcedência. Litigância de má-fé. Não comprovação. Sentença reformada em parte. Recurso provido em parte. - Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, 'o nome empresarial e a marca se reportam a diferentes objetos semânticos. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica, enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços' (*Curso de direito comercial* - Direito da empresa. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 182). - No caso dos autos, há distinção entre as marcas utilizadas pelas partes, pois, como se vê nos autos, há documento que demonstra que a apelada utiliza como marca o nome Mix Pão e a apelante

utiliza o nome Mix Iguarias. - Das provas coligidas aos autos, extrai-se que a autora não utiliza a nomenclatura Mix Pão como marca, não havendo que se falar, portanto, em concorrência desleal. - Demais disso, não há sequer confusão entre os nomes utilizados pelas empresas capaz de confundir os consumidores tendo em vista que, como dito, a empresa autora utiliza a marca Mix Iguarias e a requerida, Mix Pão. - Ainda que o pedido inicial seja improcedente, não se pode afirmar que a apelante agiu de má-fé, de modo a ensejar a aplicação da pena de multa, indicada no art. 18 do CPC, já que não restou comprovado o dolo de sua parte no presente feito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.10.014590-3/001 - Relatora: Des.ª Mariângela Meyer - 10ª Câmara Cível - j. em 22.04.2014 - p. em 30.04.2014).

Volvendo os autos, constatei que o nome Santo Agostinho já foi objeto de análise em outro processo envolvendo as mesmas partes, com decisão final proferida pelo STJ, já transitada em julgado.

Naquele feito (f. 39/45), a controvérsia visava a determinar se o registro anterior do nome empresarial "Colégio Santo Agostinho", garantia ao então autor o direito de uso exclusivo da expressão "Santo Agostinho" no território nacional, o que impediria a utilização desses termos na denominação "Instituto de Educação Santo Agostinho".

Sobre a controvérsia, decidiu o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 875.090/MG, interposto pelo ora apelante/Instituto Santo Agostinho em dar provimento, em parte, ao recurso, a fim de reformar o acórdão recorrido - permitindo ao Instituto o uso no âmbito do Estado de Minas Gerais, em sua denominação comercial, da referida expressão em comum, qual seja "Santo Agostinho", tendo sido ressaltado, ainda, naquele julgamento, que nada foi tratado acerca da utilização da marca.

Agora, no presente feito, pretende o autor, ora apelado, com a presente ação ordinária, compelir o réu, apelante, a se abster de usar a expressão - "Santo Agostinho", como marca, nome fantasia, título de estabelecimento, com destaque, sob a alegação que se trata de reprodução da marca do autor, concedida pelo INPI.

Ao julgar o feito, o MM. Juiz entendeu, por bem, dar provimento ao pleito inicial,

para compelir o réu a deixar de usar a expressão 'Santo Agostinho' em qualquer ato relacionado ao funcionamento da instituição, como o nome de fantasia, propaganda, domínios da internet etc., no prazo de um mês, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Todavia, depois de me debruçar sobre o tema, analisando o que consta dos presentes autos e o que restou decidido anteriormente pelo STJ, tenho por bem adotar o voto divergente proferido pelo eminente Primeiro Vogal - Des. Manoel dos Reis Moraes, porque comungo do entendimento por ele defendido no sentido de que a vedação, implicaria a ausência de efetividade de

julgado do eminente STJ, já transitado em julgado, que, a despeito de ter decidido sobre o nome, e não sobre a marca, deixou claro que o Instituto/apelante, no âmbito do Estado de Minas Gerais, poderia se utilizar, em sua denominação comercial, da referida expressão “Santo Agostinho”.

E, se assim procedeu, evidente que o apelante pode usar a expressão “Santo Agostinho” para outros intentos, observando os demais elementos gráficos de seu nome, quais sejam “Instituto Educacional”, “Faculdade” e “Universidade”, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Com essas considerações, peço vênica para dissentir do douto Relator, adotando o entendimento do voto divergente.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, VENCIDO O DES. TERCEIRO VOGAL QUANTO À PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. EM RELAÇÃO AO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO APELO PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL, VENCIDO O DES. RELATOR.

...

Improbidade administrativa - Ação civil pública - Nepotismo - Súmula vinculante 13 - Filho do prefeito - Nomeação como procurador-geral do município - Dolo genérico - Cumulatividade das sanções - Duplo grau de jurisdição obrigatório - Citação por edital

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Preliminares. Inovação recursal. Inadmissibilidade. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Ausência de previsão legal. Lei nº 4.717/65. Inaplicabilidade. Nulidade da citação por edital.

- Configura inovação recursal, que não pode ser conhecida pela Corte revisora a tese de defesa não declinada na instância *a quo*, visto que compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, sob pena de preclusão. Recurso parcialmente conhecido.

- O duplo grau de jurisdição obrigatório é medida excepcional, não podendo ter sua aplicação ampliada pelo Judiciário fora das hipóteses previstas em lei.

- Ausência de determinação do duplo grau de jurisdição obrigatório na Lei nº 7.347/85, que remete à aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil, não o fazendo em relação à Lei nº 4.717/65. Descabimento da aplicação do art. 19 da Lei de Ação Popular às ações civis públicas. Remessa necessária não conhecida.

- A citação por edital na ação de conhecimento far-se-á quando o citando não for conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível (CPC/1973, art. 232).

- Frustradas as tentativas de citação pessoal do réu e demonstrado, pelo autor, que diligenciou de forma eficaz para a obtenção do endereço correto e atualizado da pessoa a ser citada, é cabível a citação por edital. Nulidade da citação por edital rejeitada.

Mérito. Nomeação do filho do prefeito para cargo de provimento em comissão de procurador-geral do município. Súmula vinculante 13. Violação de princípios da administração pública. Ofensa ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

- Segundo a Lei nº 8.429/92, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

- Para facilitar a repressão de condutas rechaçadas pelo ordenamento, tem-se admitido a adoção do dolo genérico, consistente em se conduzir deliberadamente contra as normas legais.

- A nomeação do filho do prefeito para o cargo de provimento em comissão de procurador-geral do município viola o disposto na Súmula vinculante nº 13. Dolo genérico configurado.

- Caracterização de conduta violadora aos princípios da Administração Pública, tipificada no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92.

- Recurso a que se nega provimento.

V.V.P.: - As penas definidas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) não são necessariamente aplicadas de forma cumulativa; cabe ao julgador, sob pena de nulidade, motivar a aplicação de cada uma das sanções, dosando-as, de acordo com a natureza, gravidade e consequências do ato ímprobo.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0433.11.012917-1/002 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juíza de Direito da 1ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública Comarca Montes Claros - Apelantes: Lacerdino Garcia Meneses e outro, Pauze da Silva Garcia Meneses - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO APELATÓRIO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - Áurea Brasil - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a ÁUREA BRASIL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Lacerdino Garcia Meneses e outro em face da r. sentença de f. 529/536, proferida pela MM. Juíza de Direito Rozana Silqueira Paixão, da 1ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros, que, nos autos de ação civil por ato de improbidade administrativa c/c nulidade de ato de nomeação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, declarando nula a nomeação do segundo réu para o cargo de procurador-geral do município e condenando os requeridos ao pagamento de multa civil, no valor de cinco vezes a última remuneração, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos, à suspensão dos direitos políticos por três anos e perda da função pública.

Os réus foram, ainda, condenados ao pagamento das custas e despesas processuais. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Os apelantes, em razões acostadas às f. 540/556, suscitam preliminar de nulidade da citação, alegando que: a) atualizaram tempestivamente seu endereço nos autos, restando frustrada a citação em razão de procedimento equivocado na expedição dos mandados; b) o oficial de justiça foi induzido a proceder à citação em endereço no qual o segundo réu não mais residia; c) a citação por edital não preenche os requisitos previstos nos arts. 231 e 232 do CPC/1973, por não ter havido o esgotamento das outras formas de citação. No mérito, aduzem que: a) a Súmula vinculante nº 13 deve ser aplicada com razoabilidade e em consideração às peculiaridades do caso concreto; b) só é possível a aplicação da súmula se o agente público detém, efetivamente, discricionariedade para nomear um parente para ocupar cargo em comissão; c) no Município de Mirabela, o chefe do Poder Executivo não tem discricionariedade para nomear o procurador-geral, tendo em vista que a Lei Orgânica Municipal determina que este será nomeado pelo prefeito após a aprovação da indicação pela Câmara Municipal; d) não pode ser aplicada a Súmula vinculante nº 13 nos casos em que o ato de nomeação é complexo e depende da vontade de outros agentes políticos; f) o cargo de procurador-geral no Município de Mirabela tem natureza híbrida, por desempenhar funções de natureza administrativa e de governo, sendo equiparado pela Lei Orgânica Municipal ao cargo de secretário; g) nem sempre a nomeação de parentes consubstancia conduta apta a ofender os princípios administrativos insculpidos no art. 11 da Lei nº 8.429/92; h) é imprescindível a comprovação de dolo para a configuração do ato ímprobo; i)

o segundo réu tinha condições técnicas para exercer o cargo.

Contrarrazões apresentadas às f. 560/566, nas quais se sustenta que: a) não há nulidade na citação por edital, porquanto o segundo réu permaneceu em local incerto e não sabido por mais de três anos, período no qual foram realizadas sucessivas e infrutíferas tentativas de citação pessoal; b) a alegação de que o ato de nomeação seria complexo e não dependeria exclusivamente da vontade do prefeito configura inovação recursal, por não ter sido alegada quando da defesa prévia e da contestação; c) a nomeação para o cargo de procurador do município compete ao prefeito, sendo que a Câmara apenas aprova a indicação; d) o primeiro réu indicou seu filho para o provimento de cargo em comissão, violando o disposto na Súmula vinculante nº 13; e) o cargo de procurador-geral é equiparado ao de secretário municipal apenas para fins de remuneração; f) não restou comprovada a capacidade técnica do segundo réu para o cargo, tendo em vista que tomou posse no mais alto cargo de natureza jurídica do município após um ano e seis meses de sua colação de grau no curso de Direito e após sete meses da expedição de sua Carteira da OAB.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o douto Procurador Dr. Antonio Joaquim Schellemberger Fernandes, pelo conhecimento parcial e desprovimento da apelação (f. 579/581-v.).

I - Admissibilidade.

I.1. Primeiramente, observo que não cabe, na espécie - ação civil pública por ato de improbidade administrativa cuja sentença julgou procedente o pedido inicial deduzido contra Lacerdino Garcia de Menezes e Pauêz da Silva Garcia Menezes -, o reexame necessário, razão pela qual, com a devida vênia, não conheço do recurso de ofício.

II.2. Por sua vez, o apelado pugna pelo conhecimento parcial do recurso apelatório, em razão da inovação recursal quanto à alegação de que a nomeação do procurador-geral do município é ato complexo, que depende da indicação do prefeito e aprovação pela Câmara Municipal.

Verifico que, de fato, não foi suscitado pelo apelante, na peça contestatória, o questionamento segundo o qual não cabe ao prefeito, exclusivamente, a nomeação do procurador-geral.

A teor do disposto no art. 336 do CPC/2015, "incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor", sob pena de preclusão.

Assim, não pode ser conhecida a inovação em sede recursal, uma vez que esta extrapola a competência devolvida a esta Corte revisora pela interposição do recurso de apelação.

Destarte, à vista da inovação recursal, deixo de conhecer da alegação citada.

Quanto às demais razões aduzidas pelos recorrentes, conheço do recurso.

II - Preliminar.

Suscitam os apelantes preliminar de nulidade da citação por edital ao argumento de que não foram observados os requisitos previstos nos arts. 231 e 232 do CPC/1973, tendo em vista que o segundo réu manteve seu endereço atualizado e não foi encontrado para citação pessoal por erro do oficial de justiça.

Conforme se verifica dos autos, após o recebimento da inicial, foi determinada a citação do segundo réu na Rua Severo Leite, 355, Montes Claros (f. 459), mesmo endereço no qual foi citado para a apresentação da defesa prévia (f. 362) e que consta na procuração por ele outorgada ao seu advogado (f. 360).

Contudo, o oficial de justiça certificou que o réu não foi encontrado no endereço, tendo realizado diversas diligências (f. 459-v.).

O Ministério Público requereu a renovação do ato de citação no mesmo endereço, por ter sido o local no qual foi encontrado o requerido quando da notificação para apresentação de defesa prévia, mas o ato restou novamente frustrado (f. 478-v.).

Em seguida, o autor requereu a citação do réu na Prefeitura de Mirabela, em horário de expediente, mas, conforme certificado pelo oficial de justiça, o requerido não foi encontrado, por não trabalhar mais no local (f. 484-v.).

Em manifestação de f. 485, o Ministério Público informou que, na procuração de f. 357, o réu havia fornecido endereço diverso e pugnou pela citação na Av. Sidney Chaves, nº 1.239, bloco 15, em Montes Claros, e, mais uma vez, não foi encontrado (f. 488-v.).

Por fim, a d. Magistrada determinou a pesquisa pelo sistema Bacenjud e, por não ter sido encontrado o endereço do réu, ordenou a citação por edital (f. 492).

Por conseguinte, foram esgotadas as tentativas de localização do requerido, restando frustrada a citação, inclusive no endereço por ele informado, de forma que não há falar em nulidade da citação por edital.

III - Mérito.

A ação civil pública por improbidade administrativa foi ajuizada pelo Órgão Ministerial com amparo nos documentos colhidos no Procedimento Preparatório nº 0433.09.000037-6, que concluiu pela prática de nepotismo pelos apelantes.

Segundo narra a exordial, Lacerdino Garcia de Menezes, que, à época dos fatos, era prefeito do Município de Mirabela, nomeou seu filho Pauêz da Silva Garcia Menezes para o cargo de provimento em comissão de procurador-geral do município, em violação ao disposto na Súmula vinculante nº 13.

Em sede de liminar, foi determinado o afastamento do segundo réu do cargo de procurador-geral (f. 349/352), em decisão confirmada por este Tribunal no Agravo de Instrumento nº 1.0433.11.012917-1/001, de

Relatoria do Des. Leite Praça, no qual figurei como Vogal (f. 470/477).

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau para declarar nula a nomeação do segundo réu para o cargo de procurador-geral do município e condenar os requeridos ao pagamento de multa civil no valor de cinco vezes a última remuneração; proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos; suspensão dos direitos políticos por três anos; e perda da função pública.

Pois bem.

Como é cediço, a Lei nº 8.429, de 1992, tem por escopo punir o agente desonesto, ou seja, o transgressor dos princípios basilares da Administração, bem como o terceiro que contribuiu ou se beneficiou desses atos, prevendo sanções severas para coibir a gestão fraudulenta da *res publica*.

A improbidade, pelo que se extrai da lei, refere-se à má qualidade de uma administração, à prática de atos que impliquem enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário, ou, ainda, violação aos princípios que orientam a Administração Pública.

Segundo doutrina Pazzaglini Filho:

[...] a improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da Ordem Jurídica (Estado de Direito, Republicano e Democrático), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante concessão de obséquios e privilégios ilícitos (PAZZAGLINI FILHO. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 39).

Nos termos da Lei nº 8.429/92, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Apenas aqueles previstos no art. 10 dispensam a apuração do dolo por parte do agente, em razão da previsão expressa na Lei de Improbidade Administrativa de que os fatos ali tipificados admitem a forma culposa.

Quanto às condutas expressas nos arts. 9º e 11, imprescindível a verificação da intenção fraudulenta e de malversação da coisa pública por quem pratica o ato, pois somente assim ele poderá ser classificado como ímprobo.

Necessário diferenciar, então, as hipóteses de simples irregularidades praticadas pelo administrador daquelas consideradas como improbidade administrativa, mormente diante da gravidade das sanções impostas pela legislação.

Não se olvida que, em se tratando de violação a princípios da Administração Pública (art. 11), para a

repressão de condutas rechaçadas pelo ordenamento, tem-se admitido a adoção do dolo genérico. Todavia, tal não significa dar aplicação ampliada à Lei de Improbidade Administrativa, nem mesmo eliminar a exigência da má-fé do agente.

A respeito, as palavras do i. Ministro Luiz Fux, em julgamento proferido no STJ:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizar *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliada poderá acoirar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

A má-fé, consoante cedição, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador.

À luz de abalizada doutrina: 'A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos' (art. 37, § 4º). *A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'.* O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem [...] (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.669. REsp 937.985/PR, DJe de 10.09.2009). (Grifos meus.)

A controvérsia dos autos cinge-se à aplicação da Súmula vinculante nº 13, segundo a qual:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

In casu, o réu Pauêz da Silva Garcia Menezes foi nomeado por seu genitor, Lacerdino Garcia Menezes, então prefeito do Município de Mirabela, para o cargo de procurador-geral do município (f. 58).

O vínculo de parentesco entre as partes restou devidamente comprovado pela juntada da certidão de nascimento do segundo réu (f. 63).

Da mesma forma, é incontroverso que a nomeação do procurador foi realizada pelo prefeito municipal, conforme se verifica da Portaria nº 09/2009, assinada por Lacerdino Garcia Menezes (f. 58).

Não obstante os recorrentes sustentem ser o procurador-geral do município agente político, não é possível concluir nesse sentido.

Acerca das distinções entre os agentes políticos e os servidores públicos em geral, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. [...] Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 560).

A Lei Orgânica do Município estabelece que é atribuição da Procuradoria do Município o exercício de atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, bem como a representação judicial e extrajudicial do ente político (f. 53).

Verifica-se, pois, que as atribuições do procurador-geral não se relacionam com a execução de diretrizes traçadas pelo Poder Executivo ou com atividades típicas de governo, mas sim com funções de assessoramento.

De se ressaltar que o art. 163 da Lei Orgânica do Município, segundo o qual "o Procurador do Município, para fins de remuneração, equipara-se ao Secretário Municipal" (f. 53), não tem o condão de alterar a natureza do cargo.

Isso porque a legislação estabelece que a equiparação ocorre apenas em relação aos critérios de remuneração, e não quanto à estrutura e atribuições do cargo.

Dessa forma, sendo o procurador-geral servidor público, e não agente político, e incontroverso que o segundo réu é filho do prefeito que o nomeou, não há dúvidas acerca da incidência da Súmula vinculante nº 13 e de sua inobservância na espécie.

Conclui-se, assim, pela nulidade da nomeação, em razão da vedação do nepotismo pelo citado enunciado vinculante.

E, *in casu*, a ilegalidade da nomeação implicou também a ocorrência de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a violação aos princípios da Administração Pública.

O dolo genérico, a meu ver, resta patente, porquanto os réus praticaram, de forma consciente, ato nitidamente

contrário ao enunciado vinculante do STF e violador dos princípios da Administração Pública.

Cumpra salientar que nem sequer restou comprovada a qualificação técnica do segundo réu para ocupar o cargo de procurador-geral do município, que, como ressaltado pelo apelado, é o cargo jurídico mais alto no âmbito da estrutura municipal.

Consoante se extrai do Certificado de Graduação da Faculdade de Direito Santo Agostinho, Pauêz da Silva Garcia Menezes colou grau em julho de 2007 (f. 59), sendo que sua inscrição nos quadros da OAB ocorreu em 26.06.2008 (f. 60).

Nesse contexto, por ocasião da nomeação para o cargo de procurador-geral do município, o réu era bacharel em Direito há aproximadamente um ano e sete meses e estava inscrito na OAB há seis meses, não tendo comprovado qualquer experiência profissional no período.

Isso posto, é possível identificar, na espécie, manifesta ofensa à moralidade, impessoalidade e legalidade, porquanto nítida a intenção de favorecer o filho da autoridade nomeante.

Por conseguinte, correta a imputação, aos demandados, das sanções pela prática dos atos referenciados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que ficou evidenciado, inequivocamente, o intuito dos réus de se conduzirem deliberadamente contra as normas legais.

A respeito, já se manifestou este Tribunal:

Administrativo. Ação civil pública. Nepotismo. Cargo político. Súmula vinculante nº 13, STF. Nomeação de irmãos de prefeito municipal para o cargo de secretário municipal. Improbidade administrativa reconhecida. Apelo desprovido. - A aplicação da Súmula vinculante nº 13, STF, no tocante à nomeação para cargos políticos, demanda exame de cada caso, conforme tem agido a Suprema Corte. - Hipótese na qual o reconhecimento da improbidade administrativa é devido, pois não demonstrado que os escolhidos para ocupar os cargos de secretários municipais - três irmãos do prefeito - possuíam a habilitação devida e fossem os únicos capazes para tal mister naquela localidade, aliado ao fato que o chefe do Executivo foi, expressamente, alertado pelo Ministério Público acerca da ilegitimidade das nomeações e optou por manter os agentes em questão (Apelação Cível 1.0351.12.002530-6/002 - Relator: Des. Alberto Vilas Boas, j. em 04.08.2015, p. em 13.08.2015).

Em situação similar, o eg. STJ já se manifestou pelo reconhecimento da improbidade administrativa, em acórdão assim ementado:

Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nomeação de parente para cargo em comissão. Nepotismo. Art. 11 da Lei nº 8.429/92. Violação dos princípios da administração pública. Elemento subjetivo. Configuração de dolo genérico. Precedentes do STJ. 1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face da então prefeita do Município de Lagoa D'Anta em razão da

suposta contratação irregular de parentes e outros servidores para o exercício de cargo público. 2. Em que pese a Corte a quo tenha reconhecido a prática de nepotismo, afastou a ocorrência do ato de improbidade administrativa elencado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, sob o argumento de que não existiu dolo na conduta da então prefeita. 3. Contudo, a Segunda Turma do STJ já se manifestou no sentido de que a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, mesmo antes da publicação da Súmula vinculante 13/STF, constitui ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1362789/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19.05.2015; REsp 1286631/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22.08.2013; REsp 1009926/SC, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 10.02.2010. 4. Ademais, o entendimento firmado por esta Corte Superior é de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo desprovido perquirir acerca de finalidades específicas. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1535600/RN - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - j. em 03.09.2015, p. em 17.09.2015).

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nepotismo. Nomeação de familiares para ocupar cargos em comissão antes da edição da Súmula vinculante 13/STF. Descumprimento de dever legal. Violação de princípios da Administração Pública. Ofensa ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992. Desproporcionalidade das sanções. Inexistência. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, na qual imputa aos réus a prática de atos de improbidade administrativa oriundos de nepotismo, requerendo sua condenação nas sanções previstas nos arts. 4 e 11 da Lei nº 8.429/1992. 2. No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada, e, como tal, representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial, aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei nº 8.429/1992. 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo desprovida a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. A revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, ressalvados casos excepcionais, nos quais, da leitura dos julgados proferidos na instância ordinária, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não ocorre no caso vertente. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1362789/MG - Relator Min. Humberto Martins).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DES. MOACYR LOBATO - De acordo com a Relatora.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Após detida análise dos autos, peço vênia à eminente Desembargadora Relatora para divergir, em parte, de seu judicioso voto, pelas razões que passo a expor.

Antes, porém, cumpre-me acompanhar o entendimento perfilhado quanto à rejeição da preliminar de submissão da sentença ao reexame necessário de ofício, adotando os mesmos fundamentos da e. Relatora.

Do mesmo modo, entendo que acertado o conhecimento parcial da apelação e a rejeição da preliminar de nulidade da citação.

No mérito, ouso divergir da nobre colega, apenas no que se refere à dosimetria das sanções aplicadas aos requeridos, ora apelantes.

Tenho entendimento no sentido de que as penas definidas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) não são necessariamente aplicadas de forma cumulativa, cabendo ao julgador, sob pena de nulidade, motivar a aplicação de cada uma das sanções, dosando-as, de acordo com a natureza, gravidade e consequências do ato ímprobo.

Nesse sentido também já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Intempestividade. Entendimento da corte especial. Sanções do art. 12 da Lei de Improbidade. Cumulação de penas. 1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei nº 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial do réu não conhecido e improvido o do Ministério Público (STJ, REsp. 658.389, Rel.º Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 03.08.2007, p. 327).

Na hipótese, levando-se em consideração os cânones da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como os fins sociais a que a LIA se propõe, entendo que as condutas praticadas pelos requeridos permitem a redução das penas aplicadas em primeiro grau e confirmadas pela eminente Relatora.

É que inexistente nos autos comprovação de que tenha havido lesão aos cofres públicos, em decorrência da nomeação do recorrido Pauêz para o cargo de procurador-geral do município.

À luz dessa circunstância, concluo, *data venia*, identificar um pequeno excesso na dosimetria da aplicação da pena relativa à suspensão dos direitos políticos dos apelados, acompanhando a eminente Relatora quanto às demais sanções.

Pelo exposto, pedindo vênia, mais uma vez, à eminente Desembargadora Relatora, divirjo parcialmente de seu judicioso voto, para dar parcial provimento ao recurso, decotando da condenação a sanção de suspensão dos direitos políticos dos apelantes.

É como voto.

DES. WANDER MAROTTA - Examina-se apelação interposta por Lacerdino Garcia Meneses e outro contra a r. sentença proferida nos autos de ação civil por ato de improbidade administrativa, c/c nulidade de ato de nomeação, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que julgou procedente o pedido inicial e declarou nula a nomeação do segundo réu para o cargo de procurador-geral do município; condenou-os a pagamento de multa civil, no valor de cinco vezes a última remuneração, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos, além da suspensão dos direitos políticos por três anos e perda da função pública.

Os réus foram, ainda, condenados ao pagamento das custas e despesas processuais. Não houve condenação em honorários advocatícios.

A Ex.^{ma} Des.^a Áurea Brasil não conhece do reexame necessário, conhece parcialmente da apelação e, na parte conhecida, nega provimento ao recurso.

Já o Ex.^{mo} Des. Vogal Luís Carlos Gambogi apresenta voto parcialmente divergente para dar parcial provimento ao recurso dos recorrentes, decotando da condenação a sanção de suspensão dos seus direitos políticos.

Empresto adesão ao voto proferido pela Ex.^{ma} Des.^a Relatora, negando provimento ao recurso dos requeridos e mantendo as penas aplicadas pela douta Juíza.

A ação civil pública por improbidade administrativa foi ajuizada ao fundamento de que houve prática de nepotismo por parte dos apelantes.

Segundo afirma o *Parquet*, Lacerdino Garcia de Meneses, que, à época dos fatos, era prefeito do Município de Mirabela, nomeou seu filho Pauêz da Silva Garcia Meneses para o cargo de provimento em comissão de procurador-geral do município, violando, assim, o disposto na Súmula vinculante nº 13.

Foi deferida a liminar e determinado o afastamento do segundo réu do cargo de procurador-geral (f. 349/352), sendo a decisão confirmada por este Tribunal no Agravo de Instrumento nº 1.0433.11.012917-1/001, de Relatoria do Des. Leite Praça, no qual a Ilustre Des.^a Áurea Brasil figurou como Vogal (f. 470/477).

A liminar foi ratificada pela sentença, julgando-se procedente o pedido inicial.

A nomeação de filho do prefeito para o cargo de procurador-geral configura ato de improbidade, sem dúvida quanto a esse tema entre os votos precedentes.

A Súmula vinculante nº 13 está assim redigida:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Da referida súmula extrai-se a presunção objetiva que impede a nomeação de parentes de servidores já investidos em funções de confiança ou em cargos em comissão, a fim de evitar nomeações feitas com base em escolhas pessoais em manifesta preterição aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência administrativa.

Sobre a questão, é oportuna a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Quanto à necessidade de preservar os padrões de moralidade no serviço público, é justo sublinhar (e também aplaudir) a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em resolução regulamentadora de dispositivo constitucional, pela qual ficou expressamente vedada a condenável prática do nepotismo, sem dúvida uma das revoltantes formas de improbidade na Administração. Para tanto, ficou proibida a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro) ou parente em linha direta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento (o parente de uma autoridade subordina-se formalmente a outra, ao passo que o parente desta ocupa cargo vinculado àquela).

Excetuem-se da vedação para tais hipóteses, é claro, os casos em que a nomeação recai sobre cônjuge ou parente que ocupam cargos efetivos por efeito de aprovação em concurso público. Ainda assim, porém, não podem exercer funções com subordinação direta ao juiz ou à autoridade administrativa aos quais estejam vinculados por matrimônio, união estável ou parentesco. A norma proibitiva - é oportuno consignar - pretende alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público. Não há vedação à referida subordinação direta, contudo, se o servidor designado é concursado e não ocupa função de confiança remunerada, e isso para não haver ofensa ao princípio constitucional da acessibilidade (art. 37, I e II, CF).

E continua o referido doutrinador:

A Corte Suprema, todavia, não cingiu a sua orientação apenas ao Poder Judiciário. E nem seria razoável que o fizesse: afinal não é o único responsável por tal prática. Desse modo, considerou ofensiva à Constituição qualquer nomeação - para cargos ou funções de confiança, ou ainda funções gratificadas - de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do agente nomeante ou de servidor que, na mesma pessoa jurídica, ocupe cargo de direção, chefia ou assessoramento. A vedação estende-se à administração direta e indireta de

qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nela se inclui, ainda, o nepotismo transversal (ou nepotismo cruzado), ou seja, aquele resultante de ajuste mediante designações recíprocas.

Do pensamento teórico transcrito, é lícito concluir pela ilegalidade do ato de nomeação de servidor público que designa, para cargos ou funções de confiança, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, do agente nomeante ou de servidor que já ocupe cargo de direção, chefia ou assessoramento dentro da mesma pessoa jurídica.

Nesse passo, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental na Reclamação nº 19.529/RS, estabeleceu balizas objetivas quanto à interpretação da Súmula vinculante nº 13. Eis a ementa do acórdão proferido:

Ementa: Agravo regimental na reclamação. Súmula vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Ao editar a Súmula vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada; e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula vinculante nº 13 com o art. 37, *caput*, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. 3. Agravo regimental não provido (Rcl 19529 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 15.03.2016, Processo Eletrônico DJe-072 divulg. 15.04.2016, p. em 18.04.2016).

Do que se percebe do julgado acima, os critérios objetivos para a configuração do nepotismo presentes na Súmula vinculante nº 13 são:

a) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; b) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; c) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada; d) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

Como bem observa a ilustre Des.^a Relatora, a Lei Orgânica do Município estabelece ser atribuição da Procuradoria do Município o exercício de atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, bem como a representação judicial e extrajudicial do ente político (f. 53).

Tem-se, portanto, que as atribuições do procurador-geral não se relacionam com a execução de diretrizes traçadas pelo Poder Executivo ou atividades típicas de governo, mas sim com funções de assessoramento, configurando, portanto, o nepotismo.

Em razão desse fato, ocorreu realmente violação aos princípios da moralidade e impessoalidade e a prática de ato de improbidade, estando caracterizado, também, o dolo, pois a nomeação e posse burlaram a impossibilidade de nomeação de filho do prefeito para o cargo de procurador-geral. E os atos de improbidade que violam os princípios da Administração independem da efetiva constatação de dano ao patrimônio público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 687):

[...] a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há de se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei [...].

E acrescenta:

[...] 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 resolvidos 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 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 689).

O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa, no caso, é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.

As penas a que foram condenados ambos os réus devem ser mantidas, não se justificando, a meu ver, a reforma da sentença e excluída a sanção de suspensão dos direitos políticos.

Merece transcrição a lição de Waldo Fazzio Júnior:

É necessário que se adote cautela na compreensão das regras do art. 11 da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé que arranha princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do Prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contém tanta gravidade. As deficiências pessoais e profissionais do chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo do ímprobo.

[...] Em resumo, numa leitura tópica e superficial, tem-se a impressão que o art. 11 da LIA resume o ato de improbidade à pura e simples quebra de legalidade. Não é bem assim. Se o escopo da LIA é regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ampliando o controle jurisdicional da probidade administrativa, impossível conceber a improbidade como mero contraste à lei. Nem toda ilegalidade perfaz improbidade. Assim fosse, o legislador simplesmente cuidaria da ilegalidade administrativa, não da improbidade. Com efeito, esta reclama um plus'. Há que se acrescer à ilegalidade a má-fé, que é a essência da imoralidade (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179/181).

E, por último, de Marcelo Figueiredo:

Grave problema que a lei encerra é o seguinte: sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode 'discrecionariamente' aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta de penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente [...]. Tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou ato de improbidade em suas variadas formas.

[...] Mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114/115).

Assim, pelos motivos acima expostos, empresto adesão ao voto da Ex.^{ma} Des.^a Relatora Áurea Brasil.

DES.^a LÍLIAN MACIEL SANTOS (JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA) - De acordo com a Relatora.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO APELATÓRIO E LHE NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O SEGUNDO VOGAL.

...

Reserva legal - Averbação - Cartório de Registro de Imóveis - Exigibilidade

Ementa: Constitucional. Ambiental. Ação civil pública. Averbação de reserva legal. Exigência mantida. Cartório do Registro de Imóveis.

- A obrigatoriedade de instituição e de averbação da reserva legal decorre de texto expresso de lei, independentemente da existência de floresta.

- O novo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 - não eliminou a obrigação do proprietário de efetuar a demarcação da reserva legal.

- Enquanto não for disciplinado e colocado em prática o Cadastro Ambiental Rural (CAR), é necessário que o proprietário realize a averbação da área de reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis, garantida a gratuidade do ato (art. 18, § 4º, da Lei nº 12.651/2012).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.11.014079-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Isma Gonçalves Tosta, Sebastião Silva Tosta e outro - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O 1º VOGAL.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Sebastião Silva Tosta e outra objetivando a regularização ambiental de imóvel rural.

Após regular contraditório, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes e condenados os réus a sanarem as irregularidades afetas à outorga para uso hídrico e cadastro de uso insignificante junto ao Igam; desacolhidos os pedidos relativos ao cadastro da reserva legal e licenciamento ambiental.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou fosse acolhido o apelo “quanto à obrigação de instituir a reserva legal” (f. 767); e, nesse aspecto, a sentença, de fato, comporta reforma, *data venia*.

Registro, de início, a falta de interesse de agir quanto à outorga para uso dos recursos hídricos ou ao cadastro de uso insignificante, reiterados nas razões de apelo, pois, quanto a esse aspecto, o pedido foi acolhido (f. 737 e 738).

Isso posto, tem-se que o art. 16 da Lei nº 4.771/65, com a redação dada pela MP nº 2.166-67, dispõe que:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

[...]

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

[...]

§ 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

§ 9º A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário.

Nesse sentido, a reserva legal compõe parte de terras de domínio privado e constitui verdadeira restrição do direito de propriedade, não sendo indenizável. Demais disso, não é excluída nas hipóteses em que o imóvel esteja coberto por pastagens ou monocultura, impondo-se, nesses casos, a recuperação da área pertinente: art. 16 e parágrafos da Lei nº 4.771/65 e art. 99 da Lei nº 8.171/99.

Por conseguinte, observa-se que é obrigação do proprietário rural - e decorrente de texto expresso de lei - instituir e demarcar a área de reserva legal com o apoio técnico do órgão ambiental local, no percentual de 20% de sua propriedade.

Nesse particular, enfatiza Paulo Affonso Leme Machado:

Reserva legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas.

[...]

O proprietário de uma Reserva olha para seu imóvel como um investimento de curto, médio e longo prazos. A Reserva Legal Florestal deve ser adequada à tríplice função da propriedade: econômica, social e ambiental. Usa-se menos a propriedade,

para usar-se sempre. A existência de uma Reserva Florestal, mais do que uma imposição legal, é um ato de amor a si mesmo e a seus descendentes.

[...]

A Reserva Legal Florestal 'deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis competente'. A averbação pode ser provocada 'por qualquer pessoa', segundo permite a Lei de Registros Públicos. Levando-se em conta que as florestas são 'bens de interesse comum a todos os habitantes do País' e que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado' (art. 225, *caput*, da CF), qualquer pessoa pode dirigir-se diretamente ao Cartório de Registro de Imóveis para informar-se sobre a existência da averbação da Reserva Legal Florestal. Independentemente de ser ou não proprietário da propriedade rural, qualquer pessoa e, portanto, o Ministério Público e as associações poderão promover o 'registro e a averbação, incumbindo-lhes as despesas respectivas', e desde que ofereçam elementos fáticos e documentais (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 755-776).

É desnecessário que a área contenha floresta ou outro tipo de vegetação nativa. A averbação da reserva legal visa proteger o meio ambiente e a vegetação que, existente ou não em determinado local da propriedade, possa significar remanescente para regeneração e desenvolvimento natural do meio ambiente ali existente.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Averbação de área de reserva legal. Art. 16, § 8º, da Lei 4.771/65 (Código Florestal). Exigência legal, mesmo para áreas onde não houver florestas. Recurso provido. 1. Exige-se, nos moldes do § 8º do art. 16 do Código Florestal, que a área de reserva legal seja averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no ofício de registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas naquele mesmo Código. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, interpretando a referida norma, concluiu que a averbação da área de reserva legal somente seria obrigatória em relação às áreas onde houvesse florestas, campos gerais ou outra forma de vegetação nativa. 3. O aludido dispositivo, no entanto, deve ser interpretado em conjunto com as demais disposições do Código Florestal, especialmente no que se refere às determinações do art. 44 do mesmo diploma legal. 4. É dever do proprietário ou possuidor de imóveis rurais, mesmo em áreas onde não houver florestas, adotar as providências necessárias à restauração ou à recuperação das formas de vegetação nativa, para se adequar aos limites percentuais previstos nos incisos do art. 16 do Código Florestal. 5. Tem-se, assim, que a exigência de averbação da reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no ofício de registro de imóveis competente, não se aplica somente às áreas onde haja florestas, campos gerais ou outra forma de vegetação nativa. 6. 'O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito que a Constituição assegura a todos (art. 225 da CF), tendo em consideração as gerações presentes e futuras. Nesse sentido, desobrigar os proprietários rurais da averbação da reserva florestal prevista no art. 16 do Código Florestal é o mesmo que esvaziar essa lei de seu conteúdo' (RMS 18.301/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de

03.10.2005). 7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para que, nos atos de transmissão de imóveis rurais realizados perante o Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de São Sebastião do Paraíso/MG, seja cumprida a norma prevista no § 8º do art. 16 do Código Florestal, a qual determina a averbação da área de reserva legal (RMS 22391/MG - Relatora: Ministra Denise Arruda - 1ª Turma - DJe de 03.12.2008).

Ressalto, ainda, que não impressionam as alterações impostas pelo Decreto nº 7.719/2012, tendo em vista que foi postergada a aplicação de sanções pelo descumprimento da obrigação de efetuar a averbação, o que não significa dizer que foi prorrogada ou questionada a legalidade da instituição da reserva legal.

A superveniência do novo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 - não altera a solução jurídica à lide.

Com efeito, o referido ato normativo manteve a obrigação de preservação da área de reserva legal, mas dispensou a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, caso haja registro no órgão ambiental competente por meio do Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Nesse sentido, a referida lei passou a dispor que:

Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

§ 1º A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, que, nos termos do regulamento, exigirá do proprietário ou possuidor rural:

I - identificação do proprietário ou possuidor rural;

II - comprovação da propriedade ou posse;

III - identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, também da localização da Reserva Legal.

§ 2º O cadastramento não será considerado título para fins de reconhecimento do direito de propriedade ou posse, tampouco elimina a necessidade de cumprimento do disposto no art. 2º da Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.

§ 3º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo.

Acerca da averbação da reserva legal, fez-se a seguinte previsão:

Art. 18. A Área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

[...]

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato.

Dentro desse novo modelo normativo, é necessário considerar que a delimitação da área de reserva legal constitui pressuposto essencial de preservação e defesa do meio ambiente.

Em se tratando de direito difuso e de terceira geração, compete ao Poder Público defender e assegurar a efetiva preservação ambiental, fiscalizando a correta implementação das medidas protetivas do bem jurídico em análise, como é o caso da área de reserva legal.

Nesse particular, a expressão “desejar fazer a averbação” não pode ser entendida como mera faculdade do proprietário, pois tão somente concede ao proprietário que proceder voluntariamente à averbação o direito à gratuidade do ato, sendo certo que não fica o Ministério Público impedido de obter tutela jurisdicional para conter eventual omissão daquele.

Outrossim, cumpre ressaltar que o novo Código Florestal não desobriga a averbação da reserva legal, apenas determina a desnecessidade de fazê-lo no Cartório de Registro de Imóveis quando existir o Cadastro Ambiental Rural.

Não foi extinta, pois, a obrigação de preservar a área de reserva legal, bem como de efetuar seu registro. A alteração diz respeito apenas ao procedimento de averbação e ao órgão competente para tanto.

Nesse sentido, o fato de ainda já ter sido criado o CAR não significa desprezar a averbação da reserva legal no prazo estabelecido no art. 29, § 3º, da Lei nº 12.651/2012.

Não seria razoável considerar que a exigência da reserva legal estaria suspensa em razão da impossibilidade de efetuar o registro no CAR, notadamente quando o art. 18, § 4º, da Lei nº 12.651/2012, estabelece que, no período transitório, é possível a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, inclusive de forma gratuita.

Além disso, enfatizo que

a reserva legal é criada pelo só efeito do artigo 12 do Novo Código Florestal, tendo existência *ex lege*. Contudo evidentemente a sua localização deverá ser definida casuisticamente, de acordo com o melhor interesse ambiental [...] (AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental: questões comentadas*, p. 227).

Por conseguinte, entendo que, se a averbação de reserva legal é obrigatória, enquanto não for criado o CAR, o pedido inicial deve ser acolhido, até porque, com a ausência da averbação, o proprietário poderá interferir no meio ambiente de maneira irresponsável, da forma como bem entender, o que não se pode admitir.

Ademais, considerando que o novo Código Florestal conferiu a gratuidade para aqueles que desejem averbar a reserva legal, não há falar em risco de dano inverso para os proprietários.

Muito pelo contrário, é possível dizer que a medida apenas se coaduna com todos os princípios que regem a proteção do meio ambiente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assinalo, também, que, em 23.04.2013, no âmbito do Procedimento de Controle Administrativo nº 0002118-22.2013.2.00.0000, foi ratificada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça a liminar que, a pedido do Ministério Público de Minas Gerais, reconheceu a obrigação legal de averbar no registro de imóveis as áreas de reserva legal.

A decisão liminar proferida pelo CNJ determinou a sustação dos efeitos da Orientação nº 59.512/2012 e do Provimento nº 242/2012 até decisão final do procedimento, sob o seguinte argumento:

A aplicação do princípio da preservação ao caso em tela não autoriza, portanto, outra interpretação que não a que exija dos proprietários, enquanto ainda não estiver plenamente em funcionamento o Cadastro Ambiental Rural, a averbação no Registro de Imóveis da Área de Reserva Legal.

E a liminar acima mencionada foi confirmada no julgamento em 24.02.2014.

Faço o registro, ainda, de que, em maio de 2014, foi publicado o ato normativo que implementa o CAR - Decreto nº 8.235/2014 e a Instrução Normativa nº 2/MMA que o concretiza e regulamenta sua operação -, tendo, inclusive, disponibilizado o domínio da internet que propicia o acesso e registro (www.car.gov.br).

Cumpre observar que, consoante o art. 29, § 3º, do Código Florestal, a inscrição no CAR passará a ser obrigatória após um ano de sua implantação (prorrogável por mais um ano). Nos termos do art. 64 da Instrução Normativa nº 2/2014, considera-se implantado o cadastro na data de sua publicação, ou seja, 06.05.2014. Todavia, o Ministério do Meio Ambiente, mediante a Portaria nº 100, de 04.05.2015, prorrogou o prazo em questão por mais um ano, “contado de 5 de maio de 2015.

Nessa ordem de ideias, até 05.05.2016, não é, ainda, obrigatório o registro da área de reserva rural no CAR, pelo que permanece obrigatória sua averbação na matrícula do imóvel, circunstância que reforça a procedência do pedido inicial também nesse aspecto.

Outrossim, no tocante ao licenciamento ambiental verifica-se que, como pontuado na sentença (f. 737-v.), não foi produzida prova acerca de atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras sendo exercidas naquele imóvel, cabendo salientar que o Ministério Público entendeu ser a matéria exclusivamente de direito, sendo desnecessária a dilação probatória (f. 734-v.).

Pontue-se, ainda, ter o réu apresentado, após a sentença, declaração emitida pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais (IEF/MG), segundo a qual

foi verificado que o porte e o potencial poluidor do empreendimento são inferiores àqueles mencionados na Deliberação Normativa Copam nº 74, de 9 de setembro de 2004, ou sua atividade não está enquadrada na referida Deliberação, e não faz parte do Anexo I da Resolução Conama nº 237, de 22 de dezembro de 1997, não sendo, portanto, passível de licenciamento, nem mesmo de autorização ambiental para funcionamento pelo Conselho Estadual de Política Ambiental - Copam (f. 741).

Certo que dita declaração ressaltou a necessidade de autorização para eventual intervenção em área de preservação permanente e supressão de vegetação, mas, ao lado de não ter sido provado que essa hipótese, ainda que esteja caracterizada naquele imóvel, seja adequada aos limites da ação ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do réu desta ação (f. 44/73).

Fundado nessas razões, dou provimento parcial ao apelo para reformar, em parte, a sentença e reconhecer a obrigatoriedade da averbação da área de reserva legal no registro de imóvel; prejudicado o apelo voluntário.

Em face do acolhimento de parte substancial do pedido, custas processuais, inclusive as deste recurso, pelos réus; incabível a verba honorária.

DES. WASHINGTON FERREIRA - Senhor Presidente, ousou divergir, em parte, do ilustre Relator.

Registra-se, por oportuno, que o instituto da reserva legal, por definição normativa, é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, com função de garantir o uso econômico e a reabilitação dos processos ecológicos e gerar a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (art. 3º, inciso III, da Lei nº 12.771/12).

Na verdade, esse instituto visa garantir a preservação da biodiversidade local, conter o desmatamento e incentivar as recuperações nas propriedades rurais que, muitas vezes, se encontram exploradas, reduzindo significativamente a capacidade produtiva.

O jurista Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito ambiental brasileiro*, esclarece que:

A Área de Reserva Legal tem como funções: (1) assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural; (2) auxiliar a conservação dos processos ecológicos; (3) auxiliar a reabilitação dos processos ecológicos; (4) promover a conservação da biodiversidade; (5) promover o abrigo da fauna silvestre e da flora nativa; (6) promover a proteção da fauna silvestre e da flora nativa. As funções mencionadas estão apontadas no art. 3º, III, da Lei 12.651, de 25.05.2012 (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 902).

Conclui-se, então, que o objetivo da reserva legal em propriedade privada é, na verdade, limitar a intervenção humana em seu espaço territorial, a fim de preservar o meio ambiente.

Sob a égide da redação original do Código Florestal, Lei federal nº 4.771, de 1965, para o proprietário rural era obrigatório averbar a reserva legal à margem da matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, a fim de dar publicidade irrestrita à situação do imóvel, conforme estabelecia o § 8º do seu art. 16, *in verbis*:

Art. 16. [...]

[...]

§ 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

Com o advento da Lei nº 12.651, de 2012, que instituiu o novo Código Florestal, revogando a Lei nº 4.771, de 1995, exteriorizou, de forma expressa, que a reserva legal somente seria obrigatória no Cadastro Ambiental Rural (CAR), eximindo os proprietários rurais da averbação na matrícula do imóvel. Senão vejamos:

Art. 18. A Área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei: [...].

Por sua vez, a Lei nº 12.727, de 2012, alterou o § 4º do mencionado art. 18, dispondo que:

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato.

De uma interpretação sistemática dos mencionados dispositivos, infere-se que a intenção do legislador constituinte, com o advento do novo Código Florestal, embora não tenha sido feliz ao colocar em xeque o princípio da segurança jurídica dos atos jurídicos, foi, de fato, tornar facultativa a averbação da reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis, afastando-se, portanto, a exigência prévia da mencionada averbação como condição para todo registro envolvendo imóveis rurais.

Nessa linha de orientação, trago novamente os ensinamentos do renomado jurista Paulo Affonso Leme Machado sobre registro da Área de Reserva Legal no Cadastro Ambiental Rural (CAR):

O Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, foi criado pela Lei 12.651/2012 como 'registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais

das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento' (art. 29).

[...]

A inscrição ou a averbação da área de Reserva Legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR gera a vedação da 'alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, [...]' (art. 18 da Lei 12.651/2012). A Lei 12.651/2012 somente muda o órgão em que se faz a inscrição da Reserva Legal, deixando de ser o Cartório do Registro de Imóveis para ser o CAR (f. 915).

Sobre o tema, o renomado mestre em Direito Ambiental, Júlio Cezar Lima Brandão, ao comentar o art. 18 do Código Florestal, preconiza que:

A partir do advento deste Código, a averbação da RLF à margem da matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, não é mais obrigatória, como acontecia no regime da revogada Lei 4.771/65.

Obrigatória, agora, é a inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), registro público eletrônico de âmbito nacional, de todas as propriedades e posses rurais, na forma disciplinada nos arts. 29 e 30 deste Código (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima. *Novo Código Florestal Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 179-180).

Incontestes, então, que o novo Código Florestal, expressamente, desobriga os proprietários de áreas rurais a procederem à averbação da reserva legal na matrícula do imóvel. Vale então dizer que, atualmente, a imposição será apenas da inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR).

E, nesse ponto, é sabido que, no âmbito de suas atribuições, o chefe do Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, instituindo o Cadastro Ambiental Rural (CAR), que consiste no registro público eletrônico de âmbito nacional, imposto para todos os imóveis rurais, a fim de integrar as informações ambientais das propriedades rurais, com o intuito de controlar, monitorizar, fiscalizar, dentre outras medidas protetivas ao meio ambiente, sendo que o proprietário terá o prazo de 1 (um) ano da implantação do CAR para providenciar o averbando registro (arts. 5º e 6º).

Nem se alegue que a obrigatoriedade da reserva legal permanece por força do art. 167, inciso II, item 22, e do art. 169, ambos da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015, de 1973, que dispõe sobre a obrigatoriedade da reserva legal no âmbito cartorário, pois o novo Código Florestal, sendo lei específica, que regula explicitamente os procedimentos atinentes à reserva legal, revogou implicitamente todos os dispositivos legais em contrário, inclusive a Lei estadual nº 14.309, de 2002, por força do art. 24, § 4º, da CR/88.

Não desconheço que a matéria é divergente nos Tribunais pátrios, inclusive neste Sodalício. Com efeito, filio-me à corrente que entende que a obrigatoriedade de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel não poderá ocorrer nem mesmo pelo período de implantação

do Cadastro Ambiental Rural (CAR), especialmente porque o § 4º do art. 18 do Código Florestal tratou, de forma inequívoca, da questão no período da vacância, ao dispor que o proprietário que "desejar" averbar a reserva legal de seu imóvel não terá qualquer gasto econômico.

Considerando-se, então, a desobrigação expressa da averbação, nem mesmo a não implantação desse novo registro ambiental (CAR), terá o condão de obrigar o proprietário a providenciar a averbação da reserva legal no registro imobiliário. Portanto, pela nova normatização, a área de reserva legal deverá ser registrada não mais no Cartório de Registro de Imóveis, mas sim perante o órgão ambiental competente por meio de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Feitas tais considerações pertinentes ao caso posto em juízo, evidentemente não se aplicam mais os prazos previstos na Lei nº 4.771, de 1965, independentemente da data do ajuizamento da ação, assim como a determinação da imediata averbação, devendo, então, ser observadas as disposições do novo Código Florestal, que entrou em vigência durante o processamento do feito.

Assim, sob o prisma analisado e, sobretudo, levando em conta o que dispõe o novo Código Florestal, afasta-se a necessidade da averbação da reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis.

Diante desse novo regramento normativo, até que o CAR seja implantado, o proprietário de gleba rural estava desobrigado de providenciar a averbação da reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis. Então, como o novo Código, as áreas de reserva legal devem ser registradas no Cadastro Ambiental Rural, não havendo mais a expressa exigência de sua averbação na matrícula do imóvel, conforme anteriormente previsto no antigo Código Florestal.

Essa providência, entretanto, só foi possível a partir da Instrução Normativa nº 2/MMA, de 6 de maio de 2014, que dispõe sobre os procedimentos para integração, execução e compatibilização do Sistema de Cadastro Ambiental Rural (Sicar) e define os procedimentos gerais do Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Ocorre que a Medida Provisória nº 724, de 4 de maio de 2016, que alterou a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, prorrogou a inscrição no CAR e a adesão ao Programa de Regularização Ambiental por mais 01 (um) ano, findando-se, então, em 5 de maio de 2017, o que, por evidente, inclui a obrigação prévia de medir, demarcar e reflorestar a área antes de se proceder ao seu registro no órgão competente.

Caso esse prazo não seja novamente prorrogado e caso os apelados não iniciem o procedimento de regularização de seu imóvel junto ao CAR, ficarão sujeitos à multa pelo órgão ambiental, tendo em vista que o cadastro é uma exigência da legislação ambiental e,

portanto, obrigatório a todos os proprietários de imóveis rurais, podendo o Ministério Público, aí sim, tomar as providências cabíveis. Reforma, aqui, o ato sentencial, já que não se mostra possível que o registro seja imposto coercitivamente por ordem judicial.

Mantenho, então, o ato sentencial.

É como voto.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o Relator.

DES. ARMANDO FREIRE (Presidente) - Resultado do julgamento na sessão de 09.08.16: "Julgamento suspenso para prosseguimento em próxima sessão, nos termos do art. 942 do NCPC, após o Relator e o Vogal darem parcial provimento ao recurso e o Revisor negar provimento".

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e EDGARD PENNA AMORIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Ação indenizatória - Responsabilidade civil - Veículo - Transferência - Infrações administrativas - Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ausência de nexo causal. Sentença mantida.

- Aquele que transfere veículo a terceiros, embora não seja o responsável pelas infrações administrativas cometidas após a tradição, pode, com sua conduta, determinar a produção dos danos sofridos, razão pela qual inexistente nexo entre o prejuízo e a conduta do revendedor de automóveis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.12.016811-9/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Vicente Augusto da Silva - Apelado: Luiz Carlos Teixeira Júnior - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - José Marcos Rodrigues Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação interposta da sentença (f. 90/95-TJ) que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vicente Augusto da Silva em face de Luiz Carlos Teixeira Júnior - EPP, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Inconformado, o autor interpõe recurso de apelação (f. 114/120-TJ), alegando, em síntese, que, a partir da negociação do veículo com o réu, deixa de ser responsável por eventuais multas e infrações de trânsito. Frisa que, como o réu não foi diligente, foi responsabilizado por infrações relativas ao veículo, o que culminou na não emissão de sua CNH definitiva. Narra que, em face disso, experimentou dificuldades de locomoção no trabalho, o que lhe causou danos materiais e morais.

Contrarrazões, às f. 123/128-TJ, pela manutenção da decisão.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de demanda na qual o regime da responsabilidade administrativa do antigo proprietário por multas e infrações anteriores é a causa de pedir da responsabilização civil do revendedor de automóveis.

Narra o autor que deu em pagamento um veículo ao réu para a aquisição de outro (contrato à f. 13-TJ). Salienta que, a partir daquele momento, deixou de ser responsável pelas infrações relativas ao veículo, conforme disposição contratual e a própria regência das normas consumeristas. Afirma que o réu somente transferiu o veículo ao novo proprietário muito tempo depois, quando já praticadas infrações, o que lhe trouxe prejuízos.

Nesse contexto, entendo que se devam separar os exames das modalidades de responsabilidade - a administrativa e a civil.

É válido ressaltar que, muito embora já tenha adotado solução diversa, no sentido de considerar a responsabilidade solidária do antigo proprietário em casos análogos (por exemplo, no julgamento da Apelação nº 1.0702.07.347072-7/001), este Relator entende pela necessidade de passar a abraçar o posicionamento já consolidado no STJ, no sentido de que a solidariedade prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro deve ser mitigada, de modo a afastar a responsabilidade do alienante, quando não haja dúvida de que a infração tenha sido cometida por terceiro adquirente, após a alienação e tradição do veículo.

Nesse diapasão, válido colacionar alguns outros julgados recentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, que, em casos análogos, assim decidiu:

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de registro de transferência junto ao Detran. Responsabilidade do antigo proprietário. Comprovação da venda. Regra do art. 134 do CTB mitigada. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental não provido. - 1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tendo em vista a notícia da transferência do veículo, embora tardia, inexistente a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas em momento posterior à tradição do bem. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 433.431/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 06.02.2014, DJe de 11.02.2014).

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Alienação de veículo automotor. Multas. Responsabilidade solidária do alienante. Interpretação mitigada do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro. Precedentes do STJ. Impossibilidade de revisão do conjunto probatório. Súmula 7/STJ. Agravo não provido. - 1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, 'comprovada a transferência da propriedade do veículo, afasta-se a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, mitigando-se, assim, o comando do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro (AgRg no REsp 1.024.8687/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe de 06.09.11). 2. Estando o acórdão recorrido em sintonia com o entendimento desta Corte, não merece prosperar a irresignação, incidindo o comando inserto na Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos interpostos pela alínea a. 3. Tendo o Tribunal *a quo*, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluído que a autoridade administrativa foi identificada da transferência de propriedade do veículo, em data anterior ao cometimento das infrações, rever tal entendimento encontra óbice no Enunciado Sumular 7/STJ. 4. Agravo não provido (AgRg no AREsp 101.484/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. em 21.08.2012, DJe de 20.09.2012).

No mesmo sentido, já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Venda veículo. Ausência de registro no órgão competente. Transferência comprovada. Precedentes do STJ. - Conforme entendimento recente do STJ, ao qual presto adesão a partir deste julgamento, comprovada a transferência do veículo, independentemente de registro, mitiga-se o disposto no art. 134 do CTB, afastando a responsabilidade solidária do vendedor quanto às penalidades (TJMG - Apelação Cível 1.0433.09.272023-7/003, Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, j. em 20.03.2014, p. em 31.03.2014).

Apelação. Multa de trânsito. Veículo alienado anteriormente à data da infração. Antigo proprietário. Transferência do registro no Detran. Data posterior. Irrelevância. Indenização. Ausência de comprovação do nexo causal. Improcedência do pedido. Sentença mantida. - Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade solidária pelas multas de trânsito entre o novo e o antigo proprietário, prevista no art.134 do CTB, vem sendo mitigada à luz das especificidades do caso concreto. - Demonstrada a alienação do veículo em data anterior à infração de trânsito, não se pode impor a responsabilidade pela multa ao antigo proprietário, impedindo a obtenção de sua CNH definitiva, ainda

que o veículo tenha permanecido registrado em seu nome no Departamento de Trânsito, posto que a propriedade de veículo se transfere pela simples tradição. - Tanto no âmbito da responsabilidade objetiva quanto da subjetiva, diante da ausência de demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano, não há falar em dever de indenizar. Recursos não providos (Apelação Cível 1.0024.10.210568-1/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. em 25.04.2013, p. em 10.05.2013).

Assim, é de se reputar antijurídica a responsabilização administrativa do autor pelas infrações cometidas pelo terceiro adquirente após a tradição do bem, o que deve ser buscado na via própria.

Contudo, quanto à responsabilidade civil, entendendo que a solução deva ser diversa.

É que, quanto a este ponto, sobreleva a desídia do próprio autor, que não se resguardou adequadamente, promovendo a imediata transferência do bem.

Se, de um lado, não é de ser imputada ao autor a responsabilidade administrativa - pois não concorreu para a infração de trânsito -, aqui a situação é diferente, pois o dano civil alegado decorre exclusivamente de sua conduta.

Frise-se que a incidência das normas consumeristas - invocadas genericamente na espécie - não implica responsabilização universal dos fornecedores, visto que o próprio CDC prevê a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, II) como excludente de responsabilidade.

E, *in casu*, a causa eficiente do dano alegado liga-se tanto à conduta do autor - que não foi diligente - como a do terceiro adquirente do veículo, que praticou infrações de trânsito. Em outras palavras, não há nexo de causalidade relativamente à conduta do réu.

Ademais, também é do autor a conduta determinante para mitigar ou corrigir o dano, qual seja a propositura de ação em face do órgão de trânsito para corrigir as autuações, na linha do entendimento jurisprudencial aqui coligido.

Assim, não há falar em reforma da sentença no caso concreto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo autor, suspensas, pois litiga sob o pálio da justiça gratuita. Arcará também com honorários recursais fixados em R\$500,00 nos termos do art. 85, § 11, do CPC de 2015.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES APARECIDA GROSSI e PEDRO ALEIXO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cautelar de exibição de documentos - Incêndio - Documento comum - Honorários sucumbenciais

Ementa: Apelação. Ação de exibição de documentos. Apresentação de contrato. Inocorrência. Alegação de incêndio nos arquivos do banco demandado. Microfilmagem. Resolução nº 913/84 do Banco Central do Brasil. Ônus da sucumbência. Aplicação do princípio da causalidade. Sentença monocrática mantida.

- A alegação do banco demandado de que houve um incêndio no estabelecimento da empresa responsável pelo arquivamento de seus documentos não afasta a responsabilidade de sua exibição por ele, uma vez que, conforme a Resolução 913/84 do Banco Central do Brasil, aquele deve manter a microfilmagem de todos os seus documentos, em local de segurança distinto de onde se encontram os arquivos físicos.

- A parte que recusa apresentar documentos dá causa ao ajuizamento da ação exorbitante e, por conseguinte, deve arcar com os ônus da sucumbência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.019749-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Intermedium S.A. - Apelada: Terezinha Aparecida Leite - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - Rogério Medeiros - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos em epígrafe sobre ação cautelar de exibição de documentos proposta por Terezinha Aparecida Leite, em face de Banco Intermedium S.A., aduzindo a autora, ora apelada, na peça exordial de f. 02/07, que celebrou contrato de financiamento com o banco réu, ora apelante; que, no momento em que assinou as vias de tal contrato, o empregado do banco réu, ora apelante, lhe disse que ficaria com ambas, pois precisavam ser assinadas pelos representantes legais da instituição financeira ora demandada; que ela, ao perceber que não receberia a sua via de tal avença, foi à filial de tal banco na cidade de Juiz de Fora para obter sua via de tal avença; que, chegando ao local, foi informada de que dita cópia somente estava disponível na sede do banco ora recorrente, localizada nesta Capital; que, desse modo, a apelada notificou o

banco réu, ora apelante, para que o banco lhe fornecesse a sua via de tal avença, sendo baldada a sua tentativa nesse sentido; que a apelada acreditava que o banco réu, ora apelante, embutira a cobrança de vários encargos abusivos no contrato mencionado alhures, razão pela qual necessitava ter acesso à sua cópia. Requeveu, por fim, dentre outros pedidos de praxe, que fosse exibido o contrato supramencionado em juízo, bem como outros documentos necessários à apuração da evolução do débito, e que lhe fosse deferido o pálio da gratuidade da justiça.

O pálio da gratuidade da justiça foi deferido à autora, ora apelante, à f. 15 destes autos.

Mediante a prolatação da r. sentença monocrática de f. 64/64-v., o nobre Magistrado singular a quo julgou procedentes os pedidos exordiais.

Em seu apelo de f. 72/78, o banco réu, ora apelante, pugnou pelo reconhecimento da impossibilidade de exibição judicial dos documentos requeridos na peça exordial deste feito, sob a alegação de que o arquivo em que se encontrava sua cópia fora incendiado, conforme boletim de ocorrência que carreteou aos autos em epígrafe, que o apelante só pode apresentar o “extrato do contrato”, o “comprovante de pagamento” e a “autorização pra desconto em folha de pagamento”; que tal fato não foi levado em consideração pelo douto Magistrado singular na fundamentação da r. sentença monocrática ora vergastada; que competia à autora, ora apelada, a prova de que o teor de tal “boletim de ocorrência” era inverídico; que o apelante não deve arcar com o pagamento dos ônus da sucumbência, visto que o pedido administrativo realizado pela autora, ora apelada, é irregular.

Preparo regular, f. 85/86.

Nas suas contrarrazões de f. 91/98, a autora, ora apelada, pugnou, em síntese, pela manutenção da r. sentença monocrática ora vergastada, tal como foi lançada nestes autos.

É o relatório.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não havendo preliminares a serem examinadas, adentro o mérito da questão posta ao meu julgamento.

Compulsando os autos em epígrafe, vejo que razão não assiste ao banco réu, ora apelante, no que concerne à sua insurgência em relação ao teor da r. sentença monocrática ora vergastada. Senão, vejamos.

Com efeito, a obrigação de apresentar o contrato e a planilha solicitados decorre da existência de relação negocial entre a autora, ora apelada, e o banco réu, ora apelante, tratando-se de documentos comuns às partes ora litigantes, conforme previsão do art. 844, II, do hoje ab-rogado CPC de 1973 (que era a lei aplicável ao caso ora sob exame, quando de seu julgamento), não podendo haver recusa à sua exibição.

Sobre o tema, o eminente jurista Humberto Theodoro Júnior leciona, *verbis*:

Documento comum não é, assim, apenas o que pertence indistintamente a ambas as partes, mas também o que se refere a uma situação jurídica que envolva ambas as partes, ou uma das partes e terceiro. É o caso, por exemplo, do recibo em poder do que pagou, mas que interessa também ao que recebeu; o da via do contrato em poder de um contraente quando o outro perdeu a sua; ou das correspondências em poder do destinatário nos contratos ajustados por via epistolar (*Curso de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 481).

No caso dos autos, a exibição tem por objetivo permitir que o interessado, tendo acesso aos documentos, possa examiná-los, atestando seu direito e verificando a viabilidade da propositura da ação principal.

Ressalte-se que a ocorrência de incêndio nas dependências do banco réu, ora apelante, não é capaz de elidir sua obrigação de exibir o documento pretendido pelo apelado, porquanto a instituição financeira tem o dever de manter a microfilmagem de todos os seus documentos, conforme dispõe a Resolução nº 913/84 do Banco Central do Brasil.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência, *mutatis mutandis*:

Apelação cível. Cautelar de exibição de documentos. Princípio da causalidade. Pedido administrativo. Ajuizamento da ação. Prazo inferior a 30 dias. Contrato de financiamento. Ausência. Incêndio. Dever de guarda. Ônus sucumbenciais. - I - Pelo princípio da causalidade, aquele que deu motivo ao ajuizamento da ação deve arcar com os ônus sucumbenciais. II - Na cautelar de exibição de documentos, a parte deve aguardar prazo mínimo de 30 dias, do pedido administrativo, para ajuizar ação contra a instituição financeira. III - Se os documentos pretendidos, em ação de exibição de documentos, não forem apresentados em sede de contestação, deverá o réu ser condenado nas custas processuais e honorários advocatícios. IV - As instituições financeiras são obrigadas a manter a microfilmagem dos documentos comuns às partes, conforme preconizado na Resolução nº 913, de 5 de abril de 1984, do Banco Central do Brasil. V - A fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, quando inexistente qualquer condenação, deve reger-se segundo a apreciação equitativa do juiz - inteligência do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, devendo o julgador estar atento ao que prescreve as normas das alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo. VI - Recurso não provido (Apelação Cível 1.0153.13.001786-3/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10. Câmara Cível, j. em 15.07.2014, p. em 25.07.2014).

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Incêndio. Resolução 913/84 do Banco Central, responsabilidade da instituição financeira não elidida. - De acordo com a Resolução 913/84 do Banco Central, não fica elidida a obrigação da instituição bancária de exibir o contrato celebrado entre as partes após o incêndio havido em seus arquivos, uma vez que necessário o arquivo de segurança em local diverso. Não estando preclusa a pretensão da parte de ver os documentos exibidos, necessário manter os documentos em arquivo (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.161384-6/001,

Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, j. em 30.01.2014, p. em 10.02.2014).

Sobre o tema também já tive oportunidade de decidir a respeito, *mutatis mutandis*:

A alegação da financeira de que houve um incêndio no estabelecimento da empresa responsável pelo arquivamento de seus documentos não afasta a responsabilidade de exibição do banco, uma vez que, conforme a Resolução 913/84 do Banco Central, a financeira deve ter a microfilmagem de todos os seus documentos (Apelação Cível nº 1.0707.11.011469-1/001. Rel. Des. Rogério Medeiros, 14. Câmara Cível, DJ de 31.10.2013).

Em consequência do que foi asseverado até aqui, resta evidente que não tem como ser albergado o pleito seguinte do banco réu ao apelante, qual seja de que ele seja eximido do pagamento das verbas da sucumbência, visto que, não tendo cumprido com a sua obrigação de exibir, em juízo, o contrato e os outros documentos mencionados alhures, obrigou a autora, ora apelada, a ajuizar ação judicial para obtê-los, razão pela qual, em homenagem ao princípio da causalidade, deve o ora recorrente arcar com os ônus processuais resultantes de sua recalcitrância nesse sentido.

Isso posto, pelas razões acima expendidas, mantendo a r. sentença monocrática de f. 64/64-v., por seus próprios e excelentes fundamentos, nego provimento ao apelo de f. 72/78.

Custas recursais, pelo banco réu, ora apelante. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Auxílio-acidente - Aposentadoria por invalidez - Cumulação de benefícios previdenciários - Valor recebido indevidamente pelo segurado - Repetição - Boa-fé - Proteção da confiança - Inércia da Administração Pública - Verba de caráter alimentar

Ementa: Ação de restabelecimento de benefício previdenciário. Devolução de valor recebido indevidamente por erro da Administração Pública. Inércia da autarquia previdenciária. Princípio da boa-fé. Proteção da confiança. Verbas alimentares. Relativização do art. 115, II, da Lei nº 8.213/91.

- Em que pese o disposto no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, a jurisprudência tem relativizado a apli-

cação da referida norma, em razão do caráter alimentar das verbas previdenciárias, afastando o dever de repetição das verbas recebidas indevidamente pelo segurado, quando recebidas de boa-fé.

V.v.: - Se o benefício de auxílio suplementar é deferido na vigência da Lei nº 6.367/76, mas a aposentadoria ocorre somente na vigência da Lei nº 8.213/91, é possível a cumulação de tais benefícios, ante a incorporação do auxílio-suplementar pelo auxílio-acidente e o caráter vitalício deste, consoante dicção da Lei nº 8.213/91, até a vigência da Lei nº 9.528/97.

- Se o benefício previdenciário é recebido indevidamente, impõe-se a repetição do valor percebido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.12.020315-0/001 - Comarca de Ipatinga - Apelantes: 1º) Instituto Nacional do Seguro Social; 2º) Sebastião Nicomedes Fabiano - Apelados: Instituto Nacional do Seguro Social, Sebastião Nicomedes Fabiano - Relator: DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - Álvares Cabral da Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, às f. 49, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

O presente recurso trata de apelação interposta contra decisão de f. 49/51, proferida nos presentes autos que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para obstar a repetição do valor percebido pela parte autora indevidamente.

Em suas razões recursais, às f. 56/63, a parte primeira apelante sustentou ser devida a reforma parcial da sentença, pois não poderia ser vedada a repetição do indébito. Discorreu sobre a caracterização do enriquecimento ilícito. Apontou a existência de previsão normativa expressa que arrimaria a devolução do que fora equivocadamente pago à parte autora, art. 91 da Lei nº 8.212/91 e art. 115, II, da Lei nº 8.213/91 c/c art. 154, II, § 3º, do Decreto nº 3.048/99. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Em suas razões recursais, às f. 65/69, a parte segunda apelante sustentou ser devida a reforma da sentença, pois teria direito ao recebimento do auxílio-acidente, tendo em vista o consolidado entendimento de que norma superveniente não alcança direito adquirido, logo poderia cumular

aposentadoria com o auxílio-acidente. Destacou, ainda, que teria direito quanto ao cômputo do valor percebido a título de auxílio-acidente como salário contribuição para fins de cálculo de sua aposentadoria. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Ofertada vista às partes, somente a parte autora apresentou contrarrazões.

Este é o breve relatório.

Circa merita.

Inicialmente, afianço que o presente recurso é julgado com lastro nas normas do CPC de 1973, tendo em vista o Enunciado nº 54 do TJMG, ex vi: “Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos”.

Sendo a matéria tratada no primeiro apelo prejudicial à versada no segundo, inverte a ordem de julgamento.

Do segundo apelo.

Inicialmente, deve ser feito esclarecimento sobre a natureza dos auxílios suplementar e acidente.

O primeiro é devido em razão de acidente de trabalho que enseje, após a consolidação das lesões, perda anatômica ou redução da capacidade laborativa para o exercício da atividade que era praticada pelo empregado, contudo sem impedir seu retorno à mesma. Nela o funcionário continua seu labor, na mesma função, contudo deve despendar maior esforço, recebendo, a título de compensação, tal benefício.

Por outro lado, o benefício acidente é devido em razão de acidente de trabalho que enseje, após a consolidação das lesões, perda anatômica ou redução da capacidade laborativa para o exercício da atividade que era praticada pelo empregado de maneira absoluta. Nela o funcionário muda de labor ou função, já que incapacitado a continuar no anterior, recebendo, a título de compensação, tal benefício.

A cumulação de auxílio-suplementar com aposentadoria na vigência da Lei nº 6.367/76 era vedada, mas quanto ao auxílio-acidente não existia esse impedimento, já que vitalício, ex vi:

Art. 6º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício de atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal, vitalício e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de previdência social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do art. 5º desta lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

§ 2º A metade do valor do auxílio-acidente será incorporada ao valor da pensão quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho.

§ 3º O titular do auxílio-acidente terá direito ao abono anual. [...]

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como sequelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do art. 5º desta lei, observando o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão.

Constato que, no caso, o auxílio-suplementar foi concedido durante a vigência de tal diploma legal, todavia a aposentadoria o fora na vigência da Lei nº 8.213/91, diploma legal que não mais previu aquele benefício, mas apenas o auxílio-acidente e doença.

Na realidade, não houve a singela supressão do auxílio-suplementar, estabelecendo-se uma lacuna legislativa, mas sim a sua incorporação pelo auxílio-acidente, já que este, consoante dicção legal, passou a abarcar tanto a hipótese de mera limitação para o exercício da função, como a de incapacidade para a mesma, o que se abstrai da redação original do artigo em questão, bem como da atual, *in verbis*:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar sequela que implique:

I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente, às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário de contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário de benefício (redação revogada).

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

[...]

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

(redação em vigor)

Logo, todo auxílio-suplementar passou a ser tratado, com o início da vigência da Lei nº 8.213/91, como auxílio-acidente, o qual era vitalício até o advento da Lei nº 9.528/97, como se abstrai do § 1º do art. 86 supracitado.

Contextualizada a questão inerente ao auxílio-suplementar e ao auxílio-acidente, necessário se faz fazer esclarecimento sobre a natureza do auxílio-acidente e da aposentadoria.

O auxílio-acidente é destinado àqueles que, apesar de terem sofrido limitação definitiva em sua capacidade produtiva, não chegaram a se tornar inválidos. O escopo de tal benefício é realizar a recomposição, em pecúnia e de maneira proporcional, da perda da aptidão laborativa originária do acidente.

Já a aposentadoria por invalidez é destinada a quem foi acometido por limitação que reduziu de maneira significativa ou total sua capacidade de trabalho. Nesse caso, o escopo é realizar a substituição da perda da capacidade de trabalho.

A ontologia de tais benefícios, por si só, permite que se conclua pelo impedimento de sua cumulação, pois ou uma pessoa encontra-se inválida, pelo que não lhe assiste o direito ao recebimento do auxílio-acidente, pois não lhe restou capacidade laborativa, ou, se esta não fora limitada de maneira substancial, é indevida a aposentadoria, sendo de direito a concessão do auxílio-acidente.

Os benefícios em comento têm caráter, um relativamente ao outro, supletivo e não complementar, sendo exatamente isso que se conclui da exegese do art. 6º da Lei nº 6.367/76, parágrafo único, e art. 9º, parágrafo único, do mesmo diploma legal, que vigiam à época, bem como do art. 86 da Lei nº 8.213/91, § 3º, suso transcritos

No caso, alega a parte apelante que o fato gerador do auxílio-acidente é anterior à alteração legislativa trazida pela Lei nº 9.528/97 à Lei nº 8.213/91, que estabeleceu a vedação à cumulação de tais benefícios, portanto teria direito à concessão de ambos.

Ora, primeiramente, deve ser dito que a aposentadoria da parte autora ocorreu já na vigência da atual redação do art. 86 da Lei nº 8.213/91, atribuída pela Lei nº 9.528/97, e não antes, assim não há falar em direito adquirido.

Logo, se, quando do reconhecimento da aposentadoria, a proibição já existia, não se pode cumular os benefícios.

Para se adotar entendimento contrário, necessário que os fatos geradores de ambos os benefícios sejam anteriores à Lei nº 9.528/97, pois, nessa hipótese, o direito à cumulação ter-se-ia se incorporado ao

patrimônio jurídico da parte autora, naquela época, e o fato de somente exercê-lo em momento futuro não seria empecilho ao seu gozo.

Todavia, não fora isso que ocorreu no caso em estudo, pois o direito à aposentadoria somente emergiu após a alteração legislativa, logo não há falar em cumulação.

A questão em tela já fora, inclusive, objeto de recurso repetitivo, tendo o STJ, como acima exposto, *in verbis*:

Previdenciário. Acumulação de benefícios. Lesão que deu origem ao auxílio-suplementar (benefício acidentário) e aposentadoria anteriores à alteração do art. 86 da Lei nº 8.213/91. Possibilidade. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.296.673/MG, Rel. Min. Herman Benjamim, sob o regime do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento no sentido de que é possível a acumulação de auxílio-suplementar (auxílio-acidente) com aposentadoria, desde que a lesão que deu origem ao benefício acidentário e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.213/1991. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 317.316/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 17.12.2013, DJe de 04.02.2014).

Logo, não há falar em recebimento de auxílio-acidente. Do primeiro apelo.

No caso em estudo, a meu sentir e ver, deve ser acolhido o pleito recursal.

Desse modo, entendo por que, como restou consignado na sentença, com o advento da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, a parte autora não mais tinha direito ao recebimento do auxílio-acidente, pois, quando da concessão daquela, não mais era permitida a cumulação de tais benefícios.

Logo, o pagamento realizado pelo INSS fora encaixado à margem da Lei, já que não possui lastro normativo.

Noto que a Lei nº 8.212/91, art. 91, e a Lei nº 8.213/91, art. 115, II, preveem, de maneira expressa, a possibilidade de descontos de crédito da Previdência Social decorrentes de pagamento indevidos por ela realizados, *ex vi*:

Art. 91. Mediante requisição da Seguridade Social, a empresa é obrigada a descontar, da remuneração paga aos segurados a seu serviço, a importância proveniente de dívida ou responsabilidade por eles contraída junto à Seguridade Social, relativa a benefícios pagos indevidamente.

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

[...]

II - pagamento de benefício além do devido;

[...].

No caso, restou transitado em julgado o capítulo da sentença que reconheceu a inexistência do direito ao recebimento do auxílio-acidente, após a concessão da aposentadoria.

Logo, inafastavelmente, os valores solvidos a tal título são indevidos, pelo que emerge cristalino o dever da parte autora, ora apelada, de devolvê-los.

A forma de devolução encontra-se expressamente prevista em norma que trata, especificamente, da questão, qual seja o art. 154, II, § 3º, do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:

Art. 154. O Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício:

[...]

II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º ao 5º;

[...]

§ 3º Caso o débito seja originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, atualizado nos moldes do art. 175, devendo cada parcela corresponder, no máximo, a trinta por cento do valor do benefício em manutenção, e ser descontado em número de meses necessários à liquidação do débito.

[...].

Ademais, sobre o valor devido deverá incidir, tão somente, correção monetária, pois não houve prática de ato ilícito por parte do beneficiário. O pagamento indevido ocorreu por erro implementado pela administração, logo nenhuma responsabilidade pode ser imputada àquele. A devolução se impõe, tão somente, para que não caracterize enriquecimento ilícito, pois houve o recebimento do que é indevido.

Logo, não se pode tolerar a incidência de juros, já que, para tanto, há que se implementar ato ilícito, o que não ocorreu.

Nessa linha de raciocínio, o art. 175 do Decreto nº 3.048/99, *verbo ad verbum*:

Art. 175. O pagamento de parcelas relativas a benefícios efetuado com atraso, independentemente de ocorrência de mora e de quem lhe deu causa, deve ser corrigido monetariamente desde o momento em que restou devido, pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do RGPS, apurado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.

Dispositivo.

Ex positis, dou provimento ao primeiro apelo e nego ao segundo para reformar parcialmente a sentença de modo a julgar improcedentes os pedidos exordiais.

Condeno a parte autora, ora apelada, a solver as custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais no valor de R\$1.000,00, todavia suspendo a exigibilidade de tal condenação por litigar sob os auspícios da justiça gratuita.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu entendimento.

A proteção à confiança depositada pelos administrados nos atos dos entes públicos encontra amparo no

princípio da segurança jurídica e na aplicação do princípio da boa-fé no direito administrativo.

A inércia da Administração Pública por quase três décadas criou no administrado legítima expectativa do direito à verba previdenciária recebida, não se podendo exigir-lhe a restituição.

Em que pese o disposto no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, a jurisprudência tem relativizado a aplicação da referida norma, em razão do caráter alimentar das verbas previdenciárias, afastando o dever de repetição das verbas recebidas indevidamente pelo segurado, quando recebidas de boa-fé.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Civil. Previdência privada. Prescrição e transação. Extrajudicial. Falta de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Assistido. Valores recebidos indevidamente. Norma do regulamento. Má aplicação. Erro da entidade de previdência complementar. Correção do ato. Devolução das verbas. Desnecessidade. Caráter alimentar. Boa-fé do beneficiário. Aparência de legalidade e definitividade do pagamento. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o pagamento a maior realizado pelo ente de previdência privada, seja por exclusiva inércia, seja por erro na interpretação e na aplicação de ato normativo, enseja o desconto das diferenças nas parcelas vincendas do benefício previdenciário complementar do assistido. 2. Apesar de os regimes normativos das entidades abertas e fechadas de previdência complementar e da Previdência Social diferirem entre si, possuindo cada qual especificidades intrínsecas e autonomia em relação à outra, o mesmo raciocínio quanto à não restituição das verbas recebidas de boa-fé pelo segurado ou pensionista e com aparência de definitividade deve ser aplicado, a harmonizar os sistemas. 3. Não só os pagamentos dos benefícios da previdência pública, mas também os da previdência privada devem reger-se pelo postulado da boa-fé objetiva. Logo, se restar configurada a definitividade putativa das verbas de natureza alimentar recebidas pelo assistido, que, ao invés de ter dado causa ou ter contribuído para o equívoco cometido pelo ente de previdência complementar, permaneceu de boa-fé, torna-se imperioso o reconhecimento da incorporação da quantia em seu patrimônio, a afastar a pretensa repetição de indébito ou a alegação de enriquecimento ilícito. 4. Os valores recebidos de boa-fé pelo assistido, quando pagos indevidamente pela entidade de previdência complementar em razão de interpretação equivocada ou de má aplicação de norma do regulamento, não estão sujeitos à devolução, pois se cria falsa expectativa de que tais verbas alimentares eram legítimas, possuindo o contrato de previdência privada tanto natureza civil quanto previdenciária. 5. Hipótese diversa é daqueles casos envolvendo a devolução de valores de benefícios previdenciários complementares recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada, pois, nessas situações, prevalecem a reversibilidade da medida antecipatória, a ausência de boa-fé objetiva do beneficiário e a vedação do enriquecimento sem causa. 6. Recurso especial não provido (REsp 1626020/SP. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 08.11.2016, DJe de 14.11.2016).

Também com esse entendimento consolidam-se os julgados nos Tribunais:

Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Concessão indevida. Erro da administração. Boa-fé do segurado. Devolução. Descabimento. Caráter alimentar. Sentença reformada.

1. O poder de autotutela conferido à Administração Pública para rever seus atos quando eivados de vícios não é absoluto, vez que lhe é vedado, ainda que existentes irregularidades, desconstituir unilateralmente atos que tenham integrado o patrimônio jurídico do administrado. 2. *In casu*, observo que a parte autora foi devidamente comunicada da suposta irregularidade na concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso, em respeito ao direito de ampla defesa e contraditório, sendo, portanto, plenamente possível o cancelamento pretendido pelo INSS. 3. A jurisprudência dos Tribunais pátrios tem se firmado no sentido de que, em se tratando de benefício previdenciário, que possui natureza alimentar, afigura-se descabida a devolução de valores recebidos de boa-fé pelo administrado, decorrentes de erro da Administração, como no caso dos autos. Precedentes desta Corte. 4. Não há que se falar, todavia, em devolução das parcelas que eventualmente já tiverem sido descontadas, tendo em vista que o pagamento indevido não faz surgir obrigação em sua repetição. Precedente desta Corte. 5. Apelação da autora parcialmente provida para afastar a devolução de valores pagos a título de amparo assistencial (AC 0002312-24.2015.4.01.3826/MG, Rel.ª Des.ª Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Primeira Turma, e-DJF1 de 06.07.2016).

Processual civil. Restituição de benefícios indevidos. Ilegitimidade da união. Previdenciário. Devolução das diferenças apuradas após inquérito que apurou vício. Impossibilidade. Natureza alimentar. Boa-fé. Mitigação do art. 115 da Lei nº 8.213/91. 1. Mantida a ilegitimidade passiva da União para a causa, uma vez que é responsabilidade do INSS o pagamento dos proventos a título de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência e cabe também ao INSS o ressarcimento de eventuais pagamentos indevidos. 2. Embora o art. 115, II, § 2º e parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 estabeleça a possibilidade de desconto, de forma parcelada, de quantia decorrente do pagamento indevido de benefício, desde que inexistir má-fé em seu recebimento, a literalidade dos dispositivos mencionados é mitigada pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos da jurisprudência do STF. 3. O recebimento de benefício previdenciário por erro da Administração não permite repetição quando da sua revogação se não está demonstrada a má-fé do beneficiário. Aplicação analógica das Súmulas AGU nº 72 e nº 34. 4. O erro na contagem do tempo de serviço é atribuível unicamente ao INSS, não devendo o beneficiário ser responsabilizado, visto que agiu presumivelmente de boa-fé, a má-fé não foi provada e o benefício tem natureza alimentar. Abstenção do INSS de cobrar os valores pagos a título de aposentadoria. Parcial reforma. 5. Condenação do INSS em honorários fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, CPC, conforme o grau de complexidade da causa e apreciação equitativa, em observância ao REsp Repetitivo 1.155.125-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10.03.2010, 1ª Seção STJ; ao EREsp 624.356-RS, Rel. Min. Nilson Naves, julgados em 17.06.2009, Corte Especial do STJ; EREsp 637.565-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgados em 03.12.2008, Corte Especial do STJ; EREsp 665.107-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgados em 14.02.2007, 1ª Seção do STJ; EREsp 491.055-SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgados em 20.10.2004, Corte Especial do STJ, que reafirmaram a especificidade do § 4º do art. 20 do CPC frente ao art. 20, § 3º, CPC, na hipótese de sucumbência da Fazenda Pública. Voto vencido do

Relator. 6. No entendimento da maioria, Dr. Rodrigo Rigamonte e Dr.^a Angela Catão, a verba honorária a ser paga pelo INSS deve ser sempre fixada em 10% da condenação, limitada pela súmula STJ 111, nos termos do art. 20, § 3º, CPC. 7. Apelação do INSS não provida e apelação do autor provida (AC 0001234-22.2005.4.01.3801/MG, Rel. Juiz Federal Marcio José de Aguiar Barbosa, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, e-DJF1 de 14.03.2016).

Logo, conclui-se no sentido de reconhecer a procedência em parte do pedido inicial, nos termos da sentença, para declarar a nulidade da cobrança dos valores recebidos indevidamente.

Pelo exposto, nego provimento a ambos os recursos.

DES.^a MARIÂNGELA MEYER - Peço vênia ao douto Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo eminente Primeiro Vogal.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica assumiu especial relevância recentemente no âmbito do direito administrativo, como forma de proteção à confiança depositada pelos administrados nos atos dos entes públicos.

Sobre o tema nos ensina Maria Sílvia Zanella Di Pietro em seu *Curso administrativo*:

Demonstra o jurista que esse princípio tem sido tratado no direito brasileiro como princípio da segurança jurídica. E, na realidade, trata-se de princípio que corresponde ao aspecto subjetivo da segurança jurídica.

[...]

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros. No direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança; pelo menos não com essa designação, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico. O que está previsto expressamente é o princípio da segurança jurídica (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88).

Decorre também do princípio da segurança jurídica a aplicação do princípio da boa-fé no direito administrativo, protegendo os administrados quando tiverem atuado de maneira leal:

O princípio da boa-fé começou a ser aplicado no direito administrativo muito antes da sua previsão no direito positivo, o que veio a ocorrer com a Lei federal nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No art. 22, parágrafo único, IV, a lei inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a 'atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé'. Também está previsto no art. 42, II, que insere entre os deveres do administrado perante a Administração o de 'proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé'.

Na Constituição, o princípio não está previsto expressamente, porém pode ser extraído implicitamente de outros princípios,

especialmente do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais (arts. 15, V, 37, § 42, 85, V).

[...]

O princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé.

Há quem identifique o princípio da boa-fé e o da proteção à confiança. É o caso de Jesús González Perez, em sua obra sobre *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Na realidade, embora, em muitos casos, possam ser confundidos, não existe uma identidade absoluta. Pode-se dizer que o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado. Ambos devem agir com lealdade, com correção. O princípio da proteção à confiança protege a boa-fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se mantêm atos ilegais ou se regulam os efeitos pretéritos de atos inválidos (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87/89).

No caso concreto, entendo que não se pode admitir que o erro da administração, que se manteve inerte por quase 30 anos, criando no administrado a legítima expectativa de que faria jus à verba previdenciária recebida, simplesmente determine a restituição de tal verba depois de tanto tempo.

Nesse contexto, não obstante o disposto no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, a jurisprudência pátria tem mitigado a aplicação da referida norma, notadamente em virtude da natureza alimentar das verbas previdenciárias, afastando o dever de repetição das verbas recebidas indevidamente pelo segurado, quando de boa-fé.

Nesse sentido, há julgados do TRF da 1ª Região em casos semelhantes:

Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Concessão indevida. Erro da administração. Boa-fé do segurado. Devolução. Descabimento. Caráter alimentar. Sentença reformada. 1. O poder de autotutela conferido à Administração Pública para rever seus atos quando eivados de vícios não é absoluto, vez que lhe é vedado, ainda que existentes irregularidades, desconstituir unilateralmente atos que tenham integrado o patrimônio jurídico do administrado. 2. *In casu*, observo que a parte autora foi devidamente comunicada da suposta irregularidade na concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso, em respeito ao direito de ampla defesa e contraditório, sendo, portanto, plenamente possível o cancelamento pretendido pelo INSS. 3. A jurisprudência dos Tribunais pátrios tem se firmado no sentido de que, em se tratando de benefício previdenciário, que possui natureza alimentar, afigura-se descabida a devolução de valores recebidos de boa-fé pelo administrado, decorrentes de erro da Administração, como no caso dos autos. Precedentes desta Corte. 4. Não há que se falar, todavia, em devolução das parcelas que eventualmente já tiverem sido descontadas, tendo em vista que o pagamento indevido não faz surgir obrigação em sua repetição. Precedente desta Corte. 5. Apelação da autora parcialmente

provida para afastar a devolução de valores pagos a título de amparo assistencial (AC 0002312-24.2015.4.01.3826/MG, Rel.º Des.º Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Primeira Turma, e-DJF1 de 06.07.2016).

Processual civil. Restituição de benefícios indevidos. Ilegitimidade da união. Previdenciário. Devolução das diferenças apuradas após inquérito que apurou vício. Impossibilidade. Natureza alimentar. Boa-fé. Mitigação do art. 115 da Lei nº 8.213/91. 1. Mantida a ilegitimidade passiva da União para a causa, uma vez que é responsabilidade do INSS o pagamento dos proventos a título de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência e cabe também ao INSS o ressarcimento de eventuais pagamentos indevidos. 2. Embora o art. 115, II, § 2º e parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 estabeleça a possibilidade de desconto, de forma parcelada, de quantia decorrente do pagamento indevido de benefício, desde que inexistir má-fé em seu recebimento, a literalidade dos dispositivos mencionados é mitigada pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos, conseqüência do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos da jurisprudência do STF. 3. O recebimento de benefício previdenciário por erro da Administração não permite repetição quando da sua revogação se não está demonstrada a má-fé do beneficiário. Aplicação analógica das Súmulas AGU nº 72 e nº 34. 4. O erro na contagem do tempo de serviço é atribuível unicamente ao INSS, não devendo o beneficiário ser responsabilizado, visto que agiu presumivelmente de boa-fé, a má-fé não foi provada e o benefício tem natureza alimentar. Abstenção do INSS de cobrar os valores pagos a título de aposentadoria. Parcial reforma. 5. Condenação do INSS em honorários fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, CPC, conforme o grau de complexidade da causa e apreciação equitativa, em observância ao REsp Repetitivo 1.155.125-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10.03.2010, 1ª Seção STJ; ao EREsp 624.356-RS, Rel. Min. Nilson Naves, julgados em 17.06.2009, Corte Especial do STJ; EREsp 637.565-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgados em 03.12.2008, Corte Especial do STJ; EREsp 665.107-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgados em 14.02.2007, 1ª Seção do STJ; EREsp 491.055-SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgados em 20.10.2004, Corte Especial do STJ, que reafirmaram a especificidade do § 4º do art. 20 do CPC frente ao art. 20, § 3º, CPC, na hipótese de sucumbência da Fazenda Pública. Voto vencido do Relator. 6. No entendimento da maioria, Dr. Rodrigo Rigamonte e Dr.º Angela Catão, a verba honorária a ser paga pelo INSS deve ser sempre fixada em 10% da condenação, limitada pela sumula STJ 111, nos termos do art. 20, § 3º, CPC. 7. Apelação do INSS não provida e apelação do autor provida (AC 0001234-22.2005.4.01.3801/MG, Rel. Juiz Federal Marcio José de Aguiar Barbosa, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, e-DJF1 de 14.03.2016).

Diante disso, feitas tais considerações, acompanho o voto divergente inaugurado pelo eminente primeiro vogal, negando provimento a ambos os recursos.

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Peço permissão ao ilustre Relator, Des. Cabral da Silva, para acompanhar a divergência instalada pela eminente Des.ª Mariângela Meyer. E o faço porque estou convencido da impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo apelado, em vista do caráter alimentar das prestações previdenciárias, a despeito das normas insertas no art. 115, inciso II, da Lei nº 8.213/91, e 154,

§ 3º, do Decreto nº 3.048/99, as quais entendo podem ser relativizadas.

Destarte, me ponho de acordo com o voto proferido pela culta Des.ª Mariângela Meyer e, por conseguinte, mantenho incólume a sentença.

É como voto.

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Pede-se vênha ao e. Des. Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo e. Des. Vogal. Isso porque, tratando-se de benefício previdenciário, cuja percepção subsume no rol dos recebimentos que possui natureza alimentar, diante de falha da Autarquia Previdenciária, não há falar em repetição.

É como se vota.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

...

Seguro de imóvel residencial - Ocorrência de vendaval - Destelhamento e infiltração comprovados - Ausência de agravamento do risco pelo segurado - Previsão contratual de cobertura - Obrigação de indenizar - Descumprimento da obrigação contratual - Dano moral - Não incidência

Ementa: Recursos de apelação. Ação de cobrança c/c indenização. Seguro de imóvel residencial. Ocorrência de vendaval. Comprovação. Destelhamento e infiltração. Caracterização. Agravamento de risco afastado. Dano moral. Ausência.

- A seguradora deve cumprir o avençado, quando ausente qualquer vício no contrato, indenizando-se o segurado pelos prejuízos causados em sua residência, diante da ocorrência do vendaval e do conseqüente destelhamento e infiltração no interior do imóvel.

- Não comprovando a seguradora que o segurado tenha contribuído para o agravamento do risco, correta a indenização fixada.

- O descumprimento de uma relação contratual, sem qualquer lesão à psique da parte autora, em decorrência dos fatos, por si só, não enseja reparação por dano moral.

Recursos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.12.021479-4/002 - Comarca de Divinópolis - Apelantes: 1º) Luiz Alves de Oliveira; 2º) Tóquio Marine Seguradora S.A. - Apelados: Tóquio Marine Seguradora S.A., Luiz Alves de Oliveira - Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2016. - Amorim Siqueira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMORIM SIQUEIRA - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Luiz Alves de Oliveira (1º apelante) e pela Tóquio Marine Seguradora S.A. (2º apelante) em face da sentença proferida na vigência do CPC/16, pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, que, nos autos da ação de cobrança c/c indenização ajuizada pelo primeiro apelante contra a segunda apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a ré a pagar ao autor a importância de R\$4.500,00, com incidência de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e correção monetária desde o ajuizamento da ação (f. 290/291-verso).

O primeiro apelante afirma que o dano moral requerido não decorre do contrato em si, mas da falha na prestação dos serviços, da aplicação da responsabilidade objetiva, do dano causado ao consumidor que teve negado o direito à cobertura do seguro. Afirma que, como a seguradora não efetuou o pagamento devido, sua conduta causou sofrimento, estresse e angústia ao segurado. Pugna pelo provimento do recurso, para que a apelada seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$20.000,00 (f. 296/304).

Ausente o preparo, tendo em vista a concessão dos benefícios da assistência judiciária (f. 291-verso).

A segunda apelante alega que o apelado não efetuou qualquer obra para amenizar os danos decorrentes do alegado vendaval, o que acarretou o agravamento do risco previsto no contrato. Afirma que, se o apelado tivesse tomado as providências no sentido de minimizar os danos ou impedir que os danos se agravassem, certamente não teriam ocorrido as infiltrações. Pugna pelo provimento do recurso e, consequentemente, pela improcedência do pedido inicial, ou pela redução do valor da condenação (f. 320/328).

Preparo acostado à f. 318.

Contrarrazões apresentadas às f. 320/328 e 330/334.

Conheço dos recursos de apelação, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Da elucidação dos fatos.

O primeiro apelante afirma que, no mês de fevereiro de 2011, devido a inúmeros vendavais na cidade de Divinópolis/MG, houve o destelhamento de sua residência, causando infiltração no interior do imóvel (f. 53/83). Via de consequência, acionou a seguradora,

segunda apelante, objetivando resgatar o pagamento da indenização. Entretanto, não obteve sucesso.

Por sua vez, a segunda apelante assevera que o apelado não efetuou qualquer obra para amenizar os danos decorrentes do alegado vendaval, o que acarretou o agravamento do risco previsto no contrato, bem como afirmou que, se o apelado tivesse tomado as providências no sentido de minimizar os danos, certamente não teriam ocorrido as infiltrações.

Do contrato e do agravamento do risco.

Infere-se dos autos que as partes firmaram contrato de seguro - Apólice nº 002445954, em que restou estabelecida a cobertura de vários eventos danosos (vendaval, furacão, ciclone, tornado, granizo e fumaça - cláusula 5.8) (f. 40), sendo o valor arbitrado de R\$5.000,00 (f. 24).

Pois bem. Para melhor elucidar a questão, importante transcrever a disposição contida no art. 757 do Código Civil de 2002: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Não havendo qualquer vício em relação ao contrato de seguro firmado pelas partes, deve a seguradora cumprir o avençado, indenizando ao segurado o valor que lhe cabe em relação aos prejuízos causados, sem o que estaria sendo negado o próprio objetivo do negócio firmado entre as partes.

No caso, o sinistro justifica a indenização pretendida, visto que restou comprovado pela própria manifestação da segunda apelante e pela prova testemunhal (f. 257/258). Logo, inexistente dúvida quanto à existência do referido vendaval que acabou por destelhar a residência do primeiro apelante.

Além disso, os documentos juntados às f. 22/23, apuração e relatório de vistoria feita pela própria seguradora, segunda apelante, evidenciam a existência do alegado vendaval e, consequentemente, os danos na residência do primeiro apelante, tais como a infiltração no interior do imóvel.

Com efeito, observa-se que a segunda apelante não comprovou que o primeiro apelante tenha contribuído para o agravamento do risco, estando provado que as condições da natureza foram determinantes para o evento danoso.

Melhor dizendo, caberia à seguradora, segunda apelante, comprovar que o primeiro apelante expôs intencionalmente o imóvel a risco de infiltração, agravando-lhe a probabilidade do sinistro, o que não restou demonstrado nos autos.

Do dano moral.

Em relação à pretensão indenizatória do primeiro apelante, razão não lhe assiste, pois o simples descumprimento contratual não tem o condão de gerar abalo percussivo no elemento anímico do indivíduo, o que obstaculiza a indenização por dano moral.

Não se desconsidera o suposto desconforto e dissabor que o primeiro apelante experimentou, frente à situação exposta no processo. No entanto, o mesmo não trouxe qualquer elemento de prova apto a demonstrar o alegado dano moral.

Sobre o assunto, a lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho:

Outra conclusão que se extrai desse novo enfoque constitucional é de que mero inadimplemento contratual, moral ou prejuízo econômico não configura, por si só, dano moral, porque não agride a dignidade humana. Os aborrecimentos dele decorrente ficam alcançados pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, poderão configurar dano moral (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 13, p. 104).

Na hipótese em análise, não restou comprovado que a segunda apelante praticou qualquer ato que pudesse ser interpretado como ofensivo à dignidade do primeiro apelante. Não restou corroborado que o primeiro suportou ofensa em seu direito da personalidade. Posto isso, não vejo motivos para modificar a sentença.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

Condeno os apelantes ao pagamento das custas recursais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios em face da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/15, no equivalente a 15% do valor da condenação para cada uma das partes, tendo em vista o trabalho desenvolvido pelos advogados em sede recursal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Ação de cobrança - DPVAT - Condição da ação - Documento - Prévio pedido administrativo - Interesse processual - Extinção do processo sem resolução do mérito

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Prévio requerimento administrativo. Ausência. Interesse de agir. Não configurado. Extinção sem resolução do mérito. Medida que se impõe.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 839.314 e 824.704, passou a entender que, não obstante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em casos de cobrança de seguro DPVAT, é imprescindível o prévio requerimento administra-

tivo para que se configure o interesse de agir, o que, frise-se, não se confunde com esgotamento das vias administrativas. Assim, deve ser extinto o feito sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, se a parte autora, mesmo depois de intimada, não apresentou comprovante de prévio requerimento administrativo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.15.021837-4/001 - Comarca de Araguari - Apelante: Maxsuel Anedino Vieira da Silva - Apelada: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT 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, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2016. - Luciano Pinto - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Maxuel Anedino Vieira da Silva ajuizou ação de cobrança em face de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., narrando que, em 15.06.2015, foi vítima de acidente de trânsito, que lhe causou incapacidade permanente.

Diante disso, pediu a procedência do pedido para condenar a requerida ao pagamento de indenização do seguro DPVAT, nos termos da Lei 6.194/74.

À f. 20, foi determinada ao autor a juntada do prévio requerimento administrativo, sob pena de indeferimento da inicial, no prazo de dez dias.

O autor se manifestou, à f. 22/27, requerendo o prosseguimento do feito, alegando que, a seu ver, é desnecessária sua formulação, haja vista não estar previsto na Lei 6.194/74.

Sobreveio sentença (f. 29/30) que julgou o feito extinto, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, VI, do CPC/15, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita a ele deferida.

Inconformado, o autor apresentou apelação (f. 32/35). Afirmou que o pedido administrativo só é recebido pela seguradora se lastreado com todos os documentos requeridos, o que dificulta sua realização, haja vista que seu nome estar inserido nos cadastros de proteção ao crédito, o que impede o banco de iniciar um relacionamento bancário; e, sem a informação da conta bancária do requerente, não seria recebido pela requerida, não lhe restando alternativa senão ajuizar a presente demanda. Pediu o provimento do recurso para cassar a sentença, determinando o regular processamento do feito.

Ausentes contrarrazões, porque ainda não se formou a relação processual.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Vejo que não assiste razão ao apelante.

No caso vertente, verifico que o autor/apelante ajuizou a presente demanda, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização do seguro DPVAT, em razão de acidente ocorrido em 15.06.2015, que, a seu aviso, lhe causou incapacidade funcional permanente.

À f. 20, foi determinada ao autor/apelante a juntada do prévio requerimento administrativo, sob pena de indeferimento da inicial, no prazo de dez dias.

No caso dos autos, é de ver que a parte autora, ora apelante, mesmo intimada, não colacionou aos autos documento comprobatório do prévio pedido administrativo à apelada, tendo alegado nos autos, à f. 22/27, ser desnecessária sua formulação, haja vista não estar previsto na Lei 6.194/74.

Ressalte-se, ainda, que o próprio autor/apelante confirma que não formulou pedido administrativo, nas razões de apelação (f. 34/35), alegando que o pedido administrativo só é recebido pela seguradora se lastreado com todos os documentos requeridos, o que dificulta sua realização, haja vista que seu nome está inserido nos cadastros de proteção ao crédito, o que impede, a seu aviso, o banco de iniciar um relacionamento bancário; e, sem a informação da conta bancária do requerente, não seria recebido pela requerida, não lhe restando alternativa senão ajuizar a presente demanda, o que não tem cabida, tratando-se de inovação de tese recursal, que não foi ventilada no primeiro grau, além de não terem sido comprovadas as alegações nos autos.

Impende esclarecer que, em casos como o dos autos, o entendimento era de que a ausência de pedido pela via administrativa não seria óbice para que a pretensão de cobrança de seguro obrigatório DPVAT fosse exercida judicialmente, haja vista o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 839.314 e 824.704, passou a entender que, não obstante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em casos de cobrança de seguro DPVAT, é imprescindível o prévio requerimento administrativo para que se configure o interesse de agir, o que, frise-se, não se confunde com esgotamento das vias administrativas.

A propósito:

Recurso extraordinário. Civil e processual civil. DPVAT. Necessidade de prévio requerimento administrativo. Inexistência de interesse de agir. Matéria com repercussão geral julgada

pelo plenário do STF no RE 631.240-RG. 1. O estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, conforme firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso. 2. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas. [...] (STF, RE 839.314, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.10.2014, p. em 16.10.2014).

Recurso extraordinário. Direito civil. Contrato de seguro. DPVAT. Recurso extraordinário que não ataca todos os fundamentos do acórdão recorrido. Súm. 283/STF. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 5º, XXXV. Inocorrência. Repercussão geral não examinada em face de outros fundamentos que obstam a admissão do apelo extremo. [...] ausente o pedido administrativo prévio perante a seguradora, não há que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, inexistindo, assim, interesse de se ingressar com a demanda em juízo. 2. É diferente o direito inafastável do acesso ao judiciário e o direito de petição. 3. Para que exista o direito processual de ação, devem estar presentes as condições da ação, sem as quais não se justifica o integral desenvolvimento da atividade jurisdicional. 4. Não existe a necessidade do esgotamento das vias administrativas, mas a necessidade do prévio requerimento administrativo, o indício de que deve existir a tentativa de fazê-lo, a ponto de gerar a pretensão resistida e configurar a necessidade, de intervenção do Poder Judiciário. [...] (STF, RE 824.704, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 29.09.2014, p. em 02.10.2014).

Assim, não restam dúvidas de que o requerimento administrativo anterior à propositura da ação é essencial para configuração do interesse processual em casos como o que ora se examina.

Logo, diante da ausência de comprovação do prévio requerimento administrativo pelo autor/apelante, estou que deva ser mantida a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Seguro DPVAT. Requerimento administrativo prévio. Necessidade. Ausência de configuração de falta de interesse de agir. Precedente do STF. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o interesse de agir nas ações que envolvem cobrança de seguro obrigatório DPVAT só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo. - Caso a parte autora não demonstre ter requerido, administrativamente, o pagamento da indenização correspondente ao seguro DPVAT solicitado na inicial, é forçoso concluir pela carência da ação, em razão de sua falta de interesse de agir (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0325.13.000493-1/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 04.08.2015, p. em 17.08.2015).

Ementa: Apelação cível - Ação de cobrança - Seguro DPVAT - Não comprovação da existência de prévio requerimento administrativo - Falta de interesse de agir - Precedentes do STF e STJ - Inexistência de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição - Preliminar de ausência de interesse processual suscitada de ofício - Extinção. - A atual orientação

do STF é no sentido de ser imprescindível a demonstração do esgotamento da esfera administrativa, nas ações de cobrança de indenização do seguro obrigatório DPVAT e exibição de documentos. Convém destacar, ainda, que no julgamento do RE 631.240/MG, de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, foi firmado o entendimento no sentido de que a instituição de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o preceito constante do art. 5º, XXXV, da CR/88, não constituindo a exigibilidade de prévio requerimento administrativo ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Diante da hodierna jurisprudência do STF e do STJ, a não demonstração pela parte autora da existência de prévio requerimento administrativo afasta o interesse processual, sendo de rigor a extinção do feito, sem resolução de mérito (TJMG - Apelação Cível 1.0035.09.146469-9/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, j. em 20.10.2015, p. em 23.10.2015).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Condeno o apelante no pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios, devidos na fase recursal, em observância ao disposto no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015, que fixo em R\$400,00 (quatrocentos reais), a teor do art. 85, § 8º, CPC/2015, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita deferida à f. 30.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Danos morais - Acidente de trânsito - Morte de filho menor de idade - Veículo dirigido por terceiro - Responsabilidade do proprietário - Responsabilidade civil - Sentença prolatada no juízo criminal - Independência - Pensão mensal - Arbitramento - Legitimidade de parte - Teoria da asserção

Ementa: Apelação cível. Legitimidade de parte. Teoria da asserção. Sentença prolatada no juízo criminal. Afastamento da responsabilidade civil. Reconhecimento da inexistência do fato ou da sua autoria. Acidente de trânsito. Veículo dirigido por terceiro. Responsabilidade do proprietário. Morte. Danos imateriais. Valor. Arbitramento. Pensão mensal.

- Por força da teoria da asserção, a legitimidade de parte, ativa e passiva, deve ser verificada com base nos fatos narrados na petição inicial.

- A sentença prolatada no juízo criminal apenas afasta a responsabilidade civil se reconhecer a inexistência do fato ou da sua autoria.

- O proprietário do veículo que o confia a terceiro responde pelos danos causados em acidente.

- A morte do filho da autora, por si só, acarreta intensa dor interna, angústia e sofrimento, ensejando reparação por danos imateriais.

- O valor da indenização por dano moral deve ser fixado, examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado.

- “É indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0280.08.023847-8/001 - Comarca de Guanhães - Apelante: E.M.S.S. - Apelada: Mãe de menor - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de “ação de indenização por ato ilícito - morte de filho menor em acidente de trânsito” ajuizada por mãe do menor contra E.M.S.S.

Após regular processamento, foi prolatada sentença que, ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenou o réu E.M.S.S.: 1º) “no pagamento de R\$990,00 (novecentos e noventa reais) a título de indenização por gastos com o funeral do menor”; 2º) “no pagamento de pensão mensal correspondente a 1/3 do salário-mínimo, devido desde a data do óbito do menor (06.01.2007) até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos (08.09.2016)”; 3º) “no pagamento de R\$15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais”.

A sentença determinou que “os juros legais devem incidir a partir do evento danoso, conforme enunciado da Súmula nº 54 do STJ”.

Em razão da sucumbência, foi o réu condenado no pagamento das custas processuais e dos

honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Não se conformando, E.M.S.S. interpôs recurso de apelação, alegando, em preliminar, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda.

No mérito, afirma que “a sentença criminal absolutória transitada em julgado que reconhece a inexistência de culpa do agente” “faz prova incontestável no cível”.

Ressalta que “não possui nenhuma responsabilidade sobre o sinistro que vitimou o menor”, sendo a responsabilidade “pelo acidente que culminou na morte do filho da recorrida” exclusiva “do condutor do veículo automotor, M.A.B.”.

Argumenta que “a responsabilidade pelo fato é de quem teria emprestado a motocicleta ao maior M.A.B., e todas as testemunhas e, ainda, a recorrida aduziram, na delegacia, que quem teria emprestado a motocicleta a M.A. foi W.”.

Reitera que não há qualquer participação sua na ocorrência do acidente, “ainda que indireta”, e, “ainda que tivesse emprestado a moto, o teria para um maior, capaz de assumir suas responsabilidades”.

Pugna, por fim, pelo conhecimento e provimento do recurso, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

Não sendo esse o entendimento, requer a redução do valor fixado a título de indenização por dano moral e a extirpação da condenação referente à prestação de alimentos.

Em contrarrazões, a mãe do menor bate-se pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Alega o apelante ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, ao argumento de que restou reconhecido, na sentença proferida nos autos do Processo Criminal nº 0280.08.024193-6, que “não concorreu para a ocorrência do sinistro que vitimou o filho da recorrida”.

Em seu *Curso de direito processual civil* (18. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 57), Humberto Theodoro Júnior observa que,

se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.

Por isso, arremata o mesmo processualista:

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

Assim e por força da teoria da asserção, a legitimidade de parte, ativa e passiva, deve ser verificada com base nos fatos narrados na petição inicial.

No caso em exame, a motocicleta responsável pelo acidente é de propriedade do réu, fato este incontroverso nos autos.

Evidente é, portanto, a legitimidade do autor para figurar no polo passivo da ação.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Pretende a autora ser indenizada pelos danos morais e materiais sofridos, em razão de acidente de trânsito, que resultou na morte de seu filho.

Pretendendo eximir-se da responsabilidade que lhe foi imputada, alegou o réu que “já foi decidido, por meio de Processo Criminal de nº 0280.08.024193-6, que o recorrente não concorreu para a ocorrência do sinistro que vitimou o filho da recorrida”.

Ressaltou que “a sentença do Processo de nº 0280.08.024193-6, que considerou a culpa exclusiva de Márcio Antônio Barbosa sobre o fato, fez coisa julgada no cível”, razão pela qual não haveria falar em indenização.

Dispõe o art. 935 do Código Civil que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Assim, a sentença prolatada no juízo criminal apenas afasta a responsabilidade civil se reconhecer a inexistência do fato ou da sua autoria.

No caso, afirma o apelante que teria sido afastada sua culpa no juízo criminal.

Em voto prolatado na Apelação nº 17.589, da Comarca de Belo Horizonte, Humberto Theodoro Júnior, à ocasião Juiz do extinto Tribunal de Alçada deste Estado, tece precisas considerações a respeito do tema:

O fato de ter sido o condutor do veículo da ré absolvido no juízo criminal é irrelevante para a solução da ação indenizatória civil por uma simples razão: é que somente a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível, não a absolutória, posto que a exigência de culpabilidade na área civil é muito mais restrita. De tal modo que pode acontecer que uma mesma conduta não chegue ao grau de culpa suficiente para imposição da pena, mas sirva de fundamento para reconhecer o dever de reparar o dano. Isto porque, em matéria de responsabilidade civil, basta a culpa levíssima do agente (*Responsabilidade civil*. Edição Universitária de Direito, 1986. p. 42).

Ademais, no caso em tela, embora o réu afirme que foi absolvido no juízo criminal, não há, nos autos, nenhuma prova a corroborar tal assertiva.

Inclusive, consultando pessoalmente o site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, verifiquei que, no referido processo criminal, a extinção da

punibilidade se deu em razão da prescrição, não sendo afastada a responsabilidade do requerido.

Conforme afirmado pelo Juiz da presente causa, “o autor não juntou aos autos a alegada sentença absolutória do Processo nº 0280.08.024193-6, em que se investiga a prática de crime tipificado no art. 310 do CTB (entrega de veículo a pessoa não habilitada) pelo réu” (f. 215).

A absolvição no juízo criminal não se deu, portanto, com base no reconhecimento da inexistência do fato ou da sua autoria, o que torna tal fato irrelevante para este julgamento.

Com efeito, a matéria em questão diz respeito ao dever de indenizar, nos termos do art. 186 do Código Civil, que preceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Havendo a prática de ato ilícito, surgirá o dever de reparar o dano dele decorrente, conforme determina o art. 927 do mesmo Diploma Legal.

Em sede de indenização, a caracterização de três elementos é essencial para a procedência da pretensão: a ação ou omissão do agente, o resultado lesivo e o nexo causal.

Cumpra considerar, ainda, a necessidade de comprovar tenha havido violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, sabendo-se que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

Por fim, registre-se que a responsabilidade civil será elidida caso haja comprovação de alguma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, visto que, em tais situações, se afasta o nexo de causalidade entre o fato e os prejuízos ocorridos.

No que se refere à comprovação dos fatos alegados na peça de ingresso, prescreve a lei processual que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Restou demonstrado que, no dia 6 de outubro de 2007, ocorreu um acidente de trânsito que resultou na morte do menor, envolvendo a motocicleta marca Kawasaki, modelo Ninja - 1.100 cilindradas, de propriedade do réu, E.M.S.S., e conduzida por M.A.B.

O boletim de ocorrência que se encontra às f. 9/15 descreve a dinâmica do acidente relatando que:

M.A.B., condutor e o menor (passageiro) saíram em uma motocicleta de marca Kawasaki, Ninja, 1100, cor amarela, e, passando por uma via vicinal, nas proximidades da localidade conhecida como [...], o veículo chocou-se contra uma cerca de arame, provocando a morte instantânea do condutor e do passageiro.

Constou, ainda, do boletim que a testemunha A.R.M. informou que:

S.R.S. e W.S.S. retiraram o veículo do local do acidente e o conduziram para o distrito de ‘Boa Vista’, zona rural da cidade de Virginópolis, dificultando os trabalhos periciais; que o veículo pertence ao Sr. E.M.S.S.; que provavelmente a motocicleta foi retirada do local, por ser um veículo importado e não possuir documentação (f. 15).

As provas são contundentes em demonstrar que a motocicleta dirigida por M.A.B., de propriedade do réu E.M.S.S., em razão da alta velocidade empreendida ao veículo, chocou-se com uma cerca de arame, vindo a causar a morte do motorista e do garupa, filho da autora.

É indiscutível que aquele que conduz veículo de modo imprudente, com excesso de velocidade, vindo a causar acidente, pratica ato ilícito devendo ser responsabilizado.

Afirma o réu que não pode ser responsabilizado pela morte do menor, porquanto não participou dos fatos que resultaram na ocorrência do evento danoso.

Embora não tenha ele participado diretamente dos fatos que deram origem ao acidente, certo é que sua responsabilidade decorre do fato de permitir que terceira pessoa tenha acesso às chaves de sua motocicleta, ainda mais quando o próprio apelante reconhece que

M.A.B. era um dos motociclistas mais indesejados pela Polícia Militar, face ao número excessivo de reclamações a seu respeito, seja por pilotar em alta velocidade, seja por fazer acrobacias em meio a local habitado e suas adjacências (f. 230).

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais:

Responsabilidade civil e processual civil. Acidente de trânsito. Culpa concorrente. Falecimento de um dos motoristas. Ação de indenização por danos materiais e morais. Recurso especial das autoras. [...] 4. Proprietário do veículo. Responsabilidade solidária. [...] - O proprietário do veículo responde solidariamente pelos danos decorrentes de acidente de trânsito causado por culpa do condutor, pouco importando que ele não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja oneroso ou gratuito (REsp 1484286/SP - Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze - Terceira Turma - j. em 24.02.2015 - DJe de 10.03.2015).

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Fundamento autônomo do acórdão a quo não impugnado. Súmula 283/STF. Acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva e solidária do proprietário do veículo. Precedentes do STJ. Agravo regimental não provido. 1. A ausência de impugnação de fundamento autônomo apto, por si só, para manter o acórdão recorrido, acerca da legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul, atrai o disposto na Súmula 283/STF. 2. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o motorista e o proprietário do veículo automotor respondem, de forma solidária, pelos danos causados em acidente de trânsito. Precedentes: AgRg no AREsp 234.868/SE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, j. em 02.05.2013, DJe de 08.05.2013; AgRg no REsp 1224693/MA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 21.02.2013, DJe de 26.02.2013. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 416.833/MS - Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - Segunda Turma - j. em 05.12.2013 - DJe de 11.12.2013).

O proprietário de veículo dirigido por terceiro é parte legítima passiva para figurar em ação de indenização por conspirar a presunção *iuris tantum* de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, não importando que o motorista seja ou não seu filho ou preposto, no sentido de assalariado ou remunerado, em razão do que sobre ele recai a responsabilidade pelo ressarcimento do dano que a outrem possa ter sido causado, desde que caracterizada a culpa (TAMG - Apelação Cível nº 0286948-7 - 3ª Câmara Cível - Relator: Juiz Dorival Guimarães Pereira - j. 09.02.2000).

Na espécie, não demonstrou o réu a existência de qualquer circunstância que pudesse afastar a sua responsabilidade civil pelos atos culposos praticados pelo condutor de sua motocicleta.

Diante disso, não há como excluir o réu do dever de indenizar.

O dano moral, na espécie, é evidente, pois decorre do sofrimento que o fatídico acidente ocasionou à autora.

O valor da indenização por dano imaterial deve ser fixado, examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar que provoque novo e igual atentado.

Atento a isso, tenho como correto o valor arbitrado na sentença, a título de reparação por danos imateriais (R\$15.000,00).

É de entendimento pacífico que “é indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal), mediante o pagamento de pensões mensais.

A propósito:

De acordo com o entendimento firmado no STJ, a pensão mensal é devida a partir da data em que a vítima faria 14 anos até a data em que completaria 65 anos, reduzida à metade quando estivesse com 25 anos (STJ - Segunda Turma - REsp 427.569/SP - Relator: Ministro João Otávio de Noronha - j. em 04.05.2006 - DJ de 02.08.2006, p. 234).

In casu, pensionamento mensal devido aos pais pela morte do filho menor, causado por coletivo da empresa recorrida, em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo, dos 14 até 25 anos de idade da vítima, reduzido, então, para 1/3 até a data em que de cujus completaria 65 anos. Precedentes desta Corte (STJ - Quarta Turma - REsp 872.084/RJ - Relator: Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma - j. em 21.11.2006 - DJ de 18.12.2006, p. 404).

Assim, correta encontra-se a sentença ao fixar o pensionamento mensal, tendo em vista que o filho da autora tinha 16 anos quando faleceu.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização por danos morais e materiais - Responsabilidade civil do Estado - Morte de menor sob custódia - Medida protetiva de abrigo - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Omissão - Dever de guarda e vigilância - Abandono - Dano moral - Critério de fixação

Ementa: Reexame necessário. Apelação. Indenização. Morte. Menor abrigado. Estado de Minas Gerais. Responsabilidade objetiva. Guarda: dever constitucional. Inco-lumidade física. Dano material. Presunção. Dano moral.

- A reparação do dano material advindo da morte de filho menor não inserido no mercado de trabalho presume-se do fato de que viria a contribuir para o sustento do grupo familiar.

- Filho posto em abrigo institucional por encontrar-se em situação de abandono pela mãe não legítima a expectativa de que no futuro viesse a auxiliar na manutenção do grupo familiar.

- Tendo em vista o seu dever de guarda, o Estado responde objetivamente pelos danos morais à mãe de menor abrigado que é vítima de homicídio, sendo por isso obrigado a indenizá-los.

- Reduz-se o montante da indenização por dano moral se a ação do ofendido contribuiu para a sucessão de atos e fatos que culminaram no evento danoso.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0105.10.023918-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Genitora - Relator: DES. OLIVEIRA FIRMO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2016. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OLIVEIRA FIRMO - I - Relatório.

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais da sentença (f. 272/274) proferida nos autos da ação de danos morais c/c danos materiais contra si proposta pela genitora. Ao fundamento de que, comprovados os requisitos da responsabilidade civil, o pedido inicial foi julgado procedente para “condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais consistente em pensão mensal no valor equivalente a 1/3 do salário mínimo, vigente na ocasião dos respectivos pagamentos, no período compreendido entre 20.07.2017 a 20.07.2024, com o acréscimo de uma parcela anual relativa à gratificação natalina. Os pagamentos deverão ser feitos até o 5º dia útil do mês seguinte ao vencido, mediante a inclusão da autora em folha de pagamento do réu. Condeno ainda o réu no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$40.000,00 (quarenta mil reais). Esse valor deverá ser acrescido de juros moratórios desde a citação, baseados nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança e correção monetária desde a data desta sentença com base no IPCA, ambas as incidências até o pagamento. Custas, pelo réu, isento. Condeno ainda o réu ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 10% sobre o valor de 1 período anual da pensão (danos materiais) e sobre o valor da indenização por danos morais”. Sentença remetida para reexame.

O apelante alega, em síntese, que: a) a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva e depende da prova, inexistente, de culpa de seus agentes; b) não existe nexo de causalidade entre a conduta estatal e os danos alegados; c) o prejuízo material não foi comprovado; d) o valor da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios é elevado; e) houve sucumbência recíproca e a base de cálculo dos honorários deve considerar a diferença entre o que foi pleiteado e o que foi deferido a título de danos materiais; f) os juros e a correção monetária devem incidir pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Requer o provimento da apelação e a reforma da sentença para que se julguem improcedentes os pedidos iniciais ou, na eventualidade, seja reduzido o valor da indenização por danos materiais e morais e o valor dos honorários advocatícios e afastada a aplicação do IPCA/IBGE (f. 276/290).

Preparo: parte isenta (art. 10, I, da Lei estadual - LE nº 14.939/2003).

Recebimento da apelação: efeitos suspensivo e devolutivo (f. 292).

Contrarrazões: pela manutenção da sentença (f. 293/297).

Ministério Público: pela negativa de provimento ao recurso (f. 303/306).

É o relatório.

II - Juízo de admissibilidade.

Vistos os pressupostos de admissibilidade, procedo ao reexame necessário e conheço da apelação.

III - Mérito.

III - a) - Do reexame necessário.

III - a.1)

Reexamina-se sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando o requerido a pagar à requerente pensão mensal no valor equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo, de 20.07.2017 a 20.07.2024, e a importância de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de reparação dos danos materiais e morais que sofreu com a morte de seu filho, nascido em [...] (f. 14), quando contava [...].

É dos autos que, em 31.03.2006, ante o boletim de ocorrência lavrado por iniciativa do Conselho Tutelar de Mantena/MG (f. 104/109), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais representou ao Juízo da Infância e Juventude daquela Comarca pela aplicação de medida de proteção aos filhos e sobrinhos menores da requerente, entre eles o menor vítima, à alegação de que as crianças, em estado de abandono, encontravam-se ameaçadas em seus direitos por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (f. 101/103). A requerente foi ouvida na oportunidade (f. 111). À vista do resultado do estudo social do caso (f. 116/117), o Ministério Público requereu a aplicação da medida de proteção de abrigo em entidade, nos termos do art. 101, VII, da Lei nº 8.069/1990, na redação vigente à época (f. 123/124). Por decisão de 18.10.2006, o Juízo determinou o abrigo do menor vítima na “Associação Projeto Mantena Ajuda” (f. 125/127), que, por falta de condições financeiras e carência de pessoal, recusou-se a recebê-lo, conforme ofício de 23.11.2006 (f. 134).

Durante a busca de outra instituição que pudesse abrigar o menor, em 15.03.2007, o Conselho Tutelar informou que ele se encontrava “muito bem de saúde” e “estudando na Escola Municipal Petrina Pinto Pereira” (f. 149). Contudo, em 21.03.2007, o Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Governador Valadares/MG informou que a Sociedade Missionária de Recuperação Humana (Somirehu), ali estabelecida, aceitou institucionalizar a criança (f. 150/151), o que foi determinado pelo Juízo competente, em 10.04.2007 (f. 152). Novamente o Conselho Tutelar informou, em 22.05.2007 e em 11.6.2007, que o menor se encontrava na companhia de sua mãe, saudável e frequentando a escola (f. 155 e 159).

A ordem judicial de internação do menor na Somirehu foi cumprida em 20.06.2007 (f. 160 e 166).

Em 27.06.2007, o representante legal da Somirehu comunicou que o menor se evadiu em 22.06.2007 e foi encontrado morto na localidade de Frei Inocêncio/MG

(f. 162). O boletim da ocorrência traz a informação de que o menor vítima teria fugido na companhia de outro menor, então com 10 (dez) anos de idade (f. 173/174). Notícia de jornal informa que o laudo pericial preliminar aponta que o menor teria sido espancado, estrangulado e atirado ao rio, pelo outro menor e outros dois menores (f. 23/24).

A requerente sustenta que há responsabilidade do Estado de Minas Gerais, ao argumento de que,

ao determinar a aplicação de medidas corretivas para o menor bem como entregá-lo à responsabilidade de uma entidade que cuida de menores, o Estado, através do seu preposto, o Juiz da Comarca de Mantena, assumiu a responsabilidade pela guarda e integridade do mesmo. Comprovado que houve falha por parte da vigilância da entidade assistencial selecionada para cuidar do menor, cabe a quem lhe conferiu tal função o dever de reparar os danos decorrentes da sua negligência.

A sentença fundamenta-se na responsabilidade objetiva do requerido decorrente da omissão estatal no dever de vigilância e preservação da integridade física do menor sob sua custódia.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF) dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. O dispositivo constitucional institui a responsabilidade objetiva por danos causados pelos agentes do Estado e das prestadoras de serviço público, sem distinguir se se cuida de responsabilidade por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito.

Nesse sentido, trago à colação julgado do STF, da Relatoria do Min. Celso de Mello, em que estão postos os requisitos da responsabilidade civil do Estado, fundada na “Teoria do Risco Administrativo” (STF, T2, AI no 852.237 AgR/RS, j. em 25.06.2013, p. em 09.09.2013):

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2000, p. 90; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40; MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 528; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213; CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61/62; GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 199/200, v.g.), cabendo ressaltar, no ponto, a lição expandida por MEDAUAR, Odete (*Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 430, item n. 17.3):

Informada pela ‘teoria do risco’, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como ‘responsabilidade objetiva’. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir. É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, já que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais (de todo inócuentes na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50 - RTJ 163/1107 - 1109, v.g.).

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. Celso De Mello, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

A compreensão desse tema e o entendimento que resulta da exegese dada ao art. 37, § 6º, da Constituição foram bem definidos e expostos pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos cujos acórdãos estão assim ementados:

[...]

(RTJ 163/1107-1108, Rel. Min. Celso de Mello).

Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença (RTJ 182/1107, Rel. Min. Néri da Silveira).

É por isso que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita no art. 37, § 6º, da Carta Política basta para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado, especialmente quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público (positivo ou negativo) e a consumação do dano moral ou patrimonial infligido ao ofendido.

A espécie não cuida de responsabilidade por ato comissivo, pois a causa de pedir é a omissão do Estado na guarda do menor abrigado.

A omissão relevante para a espécie decorre, porém, do descumprimento de um dever legal de agir, pois ao Poder Público (e a seus agentes) só é dado fazer o que a lei determina. Não é exigível do Administrador agir outro senão o determinado na normatização da atividade administrativa.

Assim, para a hipótese de omissão de dever de agir normativo, como no caso de guarda do menor abrigado, a responsabilidade estatal é objetiva.

A prova dos autos demonstra que o menor R.M.S. foi encontrado em situação de abandono pela requerente, caracterizando a hipótese do art. 98, II, da Lei nº 8.069/1990:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Constatada a necessidade de assistência adequada, foi determinada, em 18.10.2006, a medida protetiva de abrigamento, prevista no art. 101, VII, do ECA. Todavia, diante da inexistência de instituição com aptidão para receber o menor na cidade onde reside, o foco do processo passou a ser a busca de estabelecimento disponível para tal fim, o que só se resolveu com a resposta da Somirehu, datada de 18.03.2007 (f. 151), e encaminhada pelo Juízo da Infância e Juventude de Governador Valadares ao Juízo de Mantena em 28.03.2007 (f. 150), que determinou a inserção do menor naquela instituição em 10.04.2007 (f. 152).

Assim, a medida protetiva proferida em 18.10.2006 só foi cumprida em 20.06.2007, 8 (oito) meses depois. O filho da requerente foi entregue à Somirehu sem que o Juízo nada manifestasse sobre os relatórios encaminhados pelo Conselho Tutelar em 10.04.2007, 22.05.2007 e 11.06.2007, que indicavam, no mínimo, a necessidade de reestudo social do caso, diante da gravidade da medida de alijamento do menor da casa materna, em comarca distinta da residencial.

A conduta judicial demonstra uma condução infeliz do processo. O Juiz que determinou o recolhimento do menor em instituição na Comarca de Mantena/MG, em 18.10.2006, não foi o mesmo que, em 10.04.2007, determinou o cumprimento da ordem na Comarca de

Governador Valadares/MG. Não se sabe se por deficiência técnica individual ou falta de estrutura de trabalho, certo é que a conduta do Magistrado revela um costume descompromissado dos juízes de se manifestarem no processo a partir da fase em que o recebem, sem se inteirarem dos atos processuais antecedentes.

Além disso, flagrantes a inadequação e a ineficiência do estabelecimento escolhido para o abrigo, que possibilitou a evasão de uma criança de 7 (sete) anos de idade, sem experiência em instituições similares, além de outra, com 10 (dez) anos de idade.

Conforme bem alega a requerente, ao determinar a aplicação de medidas protetivas do menor e entregá-lo à custódia de estabelecimento assistencial, o Estado assumiu a responsabilidade por sua guarda e integridade física e psíquica. E, no caso, falhou nesse dever de proteção, falha tão mais retumbante quando se considera o resultado morte, de que foi causa eficiente a insuficiência da vigilância a cargo da entidade assistencial, tanto ao possibilitar a fuga do menor e de outro menor, quanto ao fracassar na recuperação rápida deles.

Nesse contexto, entendo que o Estado responde objetivamente pelos danos advindos da omissão do dever de guarda e vigilância do menor abrigado.

Os danos sofridos pela mãe do menor que se evade da instituição de abrigo decorrem da omissão estatal do dever legal de guarda, assistência e vigilância do menor, estando demonstrado o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta omissiva estatal.

Por certo, o ordenamento jurídico brasileiro não adota a teoria do risco integral, motivo por que se admitem causas excludentes e atenuantes de responsabilidade, consistentes no caso fortuito ou força maior e na culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, que atuam diretamente no nexo de causalidade entre o evento e o dano.

Na medida em que o Estado retira o menor do convívio com a família e o encaminha para estabelecimento de abrigo, atrai para si a responsabilidade pela incolumidade física e psíquica do menor. E responderá por tudo que aconteça à criança, no período em que deveria tê-la sob sua vigilância.

Vale destacar que, a partir da data em que recebido na Somirehu, o menor fugiu em 2 (dois) dias e foi encontrado morto em 1 (uma) semana. O pequeno intervalo de tempo mantém hígido o liame de causa-efeito entre a omissão estatal e os prejuízos sofridos pela mãe do menor abrigado.

Contando o menor 7 (sete) anos de idade, sendo, portanto, absolutamente incapaz, não se lhe pode imputar culpa pela fuga do estabelecimento de acolhimento institucional, sendo exigível só da instituição os deveres de guarda, vigilância e cuidado, assegurando-lhe a integridade física.

Além disso, a culpa concorrente da vítima é fato modificativo do direito à reparação, cujo ônus probatório incumbe ao ente público. No caso, não há prova de que

o menor tenha contribuído para impossibilitar a sua vigi-
lância pelos agentes estatais, interferindo, dessa forma,
eficazmente no liame de causalidade entre a falta admi-
nistrativa e o dano.

Assim, presente o nexo causal entre o dano e o
descumprimento do dever de guarda, subsiste, incólume,
a responsabilidade do Poder Público.

III - a.2)

Não desconheço a jurisprudência do STJ (v.g., STJ,
REsp 1325034/SP, REsp 1365339/SP, REsp 885126/RS,
REsp 1082663/MG, AgRg no REsp 1367338/DF, REsp
1044527/MG, REsp 1051370/ES, REsp 853921/RJ,
REsp 555036/MT), firmada a partir da Súmula nº 491
do STF, que, na interpretação do direito federal, assentou
o entendimento de ser “indenizável o acidente que cause
a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho
remunerado”.

Isso não obstante, da leitura dos precedentes que
deram origem à súmula em referência, verifico que
remontam aos anos 60 do século passado e trataram
todos de casos em que, analisadas as circunstâncias
da vida familiar, era legítimo concluir que o filho menor
contribuía ou contribuiria com a renda familiar, o que se
confere nos seguintes excertos:

a) - Do RE 59940, DJ de 30.11.1966, Rel. Min.
Aliomar Baleeiro:

Mas, ainda que afastada a responsabilidade de dano moral,
não é de excluir-se a indenização pela morte de crianças.
Vários acórdãos já aceitam, no Brasil, que, nas classes
humildes, a colaboração dos menores nas lides caseiras ou
nas lavouras, começa na tenra idade.

Vou mais além e aceito os fundamentos do acórdão já citado
do colendo Tribunal do RS [...] que alude ao prejuízo real, à
expectativa de que o menor venha a ser útil, a supressão de
um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas
que constitui, indubitavelmente, dano econômico.

[...]

Os filhos são fonte de despesa, em que se comprazem os
pais, criando-os, tratando-os, vestindo-os e educando-os,
para gozo das consolações que lhe trazem e trarão no futuro,
não sendo contra o direito e a moral a esperança do amparo
na velhice, quer pela assistência afetiva, quer mesmo pela
alimentar. Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a
expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda
que seja a indenização de tudo quanto dispenderam para um
fim lícito malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam,
no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação
dos filhos investiram na criação e educação dos filhos, e que
se converteu em pura frustração pela culpa do réu.

b) - Do EDv no RE 53404, DJ de 08.06.1967, Rel.
Min. Adalício Nogueira:

Na espécie em apreciação, a vítima era um menor de 18
anos, filho de pais pobres, pois seu genitor era maquinista da
marinha mercante, e fazia o curso de radiotelegrafista, prestes
a utilizá-lo. Era um valor econômico potencial, na eminência
de fazer-se valer, em benefício das necessidades da família,
de quem seria, por certo, para o futuro, esperança legítima e
arrimo para o lar.

c) - Do RE 65281, DJ de 22.11.1968, Rel. Min.
Victor Nunes Leal:

Responsabilidade civil. Morte de menor, sem ocupação lucra-
tiva regular, mas que ajudava os pais, de condição humilde.
Expectativa justificável de cooperação mais efetiva em futuro
próximo. Indenização a ser liquidada por arbitramento (CC,
art. 1553). Precedente da 2ª Turma: RE 59.940 (1966).

Pesa considerar ainda que, no direito brasileiro, os
precedentes judiciais que não tenham caráter vinculante
sinalizam um norte a ser seguido se o “caso concreto” a
eles se amolde.

A jurisprudência sobre a reparação dos danos
materiais advindos aos pais com a morte de filho menor
não inserido no mercado de trabalho constrói-se sobre
a presunção de que contribuía ou viriam a contribuir
com o sustento do grupo familiar, circunscrita, pois, ao
plano do senso comum do que ordinariamente acontece
em famílias de baixa renda.

Na espécie, porém, o menor contava apenas 7
(sete) anos de idade quando morreu, e não há provas
de que contribuísse para o sustento da família, ainda que
com trabalho informal ou doméstico.

Além disso, considerado todo o contexto de suas
relações familiares (que veio ao conhecimento do Poder
Judiciário a partir de um estado de abandono provo-
cado pela própria requerente), tendente a inseri-lo em
família substituta ou encaminhamento para adoção
(como chegou a ser pedido pelo Ministério Público, rela-
tivamente à irmã do menor), entendo que não é legítima
a expectativa de que, aos 14 (quatorze) anos de idade,
viesse a auxiliar na manutenção do grupo familiar, a que
possivelmente nem mais integrasse.

Nesses termos, sou pela reforma da sentença
para julgar improcedente o pedido de indenização por
danos materiais.

III - a.3)

Quanto ao valor da compensação por dano moral,
tenho que a temática da reparabilidade (de *iure consti-
tuendo* ou de *iure constituto*?) está longe de ser tomada
por tranquila e bastante assentada, quer na doutrina,
quer na jurisprudência, pois desafia ainda uma discussão
pouco ferida pelos tratadistas e muitos julgadores. Assim,
também ainda não cogitada pelo legislador, ligada à tese
da pena privada (aspecto penal) (É julgado do STF: “O
dano moral é o que se sofre, quando se dá um mal ou
dano inconversível em dinheiro. A indenização do dano
moral, admitida por várias legislações e muitos juriscon-
sultos, tem por fim exclusivamente ministrar uma sanção, a
única possível, muitas vezes, para a violação de um direito
que não tem um denominador econômico. O dano moral
não é suscetível de avaliação em moeda; não há equiva-
lência entre o prejuízo e o ressarcimento; condena-se o
violador do direito a indenizá-lo apenas para resguardar
o direito ofendido por esse meio imperfeito, mas o único
muitas vezes realizável” apud SILVA, Wilson Melo da. O

dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, p. 330.) já admitida de existência concomitante na reparação do dano moral por Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Orozimbo Nonato e Alcino Salazar (*Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: RT, v. 1, p. 22 e 23). Cuida-se precisamente em encontrar um denominador comum a conciliar o valor a ser desembolsado pelo responsável pelo dano moral com vulto tal a inibi-lo por sua atuação (ação ou omissão) nociva e aquele valor razoável devido a quem sofreu o referido dano. É que, em alguns casos, a vítima não está preparada para receber toda a quantia a que validamente se deve condenar o culpado. Muita vez o valor da condenação deve ser tal que, para a vítima, torna-se desproporcional (a maior), chegando às raias da imoralidade. Assim, considerados vários fatores de aferimento, o valor pecuniário satisfatório para a vítima fica aquém da capacidade do causador do dano, e o pagamento, para ele, causador do dano, não tem o condão de inibi-lo, desvirtuando aquilo que seria a maior função dessa modalidade de ressarcimento: qual seja mais buscar punir o autor do dano do que propriamente ressarcir a vítima, como confessa RIPERT (RF 83/221).

Permitimo-nos, a título de reflexão, de modo a constituir matéria de *lege ferenda*, sugerir que de bom alvitre seria incorporar no valor da condenação uma multa a comportar o valor excedente àquele razoável à indenização - mas insuficiente de agir como motor inibitório ao causador do dano. Tal valor seria recolhido aos cofres públicos (devidos à unidade federativa - União, Estados ou Municípios - a quem a atividade do causador do dano estivesse mais intimamente ligada quanto à sua regulamentação). É que às vezes se torna despropositado para quem recebe a indenização auferir quantia extraordinariamente alta, quantia que em via normal jamais alcançaria levantar no curso de uma vida, no gozo de plena saúde, ou com total ajuda de seu mantenedor. Um assalariado (ou uma dona de casa), sem qualquer formação técnica, e sem perspectiva de aprimoramento, diante de um sinistro qualquer acontecido consigo ou com ente próximo, de hora para outra se tornaria um milionário. Em casos tais, seria, isso sim, a monetarização da dor, e como corolário, a desmoralização de instituto tão nobre quanto é a indenização por dano moral.

No caso dos autos, os danos morais à requerente foram estimados em R\$40.000,00 (quarenta mil reais), valor esse que reputo excessivo. Considero que a falha da requerente no cumprimento do dever familiar contribuiu para a sucessão de atos e fatos que culminaram no afastamento de seu filho do lar, circunstância que deve ser tomada em consideração na medida da indenização. E isso porque, no paroxismo, repugna à moralidade auferir dinheiro por danos autoinflingidos. Por outro lado, a irreversibilidade da perda e a brutalidade das circunstâncias do óbito são dados da realidade que elevam o montante da indenização.

Assim, reformo a sentença no ponto e fixo o valor da indenização por danos morais em R\$30.000,00 (trinta mil reais).

III - a.4)

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora incidem a partir do evento danoso (STJ, Súmula nº 54). A sentença determinou, no entanto, o cômputo de juros de mora a partir da citação, o que mantenho, na falta de recurso da parte prejudicada, no ponto.

O valor da condenação será corrigido monetariamente desde o arbitramento (STJ, Súmula nº 362), estando correta a sentença, no ponto.

Ocorrida a citação na vigência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, os juros incidem às taxas de juros da caderneta de poupança.

Diante da declaração de inconstitucionalidade parcial da norma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, no julgamento da ADI 4.357/DF (ADI 4357/DF - TP - Rel. Min. Ayres Britto - j. 14.03.2013 - DJe de 26.9.2014) pelo STF e na linha do entendimento do STJ, firmado em recurso representativo de controvérsia (STJ, REsp 1.270.439/PR, S1, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 02.08.2013), confirmo a sentença no ponto em que determina que o valor da condenação seja atualizado pela variação do IPCA/IBGE.

Ressalto que o STF na ADI 4357/DF declarou inconstitucional apenas a correção monetária pelos índices de remuneração da poupança, porquanto não reflitam o valor da perda do valor da moeda. Quanto aos juros, decidiu-se que não pode ser aplicado o índice de remuneração da poupança quando se tratar de débito de natureza tributária, declarando inconstitucional a expressão “toda e qualquer condenação”.

Cabe registrar que o debate sobre a “validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009” está submetido ao regime da repercussão geral, em recurso ainda não julgado pelo STF (tema 810).

IV - Conclusão.

Posto isso, em reexame necessário, reformo, em parte, a sentença para julgar improcedente o pedido de indenização por danos materiais e fixar em R\$30.000,00 (trinta mil reais) o valor da indenização por danos morais.

Pela sucumbência recíproca e equivalente, condeno as partes, na mesma proporção, ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$3.000,00 (três mil reais), considerando a longa duração do feito, sentenciado em 4 (quatro) anos; a prestação do serviço na comarca onde se estabelecem os advogados; e a complexidade da causa,

instruída com farta prova documental e prova testemunhal. Fica determinada a compensação (art. 21 do CPC). Mantidos os demais termos da sentença.

Custas, ao meio, partes isentas (art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939/2003).

Prejudicada a apelação.

Custas: requerido: isento.

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES e ALICE BIRCHAL.

Súmula - À UNANIMIDADE, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADA A APELAÇÃO.

...

Ação de Rescisão Contratual - Exceção do contrato não cumprido - Art. 476 do Código Civil - Culpa recíproca - Multa rescisória - Perdas e danos - Não incidência - Retorno das partes ao *status quo ante* - Impossibilidade - Recomposição dos prejuízos - Devolução dos valores pagos excedentes - Multa tributária - Emitente da nota fiscal - Responsabilidade - Previsão Contratual

Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Exceção do contrato não cumprido. Culpa recíproca. Resolução do contrato. Impossibilidade de retorno das partes ao *status quo ante*. Composição dos prejuízos. Multa tributária devida pela parte responsável pela emissão da nota fiscal e transporte da mercadoria.

- Verificado o inadimplemento de ambas as partes, deve ser decretada a resolução do contrato, não havendo, contudo, falar em condenação da ré em perdas e danos ou multa rescisória, em razão da culpa recíproca.

- A consequência da rescisão contratual é a restituição das partes à situação anterior, pois a extinção da avença implica a necessidade de recomposição, tanto quanto possível, da situação assim como era antes.

- O valor da multa tributária aplicada deve ser arcado pela parte requerida, responsável pela emissão da nota fiscal da mercadoria, mormente porque constou expressamente no contrato que seria ela a responsável pelo transporte do produto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.12.023959-5/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Cavalcanti & Martins Ltda. - ME - Apelado: LEV Logística de Entulhos Verdes Ltda. - ME - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016. - Valdez Leite Machado - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Cavalcanti & Martins Ltda. ME contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Varginha nos autos da ação de rescisão contratual que lhe move LEV Logística de Entulhos Verdes Ltda. ME, a qual julgou procedente em parte a pretensão autoral, declarando a resolução do contrato de compra e venda ajustado entre as partes, por culpa da requerida, a qual foi condenada na restituição da quantia de R\$47.600,00, referente aos pagamentos realizados pela autora, além de R\$2.166,98, relativa à multa fiscal paga pela autora.

Sobre referidos valores, determinou-se a incidência de correção monetária a partir do desembolso, além de juros de 1% ao mês desde a citação. A ré foi condenada a retirar as 20 caçambas entregues à autora, às suas expensas.

Consubstanciando seu inconformismo nas razões de f. 178-185, objetiva a requerida, ora apelante, a reforma da sentença, ao argumento de que o preço unitário das caçambas que pratica é superior ao contratado pela apelada, sendo que apresentou orçamento em valor inferior em razão da quantidade que seria adquirida. Mencionou que, no orçamento, constou que o pagamento deveria ocorrer 40% no sinal, 20% na entrega e o restante em duas vezes com cheques pré-datados.

Sustentou que, após a contratação, a requerida manifestou que não poderia pagar o sinal de 40%, tendo este sido dividido em duas parcelas de R\$15.000,00, a serem pagas em 20.01.2012 e 17.02.2012, sendo que o prazo de 20 dias úteis para a entrega das caçambas somente começou a correr após o pagamento da segunda parcela.

Afirmou que as caçambas ficaram prontas, mas a autora não dispunha dos outros 20% do valor que deveriam ser pagos na entrega, tendo requerido prazo para pagamento.

Em razão disso, convencionou-se que as caçambas seriam entregues após o depósito correspondente a 20% do valor total. Afiançou que referido pagamento deveria ter ocorrido em 17.03.2012, mas foi efetivado apenas em 05.04.2012, quando entregou parte da produção. Disse que tinha mais 20 dias úteis para entregar as demais caçambas.

Narrou que a autora deixou de cumprir o contratado, porque não efetuou os demais pagamentos

combinados. Assegurou que desde então tentou resolver a questão, já que a autora adquiriu apenas 20 caçambas, não se justificando o desconto concedido.

Entendeu que foi a autora quem deu causa à resolução do contrato, não cumprindo as obrigações por ela assumidas. Mencionou que, se ocorreram atrasos, estes foram com o consentimento da autora, que não pode agora utilizá-los como causa para a rescisão do contrato.

Discorreu sobre o princípio da boa-fé objetiva e os institutos da *supressio* e *venire contra factum proprium*, os quais entendeu aplicáveis na hipótese.

Afirmou que a autora incorreu em multa por sua culpa, sendo que, tão logo o documento fiscal foi emitido, a ré lhe enviou cópia por e-mail para recolhimento da parte da autora da diferença de ICMS, sendo que, apenas após seu recolhimento, as caçambas poderiam ser transportadas. Mencionou que não foi informada do pagamento do imposto.

Disse que cumpriu parcialmente o contrato, tendo entregado caçambas que totalizam o valor de R\$28.000,00, de modo que referida quantia deve ser descontada do valor a ser restituído.

Requeru o provimento do recurso.

A requerida apresentou contrarrazões às f. 190-193, pugnando pela manutenção da sentença hostilizada.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, registro que, embora já esteja em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), o presente recurso deve ser analisado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, sendo esta a melhor interpretação que se extrai do art. 14 do novo CPC, *in verbis*:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Continua vigorando, portanto, o princípio do *tempus regit actum*, de modo que a nova lei não pode atingir os atos já praticados, em observância ao sistema de isolamento dos atos processuais.

Em outras palavras, embora a nova lei processual deva ser aplicada imediatamente aos atos e fatos ocorridos na sua vigência, aplicando-se assim aos processos em curso, devem ser respeitadas as situações jurídicas já consolidadas, realizadas na vigência da lei processual antiga, tratando-se referidos atos de direitos processualmente adquiridos.

Na hipótese, a sentença foi publicada quando em vigor a lei processual antiga, de modo que o julgamento relativo às questões processuais deve observar a referida lei processual.

Referido posicionamento, inclusive, encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, que publicou nesse sentido os seguintes enunciados administrativos:

Enunciado Administrativo n. 2: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado Administrativo n. 7: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Com essas considerações, passo à análise do recurso.

Do que consta nos autos, verifico que, em 16.01.2012, as partes ajustaram o contrato particular de compra e venda de f. 26-30, cujo objeto seria 10 unidades das caçambas especificadas no anexo I, com 4m², mais 42 unidades com 5m², pelos valores unitários de R\$1.250,00 e R\$1.550,00, respectivamente, totalizando assim R\$77.600,00.

Registro que vigora no Direito Privado, no campo dos contratos, o princípio da autonomia da vontade, sendo as partes livres para contratar ou não contratar, bastando que o objeto da convenção seja lícito.

Ou seja, somente a vontade pode fazer nascer uma obrigação, e o citado princípio exige que se encontre, à base de toda obrigação, uma vontade livre, tendo em vista que esta é soberana e sem ela não há vínculo de qualquer natureza.

A liberdade de contratar é norma expressa no art. 421 do Código Civil, que estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Também o art. 422 do Código Civil dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Sobre a matéria, transcrevo os ensinamentos de Teresa Negreiros, expostos em sua obra *Teoria do contrato: novos paradigmas*:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.

Em relação aos deveres instrumentais, o princípio da boa-fé atua como fonte autônoma de direitos e obrigações, não adstrita à vontade nem a texto puntual de lei.

Nesse contexto, a existência de deveres decorrentes da boa-fé atenua a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. De fato, o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das

obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas suas múltiplas especificações. Este é o campo de atuação dos deveres instrumentais.

Assim, deve ser analisado o que restou efetivamente contratado pelas partes, observando-se aqui o disposto no art. 112 do Código Civil, que preceitua que, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada”.

Na hipótese, verifico que o contrato em discussão descreve as partes, bem como seu objeto, valor, forma de pagamento, possibilidade de rescisão da avença e previsão de multa.

No caso, sobre a forma de pagamento, constou na cláusula terceira do contrato:

3.1 - 20% de sinal no valor de R\$15.000,00 no dia 20/01/2012 e o restante será pago 20% no valor de R\$15.000,00 no dia 17-02-2012, 20% no valor de R\$17.600,00 no dia 17-03-2012, 20% no valor de R\$15.000,00 no dia 17/04/2012 e 20% no valor de R\$15.000,00 no dia 17/05/2012.
[...]

3.3.- No caso de atraso no pagamento, incidirá multa de 2% ao mês, mais correção monetária, tendo como base a variação do IGP-M no período.

Dos documentos de f. 31-33 observa-se que a parte autora efetuou um pagamento no valor de R\$15.000,00, em 18.01.2012, bem como da primeira parcela (R\$17.600,00) e da segunda parcela (R\$15.000,00), nas datas de 15.02.2012 e 05.04.2012, respectivamente.

Relativamente ao objeto do contrato, as caçambas descritas às f. 29-30, não constou no contrato prazo para sua entrega, sendo que a cláusula 4.1 dispõe apenas que “a entrega das caçambas será feita por transporte da vendedora”.

Apesar disso, foi juntado o orçamento de f. 34-35, o qual funciona como proposta.

Sobre a matéria, o art. 427 do Código Civil dispõe que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

No caso, é incontroverso que as partes ajustaram um prazo para a entrega das caçambas, na forma do orçamento de f. 34-35, o que foi por elas admitido. Em sua inicial, à f. 03, a autora menciona que o prazo para entrega das caçambas seria aquele que consta na proposta, qual seja de 20 dias úteis após o pagamento do sinal para cada 25 caçambas.

A divergência se refere ao termo inicial de contagem desse prazo de 20 dias úteis, se do pagamento do sinal que constou no contrato de f. 26-28, ou de sua segunda parcela, que corresponderia a 40% do valor do contrato, conforme proposta de f. 34-35.

Admitindo as partes a veracidade da proposta de f. 35 e considerando que no contrato final não constou prazo para a entrega das caçambas, tenho por bem

considerar o prazo de entrega de acordo com os pagamentos constantes na proposta.

Assim, a meu ver, deve-se considerar que o prazo para entrega das caçambas realmente teve início após o pagamento da segunda parcela do contrato, o que ocorreu em 15.02.2012, uma vez que ali constou que o sinal corresponderia a 40% do valor da compra (f. 35).

Efetuada o pagamento de 40% do valor em 15.02.2012, conta-se daí o prazo para a entrega das mercadorias. Logo, considerando que entre os dias 20.02.2012 e 22.02.2012 foi carnaval, referido prazo se expiraria em 17.03.2012; e, sendo um sábado, prorrogado para 19.03.2012.

Tal fundamento é verossímil, inclusive, porque constou no contrato que o pagamento da terceira parcela, no valor de R\$17.600,00, deveria ocorrer em 17.03.2012, ou seja, no momento da entrega das caçambas, conforme proposta de f. 35.

Saliento que o e-mail de f. 38 não vincula as partes, não sendo seu signatário representante legal da requerida nem havendo prova de que aquela pessoa pudesse decidir em nome da ré.

Por outro lado, verifico que é incontroverso que a terceira parcela realmente foi paga com atraso, já que deveria ter sido quitada até 17.03.2012, tendo o pagamento ocorrido apenas em 05.04.2012, mesma data que consta na nota fiscal de f. 40, o que também demonstra a consistência do fundamento de que a terceira parcela deveria ser paga no momento da entrega das caçambas, nos termos da proposta de f. 35.

Ocorre que a entrega das mercadorias também não foi feita na data ajustada, que seria a mesma do pagamento da terceira parcela.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que a requerida aceitou o pagamento com atraso, do mesmo modo que a autora também aceitou o recebimento da mercadoria com atraso, já que recebeu a mercadoria sem qualquer ressalva.

Registro que, embora a parte autora afirme que as caçambas não atenderam as especificações que constaram no contrato, não trouxe nenhuma prova nesse sentido. Aliás, ela não recusou o recebimento das caçambas e também não fez qualquer ressalva quanto a suas especificações, tendo a presente demanda sido ajuizada apenas em setembro de 2012, muito tempo depois de expirado o prazo de 30 dias previsto no art. 445, *caput*, do Código Civil.

Fato é que a requerente não se desincumbiu de comprovar o fato constitutivo de seu direito relativamente à alegação de que tenha sido entregue produto diverso do contratado.

Demais disso, quanto ao número de caçambas entregues, entendo que, não fazendo nenhuma ressalva, a autora concordou com o recebimento das 20 caçambas naquele momento.

Nessa linha de raciocínio, entendo que as partes anuíram verbalmente com a prorrogação do prazo de pagamento da terceira parcela, bem como do prazo de entrega das mercadorias, de modo que resta afastada a hipótese prevista na cláusula 6.2, que estabelece que “o contrato estará automaticamente rescindido, caso a compradora atrase ou deixe de efetuar o pagamento avençado entre as partes”.

Dando continuidade às obrigações contratuais, a autora ainda devia duas prestações do contrato, com vencimento em 17.04.2012 e 17.05.2012. Por sua vez, a requerida também deveria entregar o restante das caçambas em 20 dias úteis contados a partir de 17.03.2012, data em que deveria ter efetuado a entrega da primeira remessa.

Destarte, considerando o feriado de sexta-feira santa, a requerida deveria ter efetuado a entrega do restante das mercadorias em 17.04.2012.

Como se vê, o pagamento da quarta prestação deveria ocorrer na mesma data da entrega do restante das mercadorias, não tendo nenhuma das partes cumprido sua obrigação.

Ora, se ambas as partes não cumpriram o acordado, nenhuma delas pode exigir o implemento da obrigação pela outra, a teor do que estabelece o art. 476 do Código Civil:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Com efeito, nos contratos bilaterais como o que se discute no caso em julgamento, ambas as partes assumem direitos e deveres recíprocos.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

Na realidade, nos contratos bilaterais, não há nem credor, nem devedor, pois ambos os contratantes são, a um só tempo, credores e devedores. Aquele que pretender executar o respectivo crédito, terá antes que deixar de ser devedor, solvendo o débito a seu cargo e fazendo cessar a bilateralidade do vínculo contratual (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 34).

Assim, para que o credor de obrigação decorrente de contrato bilateral exija o implemento da obrigação do devedor, é necessário que comprove o cumprimento do dever que lhe competia, sob pena de se aplicar a exceção de contrato não cumprido.

A esse respeito, a lição de Fabrício Zamprogna Mattiello, em *Código Civil comentado*, LTr, 2003, p. 314:

a *exceptio* funciona, na realidade, como defesa oponível por uma das partes quando a outra, sem cumprir o que lhe cabe no contrato, postula o recebimento daquilo a que tem direito. Funda-se a aludida exceção na interligação e mútua dependência existente entre as obrigações que emergem dos contratos sinalagmáticos.

Sobre o instituto da “exceção do contrato não cumprido”, Nelson Rosenvald observa com propriedade:

O fundamento do instituto reside na equidade. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico demandam o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação de interdependência, que assegura apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa) (ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. Barueri-SP: Ed. Manole, 2003, p. 371).

A propósito:

Civil e processual civil. Apelação. Ação cominatória de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e materiais. Nulidade da sentença por falta de fundamentação. Não verificação. Livre convencimento motivado. Coisa julgada. Inexistência. Prescrição. Não consumação. Prazo. Interrupção. Distribuição da ação anterior e sentença que suspendeu a exigibilidade do débito. Condutas contraditórias e incompatíveis. *Venire contra factum proprium*. Vedação. Exceção do contrato não cumprido. Art. 476 do CCB. Aplicação. Retenção das chaves e da escritura do imóvel até o adimplemento integral do contrato. Exercício regular de direito. Ato ilícito e dever de indenizar afastados. 1º recurso prejudicado. 2º recurso provido. [...] - O ordenamento jurídico não tutela a atuação contraditória das partes por implicar *venire contra factum proprium*. - A exceção do contrato não cumprido constitui fato impeditivo do direito do autor, conforme entendimento do STJ, o que atrai a improcedência dos pedidos iniciais. - O dever de indenizar depende de presença de três requisitos: o dano, a conduta antijurídica do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. - Sendo incontroláveis a contratação e o inadimplemento, a retenção das chaves e da escritura do imóvel vendido constitui exercício regular de direito, nos termos do art. 188, I, do CCB. - Tendo o consumidor dado causa à retenção das chaves e na não outorga da escritura do imóvel pela construtora, é de ser afastado o dever de indenizar nos termos do art. 14, § 3º, II, do CDC. - 1º recurso prejudicado. 2º recurso provido (TJMG, AC n. 1.0024.04.298676-0/004, Relatora Des.ª Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, j. em 05.03.2015).

Assim, deve-se reconhecer o inadimplemento parcial de ambas as partes, bem como a culpa recíproca na rescisão do contrato, não se aplicando ao caso o disposto no art. 389 do Código Civil, não incidindo nenhuma das partes na multa rescisória prevista no contrato em discussão, também não havendo falar em perdas e danos.

Assim, verificado o inadimplemento de ambas as partes, deve ser decretada a resolução do contrato, não havendo, contudo, falar em condenação da ré em perdas e danos ou multa rescisória, em razão da culpa recíproca.

Resolvido o contrato por culpa recíproca, observado o equilíbrio contratual, deve-se proceder à recomposição das partes tanto quanto possível da situação anterior.

No caso, verifico não ser possível o retorno das partes ao *status quo ante*.

Ora, evidente não ser possível a devolução das caçambas que estão com a requerente desde abril de 2012, sendo indene de dúvida a desvalorização e o desgaste natural dos produtos.

Demais disso, o objeto social da autora está relacionado ao aluguel de caçambas, não podendo a esta altura devolvê-las, sob pena de enriquecimento sem causa.

Caso a autora pretendesse sua devolução, deveria ter formulado pedido de consignação a tempo e modo, observando o disposto no art. 445 do Código Civil.

Não o tendo feito, a única solução possível é determinar a devolução do valor que excede o número de caçambas entregues à requerente.

Saliento que deve ser considerado o preço das caçambas que constou no contrato, tendo a requerida concedido abatimento no preço por liberalidade, não podendo a autora ser surpreendida com preço distinto do contratado.

Demais disso, a requerida também deu causa à rescisão do contrato, não podendo ser injustamente beneficiada.

Assim, considerando que a requerente recebeu 10 caçambas de 4m² pelo valor unitário de R\$1.250,00 e mais 10 caçambas de 5m² pelo valor unitário de R\$1.550,00, o que foi adquirido soma R\$28.000,00.

Tendo a requerida recebido a quantia de R\$47.600,00 (dois pagamentos de R\$15.000,00 e um de R\$17.600,00), deverá proceder à restituição da diferença, ou seja, do valor de R\$19.600,00.

Para que se preserve o valor aquisitivo da moeda, sobre este valor deverá incidir correção monetária pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça desde o desembolso da referida quantia pela autora, ou seja, R\$2.000,00, desde 15.02.2012, e R\$17.600,00, a partir de 05.04.2012. Também deverão incidir juros de mora de 1% ao mês desde a citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Por fim, quanto à multa tributária paga pela requerente (f. 39-40), entendo que devida a restituição de seu valor pela parte requerida, responsável pela emissão da nota fiscal da mercadoria, mormente porque também constou expressamente no contrato que seria ela a responsável pelo transporte do produto (f. 27 - cláusula quarta). Destarte, a requerida responde por todos os encargos devidos até a entrega da mercadoria em mãos da autora.

Assim, nesse ponto, deverá ser mantida a sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para, reformando em parte a sentença, decretar a resolução do contrato por culpa recíproca, devendo a requerida devolver à autora a quantia de R\$19.600,00 (dezenove mil e seiscentos reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente pela tabela da CGJ-MG a partir do seu efetivo desembolso pela autora, contados os juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Fica mantida a condenação da requerida no ressarcimento do valor de R\$2.166,98, pago pela requerente a título de multa fiscal.

Em razão do presente julgamento, observado o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, entendo razoável alterar o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais, fixando-os em 15% (quinze por cento) do valor da condenação atualizado, os quais, em razão da sucumbência recíproca, serão devidos na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes. Custas processuais na mesma proporção.

Custas recursais, na proporção de 70% (setenta por cento) pela apelante e 30% (trinta por cento) pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS EVANGELINA CASTILHO DUARTE e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - DERAMPROVIMENTO PARCIALAO RECURSO.

...

Medida cautelar de exibição de documentos - Cópia de autorização prévia - Credit scoring - Avaliação de risco de concessão de crédito - Consumidor - Desnecessidade de consentimento - Lei do Cadastro Positivo - Privacidade - Transparência - Ausência de interesse de agir

Ementa: Apelação cível. *Credit scoring*. Pedido de exibição da autorização para que a pontuação da parte autora fosse feita ou dos contratos celebrados entre as partes. Não cabimento. Inexistência de autorização prévia ou de contratos entre as partes. Interesse de agir. Requerimento para obtenção de dados ou tentativa de fazê-lo em substituição responsável pelo sistema de pontuação com a fixação de prazo razoável para o atendimento. Recusa do crédito almejado ocorrido em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema *scoring*.

- No sistema *credit scoring*, é desnecessário o consentimento do consumidor consultado para que ele seja feito, mas a ele devem ser fornecidos os esclarecimentos acaso solicitados acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

- No sistema *credit scoring*, não cabe falar em exibição de autorização prévia ou de contratos entre as partes, pois inexistentes.

- Em relação ao sistema *credit scoring*, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para

obtenção de dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo na instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para o atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema *scoring*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.14.025497-0/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Adriene Cândido - Apelado: Boa Vista Serviços S.A. - Relator: DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2016. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se recurso de apelação, interposto por Adriene Cândido, nos autos da medida cautelar de exibição de documentos, interposta em face de Boa Vista Serviços S.A., contra a sentença de f. 14/15, que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I e VI, do CPC, e a condenou ao pagamento das custas processuais, ficando suspensa sua exigibilidade em razão da concessão do benefício da justiça gratuita.

Diz a parte apelante que notificou a ré a apresentar documento administrativamente, sem êxito; não restou outro caminho senão o do ajuizamento da presente ação; que a inicial preenche os requisitos legais; que possui interesse de agir; que não há qualquer custo para exibição do documento. Pede, ao final, seja julgado procedente o pedido inicial, condenando-se a parte recorrida a apresentar os documentos pretendidos, bem como nos ônus de sucumbência (f. 18/27).

Contrarrazões às f. 33/44.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade, registrando que não há preparo por estar a parte apelante a litigar sob o amparo da justiça gratuita.

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

Cuidam os autos de ação de exibição de documento em que a parte apelante pediu fosse a parte recorrida condenada a exibir cópia da autorização prévia por ela assinada ou de cláusula apartada que autorizou a abertura de seu cadastro para divulgação da informação.

A parte recorrida é a Boa Vista Serviços S.A.

Não se trata, pois, de uma instituição financeira.

Por esse motivo, não se há de se exigir o pagamento de taxa para exibição de documento, pois a decisão do STJ, proferida no REsp nº 1349453/MS, em 10.12.2014, diz respeito à instituição financeira, como se vê:

A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segundas vias de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir eventual ação principal, bastando a demonstração de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

De outro lado, é sabido que o sistema *credit scoring* é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

Essa prática comercial é lícita, estando amparada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo).

É certo que, na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011.

Assim, a despeito de ser desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo:

Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC). Tema 710/STJ. Direito do consumidor. Arquivos de crédito. Sistema *credit scoring*. Compatibilidade com o direito brasileiro. Limites. Dano moral. I - Teses: 1) O sistema *credit scoring* é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei nº 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da

Lei nº 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - Caso concreto: 1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia; 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC. 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC. 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral *in re ipsa*. 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente. III - Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios, e recurso especial parcialmente provido (REsp 1419697/RS Recurso Especial 2013/0386285-0; Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (1144); Órgão Julgador S2 - Segunda Seção; j. em 12.11.2014; DJe de 17.11.2014).

Do acórdão desse julgado, assim constou:

Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: 1) O sistema *credit scoring* é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

Assim, em princípio, no caso em exame, a razão estaria com a parte apelante.

Ocorre que, na inicial, a parte apelante pediu seja a parte recorrida condenada a exibir cópia da autorização prévia por ela assinada ou de “cláusula apartada” que autorizou a abertura de seu cadastro para divulgação da informação.

Ora, em casos como o dos autos, conforme se vê do próprio julgado, aqui citado, do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessário o consentimento do consumidor, ou seja, não existe “autorização prévia” ou “cláusula” ou “contrato entre as partes” que autorize o cadastro.

Assim, o pedido, como posto, faz com que, pelos fundamentos ora expostos, não haja mesmo interesse de agir.

Por fim, quando do julgamento do REsp nº 1.304.736-RS, aqui já citado, o Superior Tribunal de Justiça assim deixou assentado:

Em relação ao sistema *credit scoring*, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção de dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo junto à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para o atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema *scoring*.

Ora, no caso dos autos, a parte autora, ora apelante, procedeu à notificação prévia da parte ré, ora apelada, em 30.05.2014 (f. 10), vindo a ajuizar a presente ação mais de 30 dias depois, já que somente o fez em 10.10.2014 (f. 02-v.).

Portanto, o primeiro requisito indicado no REsp nº 1.304.736-RS foi atendido.

No entanto, não há notícia de recusa de crédito nem tampouco que tenha ele ocorrido em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema *scoring*.

Assim, também por esse motivo, é de se reconhecer a ausência do interesse de agir.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de

anulação - Penhora - Arrematação - Preliminares - Rejeição - Representação processual - Instrumento de mandato - Procuração - Ausência - Defensoria Pública - Art. 74, XI, da LC/MG 65/2003 - Não exigência - Ofensa à coisa julgada - Art. 337 do NCPC/2015 - Identidade de partes - Pedido - Causa de pedir - Não ocorrência - Fiança - Ausência de outorga uxória - Invalidade do negócio jurídico - Prazo de decadência - Art. 1.649 do CC - Preclusão - Inexistência - Estado civil - Informação inverídica - Meação da esposa - Preservação

Ementa: Ação anulatória de penhora e arrematação. Preliminar de irregularidade na representação processual. Preliminar de ofensa à coisa julgada. Contrato de locação. Fiança. Ausência de outorga uxória. Informação inverídica quanto ao estado civil. Manutenção da restrição e alienação do bem. Meação da esposa. Preservação.

- É despicienda a exibição de procuração da parte representada pela Defensoria Pública.

- Para existir ofensa à coisa julgada, deve haver identidade de partes, pedido e causa de pedir.

- A alegação de ausência de outorga uxória não gera nulidade processual, a qual deve ser arguida na primeira oportunidade, mas sim invalidez de negócio jurídico, que se submete ao instituto da decadência.

- A ausência de manifestação da parte quanto à invalidade da fiança no momento da penhora não caracteriza preclusão, pois se trata de um direito potestativo da parte, que deve ser exercido dentro do prazo decadencial, nos termos do art. 1.649 do Código Civil.

- É inválida a fiança prestada por pessoa casada em regime de comunhão de bens sem a autorização do outro cônjuge. Todavia, em estrita observação à cláusula geral de boa-fé objetiva, a recente jurisprudência do STJ passou a flexibilizar a regra da nulidade plena da fiança nos casos em que o fiador presta informação inverídica, ou omite seu estado civil. Em tais casos, deverá ser preservada a meaço do cônjuge que não autorizou a prestação da fiança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.025979-6/005 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: Solange Nunes de Souza Assis, Geraldo Adelino de Assis e outros - Apelada: Leila Sálzer Reis - Relator: DES. ESTEVÃO LUCCHESI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2016. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Geraldo Adelino de Assis e outros contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou improcedente a ação anulatória de penhora e arrematação.

Sustentam os apelantes, em suas razões recursais, a nulidade da fiança em razão da ausência de outorga uxória. Aduz que não há que se falar em preclusão, pois não se trata de uma simples perda de faculdade processual, e sim de violação de um direito subjetivo. Esperam o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 406/410, nas quais a apelada arguiu preliminar de irregularidade na representação e de ofensa à coisa julgada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Havendo preliminares, passo a analisá-las.

Preliminar de irregularidade de representação.

A apelada arguiu preliminar de irregularidade na representação processual dos apelantes.

Sem razão a apelada.

É que não se exige procuração da parte representada pela Defensoria Pública, nos termos do art. 74, XI, da LC 65/2003 c/c o art. 16, parágrafo único, da Lei 1.060/50:

Art. 74. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições:

[...]

XI - representar a parte em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais, em qualquer grau de jurisdição; [...].

Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento do mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga.

Parágrafo único. O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados:

a) os atos previstos no art. 38 do Código de Processo Civil; b) o requerimento de abertura de inquérito por crime de ação privada, a proposição de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação pública condicionada.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental em recurso especial. Advogado. Ausência de procuração ou nomeação. Súmula 115/STJ. Núcleo de Prática Jurídica. Equiparação com a Defensoria Pública. Descabimento. [...] 3. A Defensoria Pública, por força das atribuições expressas na legislação de regência da instituição, pode atuar na defesa de seus assistidos ou representados, razão pela qual seus integrantes, uma vez investidos no cargo de defensor público, podem atuar em juízo sem a exibição de procuração ou de nomeação. [...] 5. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no AREsp 11.931/DF - Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma - j. em 12.03.2013 - DJe de 19.03.2013).

Logo, não há falar em irregularidade na representação processual dos apelantes, devendo ser rejeitada a preliminar.

Preliminar de ofensa à coisa julgada.

Sobre a coisa julgada, assim dispõe o art. 337 do NCPC/2015:

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

[...]

§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

Sobre o tema, oportuno trazer à colação a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Para acolhimento da preliminar de coisa julgada, é necessário que ocorra identidade de partes, causa de pedir e pedido, tal como se passa com a litispendência (art. 301, §§ 1º e 2º). A diferença entre essas duas figuras processuais está em que a litispendência ocorre com relação a uma causa anterior ainda em curso, e a coisa julgada relaciona-se com um feito já definitivamente julgado por sentença, de que não mais cabe nenhum recurso (art. 301, § 3º) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 343).

Prossegue o ilustre processualista pontuando que:

O pedido, como objeto da ação, equivale à lide, isto é, à matéria sobre a qual a sentença de mérito tem de atuar. É o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu. É também pedido, no aspecto processual, o tipo de prestação jurisdicional invocada (condenação, execução, declaração, cautela, etc.). Para que uma causa seja idêntica à outra, requer-se identidade de pretensão, tanto de direito material, como de direito processual. Não há, assim, pedidos iguais quando o credor, repellido na execução de quantia certa, renova o pleito sob a forma de cobrança ordinária. A pretensão material é a mesma, mas a tutela processual pedida é outra. A *causa petendi*, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si, dá-se a denominação de ‘causa remota’ do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de ‘causa próxima’ do pedido. Para que duas ações sejam tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 72-73).

No caso *sub judice*, não há identidade de partes, pedido e causa de pedir, tampouco a questão referente à outorga uxória foi analisada nos autos da ação de despejo, inexistindo ofensa à coisa julgada, razão pela qual rejeito a preliminar.

Do mérito.

No mérito, cinge-se a questão na validade da penhora sobre imóvel de propriedade da embargante e seu marido, que prestou fiança em contrato de locação sem a devida outorga uxória.

No caso dos autos, o Magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos iniciais, sob o argumento de que os apelantes não arguíram a nulidade da fiança no momento oportuno, quando da intimação da penhora, ocorrendo a preclusão.

Data venia, tenho que o Magistrado de primeiro grau não agiu com o costumeiro acerto.

Ora, a preclusão diz respeito a atos e nulidades processuais, podendo ser definida como “a perda de uma situação jurídica ativa processual” (DIDIER JÚNIOR,

Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, p. 417).

De fato, a alegação de ausência de outorga uxória não gera nulidade processual, a qual deve ser arguida na primeira oportunidade, mas sim invalidez de negócio jurídico, que se submete ao instituto da decadência.

Certo é que o fato de os apelantes não terem se manifestado no momento da penhora não caracteriza preclusão, pois se trata de um direito potestativo da parte, que deve ser exercido dentro do prazo decadencial, nos termos do art. 1.649 do Código Civil.

Destarte, a sentença deve ser reformada quanto ao reconhecimento da preclusão.

Analisando o contrato de locação originário do crédito executado de f. 17/22, verifica-se que, de fato, a fiança foi prestada pelo primeiro apelante sem a devida outorga uxória da segunda, não obstante fossem casados pelo regime de comunhão de bens, conforme comprova a certidão de f. 13.

A necessidade de outorga uxória para prestar fiança está expressamente prevista nos arts. 1.647, III, e 1.649, ambos do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

[...]

III - prestar fiança ou aval

[...]

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Assim, qualquer dos cônjuges pode promover a anulação dos atos praticados sem autorização conjugal do outro, tratando-se de causa de anulabilidade. A questão foi recentemente pacificada pelo STJ com a edição da Súmula 332, com o seguinte enunciado: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

Ao comentar os artigos acima citados, Milton Paulo de Carvalho Filho adverte:

O entendimento inserto nos acórdãos - de casos anteriores à vigência do atual Código Civil - que deram origem à súmula, na verdade, define e realça a impossibilidade da subsistência de parte da fiança (invalidez total da garantia) quando conferida sem a autorização de um dos cônjuges. Daí por que talvez não se atentou para a utilização do termo correto, pois, sob a égide da lei anterior, implicava nulidade, enquanto, para o Código Civil vigente, a ausência de autorização para a concessão da garantia importa anulabilidade, não se justificando o direcionamento para o campo da ineficácia (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. 5. ed. São Paulo: Manole, 2011. p. 1.883).

Por outro lado, em estrita observação à cláusula geral de boa-fé objetiva, a recente jurisprudência do STJ

passou a flexibilizar a regra da nulidade plena da fiança nos casos em que o fiador presta informação inverídica ou omite seu estado civil. Em tais casos, deverá ser preservada a meação do cônjuge que não autorizou a prestação da fiança, senão vejamos:

Agravo regimental no recurso especial. Embargos de terceiro em virtude de ação de despejo e cobrança de alugueis. Decisão monocrática negando seguimento ao reclamo. Irre-signação da embargante. 1. Nos termos do art. 1.647 do Código Civil, exceto no regime de bens da separação absoluta, é obrigatória a autorização conjugal para a concessão da fiança por um dos cônjuges. 1.1. Nesse contexto normativo, sobreveio a Súmula 332/STJ no sentido de que 'a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia'. 1.2. Nada obstante, em respeito à cláusula geral da boa-fé objetiva, a jurisprudência desta Corte tem mitigado a incidência da regra de nulidade integral da fiança nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu estado civil. Em tais hipóteses, a meação do cônjuge, cuja autorização não foi concedida/demonstrada, deverá ser preservada. 1.3. Hipótese em que o Tribunal de origem prestigiou a boa-fé do locador, ante a informação errônea do fiador a respeito de seu estado civil, o que ensejou a anulação apenas parcial da fiança prestada sem outorga conjugal, resguardada a meação da esposa. 1.4. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no REsp 1507413/SP - Relator: Ministro Marco Buzzi - j. em 1º.09.2015 - DJe de 11.09.2015).

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282/STF. Contrato de locação. Fiança. Falta de outorga uxória. Validade parcial da garantia. Declaração incorreta do estado civil de solteiro. Súmula nº 332/STJ afastada. Meação preservada. 1. Se o conteúdo normativo do dispositivo apontado no recurso, não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, tem incidência o enunciado da Súmula nº 282/STF. 2. A regra de nulidade integral da fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro cônjuge não incide no caso de informação inverídica quanto ao estado civil. Meação preservada na origem. Precedente. 3. Aplica-se a Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1459299/DF - Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - Terceira Turma - j. em 19.03.2015 - DJe de 31.03.2015).

Nesse sentido, ainda:

Apelação cível. Embargos de terceiro. Nulidade da sentença afastada. Fiança prestada em contrato de locação. Real estado civil. Omissão pelo fiador. Ausência de outorga uxória. Efeitos. - Em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes, devendo atribuir à matéria controvertida a solução que reputar cabível à luz da legislação de regência. Não é necessário que o magistrado, ao proferir sua decisão, tente convencer as partes do seu entendimento, sustentando teses jurídicas, bastando que apresente, fundamentadamente, ainda que de forma sucinta e objetiva, os motivos que o levaram a decidir. Ainda que prestada ao arripio da necessária outorga uxória, a fiança persiste em face do fiador que, ao prestar a garantia, não torna conhecido seu verdadeiro estado civil. Em hipóteses tais,

o efeito da invalidação deve, excepcionalmente, limitar-se à meação da esposa preterida, consequência que encontra assento na boa-fé que deve conduzir as relações contratuais (TJMG - Apelação Cível 1.0024.08.269981-0/001 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - 14ª Câmara Cível - j. em 11.08.2011 - p. em 06.09.2011).

Declaratória de nulidade de aval. Ausência de outorga marital. Art. 1.647 do CC/02. Nulidade afastada. - A fiança ou aval prestado por um cônjuge sem autorização do outro não invalida o ato, mas protege a meação daquele que não anuiu. A fiança ou aval persiste em face daquele que, ao prestá-la, omite o seu estado civil (TJMG - Apelação Cível 1.0433.12.036193-9/001 - Relator: Des. Luiz Artur Hilário - 9ª Câmara Cível - j. em 31.05.2016 - p. em 22.06.2016).

Apelação cível. Locação. Ação de nulidade de fiança. Ausência de outorga uxória. Fiadora que se qualifica como solteira no contrato. Eficaz e válida a garantia prestada, ainda que sem outorga uxória do companheiro. Presunção de boa-fé pelo locador. Reserva da meação. - Ressalva-se da constrição a meação da parte demandante que não anuiu na outorga da fiança que ensejou a execução contra sua esposa, na qual foi bloqueado valor junto à conta-corrente. Dcaimento recíproco materializado. Sucumbência Mantida. Apelações desprovidas (Apelação Cível nº 70068609130 - Décima Quinta Câmara Cível - TJRS - Relatora: Des.ª Ana Beatriz Iser - j. em 13.04.2016).

No caso dos autos, verifica-se que o fiador do contrato de locação, ora primeiro apelante, aferiu informação inverídica, omitindo seu verdadeiro estado civil, pois consta no contrato que o mesmo é separado (f. 20).

Com efeito, em razão da omissão do fiador quanto ao seu estado civil, não há que se falar em nulidade total da fiança, tampouco em anulação da penhora e arrematação, devendo, contudo, ser preservada a meação da esposa, ora segunda apelante.

Destarte, a segunda apelante faz jus a 50% do produto obtido com a alienação do bem, devendo a sentença ser reformada.

Outrossim, tem-se que o imóvel foi alienado pelo valor de R\$18.000,00 (dezoito mil reais), sendo que a requerida recebeu a quantia de R\$13.079,82 (treze mil e setenta e nove reais e oitenta e dois centavos), e o restante foi devolvido aos autores (R\$4.920,18).

Portanto, uma vez que a meação da esposa perfaz a quantia de R\$9.000,00, deve a requerida restituir à segunda apelante o montante de R\$4.079,82 (quatro mil e setenta e nove reais e oitenta e dois centavos), com correção monetária desde a alienação do imóvel e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação nesta ação.

Importante salientar, por fim, que, com a devolução dos valores a título de meação da esposa, o débito do primeiro autor/executado não mais se encontra satisfeito em sua integralidade, cabendo à ré/exequente tomar as providências que entender cabíveis para buscar o restante do seu crédito.

Diante do acima exposto, dou parcial provimento ao recurso, reformando a sentença, determinando que a requerida restitua à segunda apelante o montante de R\$4.079,82 (quatro mil e setenta e nove reais e oitenta e dois centavos), com correção monetária desde a alienação do imóvel e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação nesta ação.

Redistribuo os ônus da sucumbência, devendo os autores arcar com 70% e a requerida com 30% das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor atualizado da causa, vedada a compensação. Fica suspensa a exigibilidade em face de ambas as partes litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

De igual forma, custas recursais na proporção de 70% pelos apelantes e 30% pela apelada, observado o disposto no art. 98, § 3º, do NCPC/2015.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURELIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

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

...

Responsabilidade civil - Dano moral - Perturbação do sossego - Emissão de ruídos excessivos - Incômodos persistentes por longo período de tempo - Comprovação - Lesão extrapatrimonial - Caracterização - Obrigação de indenizar

Ementa: Direito Civil e Processual Civil. CPC/73. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Emissão de ruídos excessivos. Perturbação do sossego. Incômodos persistentes por longo período de tempo. Perturbação do ambiente dedicado a meditação e descanso. Comprovação. Lesão extrapatrimonial. Caracterização. Obrigação de indenizar.

- Comete ato ilícito, gerador da obrigação de indenizar, quem exerça atividade nociva, causadora de ruídos excessivos, que, por sua vez, provoquem dano representado pela desvalorização da atividade desempenhada no imóvel vizinho.

- O exercício de atividade nociva, geradora de ruídos que, além de excessivos, são reiterados em diversas oportunidades e persistentes por longo período de tempo, causando a perturbação do sossego alheio, notadamente em horário de descanso noturno, comete ato ilícito, ensejador do dever de indenizar por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0301.07.028442-9/001 - Comarca de Igarapé - Apelante: Ari Batista de Souza

- Apelada: Associação Educacional dos Irmãos de Nossa Senhora - Relator: DES. LUIZ ARTHUR HILÁRIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - Luiz Artur Hilário - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Ari Batista de Souza contra a sentença de f. 313/317-v, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais c/c obrigação de não fazer ajuizada pela Associação Educacional dos Irmãos de Nossa Senhora, que julgou procedentes os pedidos iniciais, para determinar que o requerido se abstenha de realizar qualquer atividade nas dependências do seu imóvel (sítio), que dê causa a poluição ambiental, com ruídos em níveis superiores ao estabelecido na Lei Estadual nº 10.100/90, quais sejam 70db (setenta decibéis) durante o dia, e 60 db (sessenta decibéis) durante a noite, sob pena de multa diária de R\$3.000,00 (três mil reais), limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais), a serem revertidos em favor da autora. Condenou-o, outrossim, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido monetariamente pela tabela da CGJ e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, tudo a partir da sentença, além de custas processuais e de honorários advocatícios, que fixou em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Em suas razões recursais encartadas às f. 319/328, o requerido alega, em síntese, que não há prova cabal de que produz som excessivo capaz de ensejar a alegada perturbação, mormente porque não realizada nos autos prova pericial para apuração dos decibéis. Afirma que o barulho não ultrapassa a normalidade, conforme afirmado por suas testemunhas, também vizinhas ao seu imóvel, que informam jamais terem visto a polícia militar no local em decorrência de eventual perturbação. Refuta a ocorrência de danos morais, alegando que os aborrecimentos decorrem da hipersensibilidade da apelada aos barulhos, pugnando pela exclusão da condenação e, alternativamente, pela redução do *Quantum* indenizatório, o qual entende excessivo.

Contrarrazões, às f. 334/337, em patente infirmação, prestigiando a sentença recorrida.

É o relatório.

Conheço do apelo, presentes que se encontram os pressupostos de admissibilidade.

Consigno, inicialmente, que, tratando-se de recurso interposto em face de sentença publicada em cartório sob

a égide do CPC/73, seu julgamento será regido pelas respectivas normas, a teor do que estabelece o enunciado 54 deste Sodalício, v.g.: “A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos”.

Da leitura da petição inicial, depreende-se que a autora veio a juízo para requerer a condenação do réu na obrigação de não fazer, consistente na cessação das atividades perturbadoras de seu sossego.

A autora pretendia, ainda, o recebimento de reparação pelos danos morais que lhe advieram do forte ruído proveniente do imóvel vizinho, além dos danos morais.

Pois bem.

Do conjunto probatório coligido aos autos, em especial dos depoimentos testemunhais, extrai-se que a autora e seus hóspedes foram expostos a níveis de ruídos perturbadores e acima dos permitidos pela legislação ambiental, encontrando-se, nesta atuação, o ilícito praticado pelos réus.

E o desconforto de encontrar-se exposto a ruído excessivo, a meu ver, ultrapassa a barreira dos meros aborrecimentos, daquele dissabor que o cidadão deve absorver como realidade da vida em sociedade e decorrente de suas relações.

A conduta do requerido, com efeito, causou uma sucessão de incômodos ao ambiente da autora, local dedicado a meditação e descanso, sendo inegável que a perturbação do sossego, nesta hipótese, caracteriza ato ilícito.

Nesse sentido, já se manifestou este Sodalício:

Responsabilidade civil. Reparação de danos. Direito de vizinhança. Excesso de ruído causado por empresa de transporte coletivo. Dano moral. *Quantum* mantido. Juros de mora. Termo inicial. Preliminar rejeitada. Recurso não provido. - O ruído produzido por pelos motores de ônibus, serviços de oficina e lavatório na sede e área de estacionamento de empresa de transporte coletivo, com poluição sonora e poluição ambiental pelo excesso de fumaça, ensejam reparação por danos morais para o morador vizinho vítima do ambiente hostil. - O arbitramento da indenização por danos morais não deve representar perda ínfima para o agente causador do dano ou enriquecimento indevido para a vítima. - Deve ser mantido o termo inicial dos juros de mora, a partir da citação, se o autor não recorre para alterá-lo e para não caracterizar *reformatio in pejus* (Apelação Cível nº 1.0024.02.881126-3/001, Relator Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 30.11.2011, publicação da súmula em 14.12.2011).

Apelação cível. Ação de indenização. Poluição sonora. Dano moral ambiental. Cabimento. Valor da indenização. Manter. - O meio ambiente equilibrado constitui valor protegido legal e constitucionalmente, ressaltando, ainda, que a qualidade sonora e o bem-estar da população são alguns dos seus pressupostos essenciais. - A emissão de ruído acima do permitido na legislação impõe a condenação do responsável pela poluição sonora em indenização por danos morais às vítimas do ato ilícito. - O valor da indenização deve ser fixado com prudência, segundo os princípios da razoabilidade e

proporcionalidade, mostrando-se apto a reparar, adequadamente, o dano suportado pelo ofendido, servindo, ainda, como meio de impedir que o condenado reitere a conduta ilícita. V.v.p: Valor da indenização. Redução. Recurso parcialmente provido. - Observando os critérios norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os princípios orientadores da intensidade da ofensa, sua repercussão na esfera psicológica da vítima, as condições do ofensor, cujo poder econômico não pode ser equiparado ao de uma instituição financeira, a extensão dos danos e o caráter pedagógico da medida, entendo que o valor fixado pelo MM. juiz singular mostrou-se um pouco excessivo, devendo ser reduzido para R\$10.000,00 (Apelação Cível nº 1.0382.08.089926-5/001, Relator Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 29.03.2012, publicação da súmula em 10.04.2012).

Poluição sonora. Estabelecimento industrial. Dano moral. - Caracteriza-se como dano moral passível de reparação a poluição sonora causada por estabelecimento industrial instalado em bairro residencial. Recurso não provido (Apelação Cível nº 1.0313.07.224254-5/001, Relator Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, 10ª Câmara Cível, j. em 16.03.2010, publicação da súmula em 07.04.2010).

Com efeito, estabelece a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, - que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente - em seu art. 3º, inc. III, alínea a:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente;

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

[...].

Na hipótese vertente, a prova testemunhal produzida nos autos, a qual não será transcrita nesta oportunidade, por se tratar de medida despicienda, porquanto fartamente reproduzida na sentença, comprova o uso nocivo da propriedade do apelante, bem como a locação do imóvel para festas e eventos, que, nitidamente, perturbavam os vizinhos e os hóspedes do autor (f. 269/272).

O só fato de não haver prova quanto aos níveis de decibéis produzidos pela parte ré não macula a pretensão inicial, porquanto os diversos Boletins de Ocorrência coligidos dão conta dos elevados níveis sonoros por ele emitidos (f. 23, 31, 33/37, 55, 60/61, 64/65, 69/70, 83/84, 247/248).

Neste contexto probatório, tem-se que o réu não logrou comprovar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pretendido, ônus que lhe impunha por força do disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973, visto que evidenciada a emissão sonora irregular, ensejadora da pretendida reparação por danos morais.

Ultrapassada a questão, quanto ao valor da indenização por danos morais, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à

custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

O valor da indenização pelos danos morais, com efeito, deve ser capaz de reparar a dor sofrida pelo ofendido, de compensá-lo pelo sofrimento suportado em razão da conduta inadequada do agressor.

Clayton Reis, em *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 186, ao lecionar acerca do efeito compensatório da indenização por danos morais, disserta:

Dessa forma, o efeito compensatório não possui função de reparação no sentido lato da palavra, mas apenas e tão-somente de conferir à vítima um estado d'alma que lhe outorgue a sensação de um retorno do seu *animus* ferido à situação anterior, à semelhança do que ocorre no caso de ressarcimento dos danos patrimoniais. É patente que a sensação aflitiva vivenciada pela vítima, decorrente das lesões sofridas, não se recompõe mediante o pagamento de uma determinada indenização, mas apenas sofre um efeito de mera compensação ou satisfação.

O efeito 'analgésico' desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor.

Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestesiá-la ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o *quantum* compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas.

Américo Luís Martins da Silva, em *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63, citando Maria Helena Diniz, afirma que, para a autora, a função compensatória da indenização por danos morais constitui uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que reputa convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento.

De fato, em se tratando de danos morais, nunca se chegará a um valor que equivalha de forma certa ao sofrimento suportado pela vítima; todavia, deve-se arbitrar quantia que, no máximo possível, possa de alguma forma atenuar a dor, compensando todo o desgaste advindo do fato ilícito.

Neste contexto, entendo que a importância de R\$10.000,00 (dez mil reais) compensa *quantum satis* o dano moral presumido suportado pela autora, ora apelada, em razão da conduta do réu/apelante.

Com tais considerações, pois, e firme neste entendimento, nego providimento ao apelo, mantendo incólume a sentença recorrida, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

...

Contrato bancário - Revisão - Juros remuneratórios - Limitação - Capitalização - Repetição em dobro - TAC e TEC

Ementa: Apelação cível. Ação de revisão de contrato bancário. Limitação dos juros remuneratórios. Inocorrência. Capitalização. Possibilidade. Repetição em dobro. Ausência de má-fé. Impossibilidade. TAC e TEC. Legalidade.

- São aplicáveis aos contratos bancários celebrados com instituições financeiras as regras do Código de Defesa do Consumidor para afastar as eventuais cláusulas abusivas.

- É lícita a cobrança de encargos do período da normalidade para a mora, desde que não ultrapasse a soma da taxa de remuneração do contrato, com a multa e juros de mora, se contratados, conforme o disposto na Súmula 472 do STJ.

- Conforme julgado do STJ, a cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e da Tarifa de emissão de carnê (TEC) é válida nos contratos celebrados até 30.04.2008.

- Admite-se a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano quando expressamente pactuada nos contratos bancários firmados a partir de 30.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001).

- A repetição de indébito, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, tem como requisito a presença de dolo ou culpa ou má-fé do credor. Ausente qualquer desses requisitos, não há falar em repetição de indébito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.12.033102-3/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: José Antônio Alves Costa - Apelada: BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - Relatora: DES.ª APARECIDA GROSSI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Aparecida Grossi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES.ª APARECIDA GROSSI - Trata-se de recurso de apelação interposto por José Antônio Alves Costa em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, nos autos da ação

revisional de cláusulas contratuais ajuizada contra a BV Finaaceira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento.

O MM. Juiz a quo julgou o feito nos seguintes termos: “Ante o exposto, julgo improcedente o presente pedido com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil”.

O autor interpôs o recurso de apelação de f. 83/98, alegando, em síntese, que os juros remuneratórios previstos no contrato são abusivos, a ilegalidade da capitalização dos juros, além da abusividade da cobrança da TAC e da TEC.

Devidamente intimada, a requerida apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso e passo à sua análise.

Mérito.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 297, *in verbis*, já se posicionou no sentido de serem aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras.

Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às Instituições Financeiras.

Quanto ao princípio *pacta sunt servanda*, urge frisar que ele foi relativizado pelo direito moderno, em razão do reconhecimento pioneiro da função social do contrato, hoje consagrado expressamente no art. 421 do NCC, permitindo-se, assim, a revisão de cláusulas não só em virtude da teoria da imprevisão, mas quando se revelam potestativas, iníquas, abusivas ou afrontem a lei impositiva vigente.

Dos juros remuneratórios.

Verifica-se, nas razões recursais, que o apelante questiona a taxa de juros estipulada pelo réu no contrato de f. 31, requerendo a fixação de acordo com a taxa média de mercado.

Inicialmente, releva assinalar que as instituições financeiras não estão sujeitas às taxas de juros previstas no Decreto nº 22.626/33, mas àquelas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, a teor do disposto no art. 4º, VI e IX, da Lei nº 4.595/64.

Somente será possível a redução da taxa de juros quando se verificar, no caso concreto, a flagrante abusividade por parte da instituição financeira, o que não se verifica no caso vertente, uma vez que a taxa de juros estipulada no contrato é menor do que a média de mercado (28,76%<https://www3.bcb.gov.br/srgspub/consultarvalores/consultarValoresSeries.do?method=consultarGrafico>).

Nesse sentido, a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal:

As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

Outrossim, cumpre gizar que as questões de direito referentes à revisão de contratos bancários foram julgadas pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1061530/RS, segundo a Lei nº 11.672/08 (art. 543-C e ss, CPC).

Deste julgamento, destaco as seguintes orientações:

Orientação 1. Juros remuneratórios

[...]

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada. art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. [...] (REsp 1.061.530/RS, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. em 22.10.2008, DJe de 10.03.2009).

Nesse sentido: STJ, Ag 1.368.317/RS, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 18.05.2012; REsp 1.321.983/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 18.05.2012 e REsp 1.315.506/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ de 18.05.2012.

Assim, deve ser mantida a sentença neste ponto.

Da capitalização mensal.

Sobre a capitalização mensal de juros, adoto o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação das leis federais, o qual tem admitido aquela nos contratos celebrados por instituições financeiras após março de 2000, em virtude do disposto na MP nº 1.963-17/2000, desde que haja pactuação expressa, a saber:

[...] 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- ‘É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada’.

- ‘A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada’. [...] (REsp 973827 RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel.ª p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. em 08.08.2012, DJe de 24.09.2012).

A respeito da constitucionalidade do referido art. 5º da MP 2.170-36/2001, cumpre salientar que o excelso Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese, em sede de recurso repetitivo, nos moldes do art. 543-C do CPC:

Constitucional. Art. 5º da MP 2.170/01. Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Requisitos necessários para edição de medida provisória. Sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Escrutínio estrito. Ausência, no caso, de elementos suficientes para negá-los. Recurso provido. - 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido (RE 592.377/RS. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. DJE de 20.03.2015).

No caso em comento, o contrato foi celebrado em dezembro de 2007, sendo legal, portanto, a capitalização dos juros.

Ademais, a Súmula 541 do colendo Superior Tribunal de Justiça afirma que “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.

Das tarifas bancárias.

Em relação às Tarifas de Abertura de Crédito e de Emissão de Boleto, cabe asseverar que o Superior Tribunal de Justiça, em 24.10.2013, decidiu, sob o rito dos recursos repetitivos, disciplinados pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, o Recurso Especial nº 1.255.573/RS, da relatoria da Ministra Isabel Gallotti, fixando as teses explicadas na ementa a seguir enunciada:

Civil e processual civil. Recurso especial. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Comissão de permanência. Compensação/repetição simples do indébito. Recursos repetitivos. Tarifas bancárias. TAC e TEC. Expressa previsão contratual. Cobrança. Legitimidade. Precedentes. Financiamento do IOF. Possibilidade. - 1. A comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios (enunciados Súmulas 30, 294 e 472 do STJ). 2. Tratando-se de relação de consumo ou de contrato de adesão, a compensação/repetição simples do indébito independe da prova do erro (Enunciado 322 da Súmula do STJ). 3. Nos termos dos artigos 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN. 4. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, ‘a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente

contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.’ 5. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.04.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil. 6. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.04.2008. 7. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado. 8. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de ‘realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente’ (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011). 9. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 10. Teses para os efeitos do artigo 543-C, do CPC: 1º. Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.04.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. 2º. Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.04.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. 3º. Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Como o contrato de financiamento trazido à baila foi celebrado em 2007, não há falar em ilegalidade na cobrança das tarifas sobreditas, devendo ser mantida a sentença neste tópico, portanto.

Comissão de permanência.

A comissão de permanência é a soma de juros remuneratórios, juros moratórios e multa moratória.

A cobrança da comissão de permanência deve ocorrer nos termos do enunciado da Súmula 472 do STJ:

A cobrança de comissão de permanência, cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e multa contratual.

A propósito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

Direito comercial e bancário. Contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Princípio da boa-fé objetiva. Comissão de permanência. Validade da cláusula. Verbas integrantes. Decote dos excessos. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Artigos 139 e 140 do Código Civil alemão. Artigo 170 do Código Civil brasileiro. - 1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação. 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida. 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja, a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC. 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos artigos 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no artigo 170 do Código Civil brasileiro. 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1063343/RS, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, j. em 12.08.2009, DJe de 16.11.2010).

Na hipótese dos autos, há a cobrança expressa da comissão de permanência cumulada com outros encargos nos contratos firmados entre as partes.

Portanto, a comissão de permanência poderá ser cobrada nos termos da Súmula 472 do STJ, vedada sua cumulação com demais encargos moratórios.

Da repetição do indébito.

O direito à restituição deriva da constatação de pagamento de valores indevidos.

Pressupõe, no entanto, a comprovação do pagamento indevido e da má-fé do credor, o que não ocorreu nos autos.

Assim, a restituição deve ser realizada de forma simples.

Conclusão.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para declarar a ilegalidade da cobrança da multa contratual prevista na cláusula 15 do contrato (f. 32).

Diante do que restou decidido, condeno a parte autora ao pagamento de 80% das custas processuais (incluindo as recursais) e honorários advocatícios, que fixo em R\$2.000,00, devendo a parte requerida arcar com o valor remanescente (20%).

Suspensa a exigibilidade quanto ao autor, por litigar sob o pálio da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e KILDARE CARVALHO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Reembolso de plano de saúde - Despesas médico-hospitalares no exterior - Emergência - Hospital não credenciado - Cláusula de limitação geográfica - Prevalência de imposição legal

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Plano de assistência à saúde. Atendimento em caso de emergência. Obrigatoriedade de cobertura. Ressarcimento de despesas médico-hospitalares.

- É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tais definidos os que implicarem risco imediato para a vida ou de lesões irreparáveis para o paciente.

- “Excepcionalmente, nos casos de urgência e emergência, em que não se afigurar possível a utilização dos serviços médicos, próprios, credenciados ou conveniados, a empresa de plano de saúde, mediante reembolso, responsabiliza-se pelos custos e despesas médicas expendidos pelo contratante em tais condições, limitada, no mínimo, aos preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto. [...] Afigura-se absolutamente eivada de nulidade a disposição contratual que excepciona o dever de reembolsar, mesmo nos casos de urgência ou de emergência, [...] porque [...] a responsabilidade é limitada, em princípio, justamente aos preços praticados pelo produto contratado” (STJ, REsp 1286133/MG).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.11.033646-5/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Luiz Carlos Amorim - Apelada: Pasa - Plano de Assistência à Saúde do Aposentado da Vale - 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, na

conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVI-
MENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de outubro de 2016. - José Flávio
de Almeida - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Luiz Carlos Amorim apela da sentença (f. 213/214) destes autos de ação ordinária ajuizada em face de Pasa - Plano de Assistência à Saúde do Aposentado da Vale, que julgou improcedente a pretensão inicial de ressarcimento de despesas médico-hospitalares.

O apelante alega que “restou incontroverso nos autos que a filha do apelante utilizou-se dos serviços médicos no exterior em virtude de emergência e urgência, caracterizando-se situação excepcional, ocasionando ao recorrido a obrigação pelo pagamento do atendimento prestado por hospital não credenciado, visto que ausente no contrato cláusula contendo a abrangência geográfica de cobertura. Sendo o plano de saúde típica relação de consumo e por tratar-se de um contrato de adesão, a inexistência de cláusula expressa e clara que limita a abrangência geográfica, isto é, redigida de modo a permitir sua imediata e fácil compreensão sobre a amplitude da cobertura oferecida, a teor do que estabelecem os arts. 46 e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, transfere para a empresa contratada o dever de arcar com os gastos médicos realizados pelo usuário no exterior” (f. 220/221); “assim, se do exame conjugado das cláusulas contratuais resulta duvidosos os limites de abrangência geográfica, há que se dar guarida à pretensão do consumidor em ver reembolsado da quantia gasta em tratamento de urgência realizado no exterior, ainda mais se a operadora teve tempo suficiente para adaptar o contrato à nova sistemática contida na Lei 9.656/98, e não o fez” (f. 222). Pede “seja conhecido e julgado procedente o presente recurso de apelação, reformando a decisão recorrida, neste caso, para julgar procedentes os pedidos contidos neste caderno processual e determinado o pagamento, nos termos da prefacial” (f. 223).

Recurso com dispensa de preparo, pois o apelante é beneficiário da justiça gratuita (f. 87).

A apelada defende a “validade da cláusula regulamentar que define a abrangência geográfica do plano do autor” (f. 227); “o condicionamento do reembolso ao atendimento dentro da área geográfica do plano de saúde” (f. 230); “limites para o reembolso” (f. 234); “validade de cláusulas limitativas nos planos de saúde” (f. 235). Pede “que sejam julgados improcedentes os pedidos de modificação da r. sentença, a qual deve ser mantida na íntegra, sob pena de violação direta, entre outros, aos arts. 12, VI, e 16, X, da Lei federal nº 9.656/98, bem como ao art. 5º, II e XVII a XIX, da Constituição da República” (f. 236).

Conheço da apelação, porque estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelante ajuizou ação, buscando ressarcimento de R\$12.500,00 relativos às despesas médico-hospitalares do tratamento de emergência de sua filha, Luiza Cristine Gonçalves Amorim, dependente no plano de assistência à saúde contratado com a apelada.

A petição inicial, instruída com documentação médica e recibos de pagamento (f. 14/85), assim descreve os fatos:

Em julho de 2011, a sua filha começou a ter problema de saúde, e acabou sendo internada numa clínica na Bolívia, de nome Clínica Nino Jesus. Em razão da gravidade do problema, e tendo em vista que a filha do requerente encontrava-se internada na UTI, foi exigido do autor que fizesse o pagamento imediatamente. Em contato com o plano de saúde, o requerido informou para o requerente que não iria fazer nenhum pagamento para o hospital onde a sua filha estava internada. Como o requerente não tinha o dinheiro para enviar para o hospital na Bolívia, acabou tendo que pegar dinheiro emprestado com alguns ex-colegas de trabalho. Assim, o requerente não mediu esforços para pagar o hospital onde sua filha ficou internada, pagando a conta do hospital integralmente. Posteriormente, o requerente tentou ser ressarcido, já que tinha gasto a quantia de R\$12.500,00, conforme se vê nos recibos de pagamento anexos. O requerido nem mesmo respondeu à notificação enviada pelo requerente. Diante da negativa do requerido em cobrir as despesas hospitalares, a falta de recurso financeiro do requerente, somado à urgência, só resta ao requerente invocar a tutela jurisdicional para determinar ao requerido que faça o ressarcimento (f. 03).

A apelada, em contestação, aduziu que “a questão versada nos autos cinge-se à definição da área geográfica de abrangência de cobertura do plano como fator de desoneração da obrigação de reembolso. Ocorre que o Regulamento do Plano do Autor é expresso ao delimitar a abrangência territorial da cobertura prestada” (f. 90). Não impugnou os demais fatos trazidos pelo apelante, notadamente a cobertura para a moléstia, a emergência do procedimento médico-hospitalar, nem o montante gasto com o tratamento (CPC/1973, art. 334, III).

A Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, em seu art. 35-C, inciso I, prevê que é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tais definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente.

Ademais, dentre as exigências mínimas aos planos de assistência à saúde, o inciso VI do art. 12 da referida lei impõe o reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada.

O Superior Tribunal de Justiça, de longa data, tem firme orientação de que

excepcionalmente, nos casos de urgência e emergência, em que não se afigurar possível a utilização dos serviços médicos, próprios, credenciados ou conveniados, a empresa de plano de saúde, mediante reembolso, responsabiliza-se pelos custos e despesas médicas expendidos pelo contratante em tais condições, limitada, no mínimo, aos preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto. [...] Afigura-se absolutamente eivada de nulidade a disposição contratual que excepciona o dever de reembolsar, mesmo nos casos de urgência ou de emergência, [...] porque [...] a responsabilidade é limitada, em princípio, justamente aos preços praticados pelo produto contratado (STJ, REsp 1286133/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 05.04.2016, DJe de 11.04.2016).

No mesmo sentido:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Médico não credenciado. Paciente portadora de micrognatismo mandibular. Cirurgia emergencial. - 1. O reembolso das despesas efetuadas com profissional de saúde não conveniado pode ser admitido em casos especiais, tais como de inexistência de estabelecimento credenciado no local, de recusa do hospital conveniado de receber o paciente, de urgência da internação, entre outros. Precedentes. 2. Inviabilidade de alterar a conclusão do acórdão recorrido de ser devido o reembolso das despesas médicas realizadas fora da rede credenciada, por ter ocorrido atendimento urgente. 3. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 886.798/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 09.08.2016, DJe de 16.08.2016).

Civil e processual. Plano de saúde. Despesas. Emergência. Rede não conveniada. Emergência. Possibilidade. Desprovisionamento. - I. 'O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação, etc.)' (REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ de 12.03.2001). II. Concluindo as instâncias ordinárias pela emergência na situação, o reexame da questão esbarra no que diz o verbete n. 7 da Súmula desta Corte. III. Recurso especial improvido (STJ, REsp 809.685/MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 14.12.2010, DJe de 17.12.2010).

Especificamente, quanto ao tratamento de urgência e emergência realizado no exterior:

Apelação cível. Seguros. Ação de cobrança cumulada com pedido de indenização por dano moral. Plano de saúde. Aplicabilidade do CDC. Reembolso de despesas médicas. Honorários médicos. Profissionais não credenciados ao plano contratado. Situação de urgência/emergência não caracterizada. Exame 'Oncotype DX'. Realização no exterior. Não demonstração da imprescindibilidade para o tratamento. Dever de reembolso não configurado. - Trata-se de examinar recursos de apelação interpostos pelas partes contra a sentença de parcial procedência dos pedidos contidos na ação de cobrança de despesas médicas cumulada com pedido de indenização por dano moral. Preliminar contrarrecursal - A apelação interposta pela parte autora preenche os requisitos de admissibilidade, indicando os motivos de fato e de direito que são objetos da irresignação recursal, nos termos do art. 514 do CPC, inexistindo ofensa ao princípio dialeticidade recursal. Código de Defesa do Consumidor - A relação havida entre as partes é de consumo, razão pela

qual são aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor. Contrato de plano de saúde na modalidade de autogestão que não afasta a incidência do Estatuto Consumerista. Precedentes. Cobertura Securitária - Inobstante se tratar de relação jurídica jungida às normas protetivas do CDC, não está o consumidor desincumbido do ônus de demonstrar, ainda que minimamente, os fatos constitutivos do seu direito. O usuário do plano de saúde tem direito ao custeio dos honorários e despesas médico-hospitalares de procedimentos cirúrgicos realizados por profissionais não credenciados ao plano de saúde, desde que demonstre tratar-se de emergência ou urgência, nos termos do art. 35-C da Lei nº 9.656/98, impossibilidade de utilização da rede credenciada, falta de profissional especializado ou de recusa no atendimento, situações não caracterizadas no caso em liça. Ademais, também não está obrigado o plano de saúde ao reembolso das despesas decorrente do exame 'Oncotype DX', realizado no exterior, pois ausente nos autos demonstração de sua imprescindibilidade para o tratamento da patologia. Outrossim, frise-se que a obrigação do contratante é submeter o pedido de cobertura à apreciação do plano de saúde antes de realizar o procedimento, e não depois, correndo o risco de não ver reconhecido o direito ao reembolso em face da inadequação às disposições contratuais. Ação julgada improcedente. Ônus sucumbenciais redimensionados. Preliminar contrarrecursal afastada. Apelação da parte ré provida. Apelação da parte autora prejudicada (Apelação Cível nº 70057810012, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sylvio José Costa da Silva Tavares, j. em 18.06.2015).

Portanto, a cláusula que delimita a abrangência geográfica do plano de assistência à saúde não pode sobrepor-se às exigências mínimas legais impostas aos planos de assistência à saúde. O reembolso de despesas em casos de emergência, situação concreta dos autos, é medida impositiva.

Assim, a sentença recorrida deve ser reformada para que o apelante seja reembolsado das despesas médico-hospitalares, de cujo montante não foi impugnado pela apelada.

Com essa fundamentação, inexistente violação aos "arts. 12, VI, e 16, X, da Lei federal nº 9.656/98, bem como ao art. 5º, II e XVII a XIX, da Constituição da Republica".

Pelo exposto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença recorrida para condenar a apelada ao pagamento de R\$12.500,00, corrigidos monetariamente desde o desembolso, e com juros de mora desde a citação.

Condeno a apelada ao pagamento das custas processuais, incluindo custas recursais, bem como a honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Compromisso de compra e venda - Matrícula - Ausência de registro - Penhora - Embargos de terceiro - Simulação

Ementa: Processo civil. Embargos de terceiro. Compromisso de compra e venda. Registro na matrícula do imóvel. Ausência. Posse comprovada. Simulação do negócio não demonstrada. Constrição judicial. Desconstituição. Necessidade.

- Em sede de embargos de terceiro, não subsiste a constrição judicial que alcançou imóvel afeto a pessoa diversa do devedor, sendo certo que a falta de registro do compromisso de compra e venda do bem não é capaz de afastar a validade da alienação, tampouco caracterizar a simulação da relação negocial estabelecida entre o executado e o embargante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.10.033891-5/002 - Comarca de Uberaba - Apelante: João Batista de Moraes - Apelado: Adão Bento de Sene Junior - Relator: DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - *Ronaldo Claret de Moraes* (Juiz de Direito convocado) - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Apelação interposta por João Batista de Moraes contra sentença de f. 184/186, proferida pela MM. Juíza de Direito Andreia Alvarenga Martinoli Alves, da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que rejeitou os embargos de terceiro opostos contra a execução movida por Adão Bento de Sene Júnior.

Inconformado, o embargante recorreu. Valendo-se das razões de f. 188/196, ratificou a irregularidade da constrição que recaiu sobre o imóvel de sua propriedade, fazendo-o ao argumento central de que o compromisso de compra e venda é regular e não traduz simulação ou fraude capaz de amparar o desfecho imprimido na origem.

Em contrarrazões de f. 201/207, o apelado pugnou pelo desprovemento da insurgência recursal.

Preparo regular, f. 197.

Relatados na essência.

Convém registrar que a sentença vergastada foi publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, daí por que o exame da insurgência recursal, tanto

no que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade quanto no mérito litigioso, será realizado à luz da lei revogada, porquanto àquela altura vigente.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os embargos de terceiro objetivam colocar a salvo bens daquele que, não sendo parte no processo, tem seu patrimônio atingido por constrição judicial.

Exame dos autos revela que o embargante, por força do contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel rural, adquiriu do executado, Edvar Garcia de Paula e sua esposa, 50% do imóvel descrito no item 3 de f. 12, oportunidade em que foi imitado na sua posse (item 6 de f. 13).

Nada obstante, nos autos da ação executiva proposta por Adão Bento de Sene Junior, operou-se a constrição do bem, conforme espelha o documento de f. 107 dos autos em apenso.

Justamente nisso reside a questão controvertida, já que o embargante, apegando-se à sua condição de legítimo possuidor do imóvel, busca afastar a penhora que sobre ele recai.

Na origem, a pretensão foi rejeitada ao argumento de que os elementos constantes dos autos constituem “fortes indícios de que o negócio objeto do compromisso de compra e venda, de fato, não passa de simulação” (f. 185-v.).

Por dicção do art. 167, § 1º, do Código Civil atual, haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Sobre o tema, destaco os ensinamentos de Fabrício Zamprogna Matiello:

Entre os caracteres básicos da simulação estão os seguintes: a) encontra seu mais fértil campo no direito contratual, mas também pode estar presente em declarações unilaterais de vontade; b) decorre de conluio entre as partes, ou entre uma das partes e as pessoas a quem se destina a celebração simulada; c) aparenta uma vontade que não corresponde àquela vigente no íntimo do manifestante; d) como regra, objetiva ludibriar, enganar e iludir terceiros, no intuito de captar alguma vantagem direta ou indireta (MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007).

Importante observar que não é a regularidade do enlace contratual que deve ser provada, mas, pelo contrário, a veracidade do pacto é presumida, sendo necessária a efetiva demonstração da simulação do negócio e da flagrante intenção de obter interesses escusos. Supostos indícios desacompanhados de prova robusta, portanto, não produzem qualquer efeito.

Na espécie, nada há nos autos capaz de afastar a validade da alienação do bem constrito na lide executiva, ainda que o compromisso de compra e venda firmado entre o executado e o embargante não tenha sido registrado na matrícula do imóvel.

É que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado da Súmula nº 84, consolidou o entendimento de que “é perfeitamente admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, mesmo que desprovido de registro”.

Merece realce a prova testemunhal de onde se extrai que a transação firmada pelo embargante e o executado é fato notório entre os confinantes do imóvel objeto do compromisso de compra e venda.

Todas as três testemunhas ouvidas confirmam a existência do enlace contratual nestes autos noticiado, inclusive no sentido de que o embargante tomou posse do imóvel constrito no ano de 2004, valendo transcrever parte de seus depoimentos registrados em áudio (f. 157):

que conhece o João Batista (embargante) e sabe que ele trocou a Fazenda Samambaia pela Fazenda Boa Sorte (também conhecida por Fazenda Furnas); que a Fazenda Boa Sorte fica ao lado da Fazenda Samambaia; que não sabe de quem o Sr. João Batista comprou a fazenda; que o Sr. João Batista mora na fazenda; que não sabe informar desde quando o Sr. João Batista mora na fazenda; que ele sabe que a Fazenda Samambaia foi trocada pela Fazenda Boa Sorte; frequenta a Fazenda Boa Sorte há dois anos; que o Sr. João Batista cria gado e porco; que o Sr. João Batista é dono da terra há muito tempo, mas não se recorda há quanto tempo; que já faz muito tempo que o Sr. João Batista está em posse da terra; que o Sr. João Batista morava na fazenda sozinho (Iramá da Costa Cruz, f. 155).

que é vizinho há muito tempo do Sr. João Batista; que mora ao lado da fazenda do Sr. João Batista; que o Sr. João Batista comprou a terra em julho de 2004; que a fazenda anterior do Sr. João Batista era a Fazenda Samambaia; que, na época, o Sr. João Batista comprou a Fazenda dos Gaúchos do Sr. Tomate e do Sr. Sebastião Campos de Lacerda; que o Sr. João Batista trocou a Fazenda Samambaia pela Fazenda Boa Sorte em julho de 2004; que, assim que eles trocaram, o Sr. João Batista já tomou posse na Fazenda Boa Sorte, realizando sua criação de gado, plantação e aumentando a construção; que, na época, o Sr. João Batista morava na fazenda sozinho; que mora na região desde 1968; que o Sr. João Batista mora na Fazenda Boa Sorte até hoje, realizando plantação e criação de gado; que o Sr. Sebastião está de posse da Fazenda Samambaia, inclusive está vendendo para outra pessoa; [...] (José Maria de Souza, f. 156).

que conhece a Fazenda Boa Sorte de propriedade do Sr. João Batista; que mora ao lado da Fazenda Boa Sorte, aproximadamente há cinquenta anos; que o Sr. João Batista mora na Fazenda Boa Sorte há mais ou menos oito ou nove anos;

que o Sr. João Batista comprou a Fazenda Boa Sorte do Sr. Tomate; que os Srs. João Batista e Tomate fizeram uma troca de fazendas; que faz mais ou menos 9 anos que ocorreu a troca; que o Sr. João Batista cria gado e realiza plantação na fazenda desde que se mudou; que o Sr. João Batista não vendeu a Fazenda Boa Sorte até hoje; que o Sr. João Batista mora sozinho na Fazenda Boa Sorte; [...] (Paulo Silva Correia, f. 154).

Em que pese o entendimento em contrário firmado pelo Juízo singular, a circunstância de o embargante ser assistido pelo mesmo advogado que patrocina o executado, por si só, não é capaz de tornar duvidosa a relação negocial entre eles estabelecida.

Tal ocorrência justifica-se em razão do embargante residir em Itacajá/TO, local distante da comarca onde tramita a ação executiva, sendo perfeitamente compreensivo que tenha aceitado a indicação do alienante/executado, conforme, inclusive, confessou em seu depoimento pessoal.

De outro lado, o simples fato de a esposa do embargante constar no polo ativo da ação, apesar de já ter falecido quando do seu ajuizamento, não traduz má-fé processual apta a tornar temerária a atuação nestes autos imprimida.

Deve-se levar em conta o lapso existente entre a data da outorga da procuração (15.06.2009, f. 08) e do ajuizamento da presente ação (18.10.2010, f. 02-v.), e mais ainda, que a desídia do embargante em comunicar ao seu advogado sobre o falecimento de sua esposa justifica-se em razão do seu baixo grau de instrução. Por esse mesmo motivo não causa qualquer estranheza a ausência da abertura do correspondente inventário.

O mesmo ocorre em relação à inexistência de registro do pacto na matrícula do imóvel, do pagamento de imposto de transferência e da declaração do bem na Receita Federal, pois, embora denote situação irregular, traduz prática comum nas regiões rurais habitadas por pessoas desprovidas de recursos e instrução.

Por fim, a modalidade de fraude inculpada no art. 593, inciso II, do CPC reclama a ocorrência de dois pressupostos, quais sejam: uma ação em curso (executiva ou condenatória) com citação válida; e o dano resultante da circunstância da ação de reduzir o devedor a um estado de insolvabilidade.

A alienação do imóvel foi realizada no dia 5 de julho de 2004 (f. 12/13), inclusive com firma reconhecida em cartório, e a ação executiva foi proposta apenas em 1º de março de 2007.

É certo também que o próprio embargante admitiu, em depoimento pessoal colhido (áudio juntado à f. 157), que a aquisição da propriedade penhorada se deu por troca feita com o devedor executado Edvar, tendo o embargante dado a Fazenda Samambaia pela Fazenda Boa Sorte, uma coisa por outra, sendo que não possuía título de propriedade da primeira.

Essa declaração choca-se com o teor do contrato juntado às f. 12/13, pois neste está documentada uma compra e venda pura, sem menção a qualquer troca.

Por outro lado, é firme a prova testemunhal colhida quanto ao exercício da posse da terra pelo embargante desde o ano de 2004, sem interrupção.

É importante ressaltar que os embargos de terceiros podem ser usados tanto pelo proprietário como pelo possuidor, conforme dicção do art. 1.046, § 1º, do CPC de 1973, aplicável ao presente caso.

Seja sob qualquer enfoque, nada há nos autos capaz de ancorar a manutenção da constrição passada na lide executiva, sendo certo que a simulação ou fraude exige prova robusta da sua ocorrência, à míngua da qual prevalece a presunção de validade do negócio jurídico firmado entre o executado e o embargante.

Sobre o tema já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

Embargos de terceiro. Constrição de bem imóvel indevida. Prova da propriedade e da posse por parte do embargante. Recurso não provido. Sentença inalterada. - Nos termos do art. 1.046 do CPC, aquele que, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse dos seus bens poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos de terceiro. - Havendo prova de que o embargante detém a posse e a propriedade do bem imóvel objeto de constrição indevida, aliada à inexistência de prova quanto à eventual fraude à execução, a procedência dos embargos de terceiro se impõe (TJMG - Apelação Cível 1.0451.08.010956-9/001 - Relator: Des. Moacyr Lobato - 9ª Câmara Cível - j. em 02.03.2016 - p. em 22.03.2016).

Em arremate, a falta de registro do compromisso de compra e venda do bem não é capaz de afastar a validade da alienação, tampouco de caracterizar a simulação da relação negocial estabelecida entre o executado e o embargante.

Nesse contexto fático-jurídico, a outra conclusão não se chega, senão a de que a sentença atacada merece censura.

E, considerando que a constrição apenas ocorreu porque a aquisição do bem não foi devidamente averbada no Cartório de Registro de Imóveis, sopesado o princípio da causalidade, tenho que o embargante deve suportar os consectários financeiros da lide.

A esse respeito já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental. Processual civil. Embargos de terceiro. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. Súmula nº 303/STJ. Inércia da embargante em proceder ao registro da promessa de compra e venda. 1. 'Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios' (Súmula nº 303/STJ). 2. Se a inércia da parte embargante em proceder ao registro do compromisso de compra e venda do imóvel cuja indisponibilidade foi declarada e deu ensejo à propositura dos embargos de terceiro, incumbe a ela, diante do princípio da causalidade, o pagamento dos ônus de sucumbência, sobretudo quando não houve resistência da parte embargada

no tocante à procedência do pedido. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1314363/RN - Relator: Ministro João Otávio de Noronha - Terceira Turma - j. em 15.03.2016 - DJe de 28.03.2016).

E, conquanto não se olvide o tempo de tramitação da demanda e o amplo alargamento da dilação probatória, a ausência de intercorrências maiores, aliada à simplicidade da questão controvertida, autoriza o redimensionamento da verba honorária, originariamente fixada em R\$5.000,00, daí por que hei por bem reduzi-la para R\$2.500,00.

Ao abrigo de tais fundamentos, encaminho a votação no sentido de dar provimento ao recurso para, em reforma, acolher os embargos de terceiro e desconstituir a constrição levada a efeito nos autos em apenso (f. 107). Mantenho a distribuição de sucumbência na forma como realizada na origem, todavia reduzo os honorários advocatícios para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança coletivo - Depósitos judiciais - Levantamento - Advogado - Procuração com poderes especiais para receber e dar quitação - Exigência de procuração por instrumento público - Desnecessidade - Ressalvada a hipótese em que analfabeto o outorgante - Art. 105 do CPC de 2015 e art. 661, § 1º, do Código Civil - Inteligência

Ementa: Ação originária de mandado de segurança. Levantamento de depósitos judiciais. Procuração com poderes especiais para receber e dar quitação. Exigência. Procuração por instrumento público. Desnecessidade. Segurança concedida.

- A procuração para receber e dar quitação tem que conter poderes especiais para essa finalidade, conforme estabelecem os arts. 105 do CPC de 2015, e 661, § 1º, do Código Civil de 2002.

- Segundo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o advogado legalmente constituído com poderes especiais na procuração para receber e dar quitação tem direito à expedição de alvará em seu nome para levantamento de depósitos judiciais.

- Todavia, se o outorgante for analfabeto, é necessário procuração por instrumento público, uma vez que o fato de não saber assinar inviabiliza o instrumento particular.

- Logo, a decisão que condiciona a liberação de valores provenientes de alvarás judiciais expedidos em nome da parte à apresentação de procuração por instrumento público viola o direito líquido e certo do advogado, salvo se o outorgante for analfabeto.

- Segurança concedida.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 1.0000.16.034324-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: OAB - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Comarca de Sabinópolis - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em conceder a segurança.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2017. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - A impetrante aforou esta ação de mandado de segurança coletivo contra ato do Juiz de Direito da Comarca de Sabinópolis. afirmou que o impetrado expediu o ofício nº 160/2015 determinando que o Gerente do Banco do Brasil S/A se abstinhasse de promover a liberação de valores constantes em alvarás judiciais, sem a presença da parte beneficiária, ainda que fosse apresentada procuração específica para tal fim. Asseverou que, em razão desta conduta do impetrado, expediu o Ofício nº 167/2016, cientificando ao mesmo que a interferência de forma indevida nos recebimentos de alvarás pelo procurador fere o livre exercício da profissão, assegurado no art. 7º, I, da Lei nº 8.906, de 1994. Acrescentou que o impetrado, então, alterou parcialmente o seu entendimento e expediu novo ofício ao Banco do Brasil S/A determinando a liberação de valores provenientes de alvarás judiciais, sem a presença da parte, desde que a procuração outorgada ao advogado seja realizada por meio de instrumento público, com poderes para receber e dar quitação. Informou que a legislação brasileira assegura ao advogado a prerrogativa de efetuar o levantamento de depósitos judiciais, desde que haja na procuração poderes especiais para receber e dar quitação. afirmou que a determinação do impetrado gera presunção de que o advogado não irá repassar o valor devido ao cliente, ou seja, má-fé ou de tentativa de generalização ou criminalização da advocacia. Esclareceu que caso isso aconteça, há meios legais para cobrança dos valores indevidamente retidos e de eventuais danos morais causados pela conduta do advogado, bem como há meios para a responsabilização

criminal e administrativa dele, não devendo o magistrado interferir, de ofício, no contrato particular firmado entre a parte e seu procurador. Informou que a OAB possui atribuição exclusiva para investigar e punir os advogados nela inscritos por eventuais práticas lesivas. afirmou que o magistrado não pode presumir que todos os advogados agem de má-fé, negando, de forma genérica, o direito de levantamento dos depósitos judiciais em favor de seus clientes. Asseverou que o ato do impetrado foi destituído de fundamento legal e carente de motivação. Acrescentou que a exigência de procuração por instrumento público para o levantamento dos valores depositados em conta judicial revela-se desarrazoada e um excesso arbitrário. Pleiteou a suspensão do ato que condicionou o levantamento de valores depositados judicialmente à apresentação de procuração por instrumento público e requereu liminar.

A liminar foi deferida às f. 51/54 - TJ.

O impetrado prestou informações nas f. 65/69 - TJ. afirmou que o ofício encaminhado ao Banco do Brasil S/A teve por finalidade evitar litígios e assegurar o respeito e a transparência no pagamento dos honorários advocatícios contratuais, relativos a pessoas idosas, analfabetas ou semialfabetizadas, bem como as que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Asseverou ser grande o número de demandas previdenciárias ajuizadas com pedido de aposentadoria rural por pessoas idosas, simples, de morada em zona rural, que não tiveram acesso ao mínimo de instrução ou conhecimento. Acrescentou que várias são as reclamações dessas pessoas, com relação ao valor dos honorários contratuais, uma vez que somente tomam conhecimento do percentual a ser pago no momento de receberem o valor das parcelas. Informou que o Estatuto do Idoso assegura a ele todos os direitos fundamentais, além de oportunidades e finalidades para preservação de sua saúde física e mental, aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Esclareceu que, visando compatibilizar a necessidade do advogado relativo à transparência no pagamento dos honorários advocatícios contratuais com a proteção conferida à pessoa idosa e hipossuficiente, entendeu por bem determinar ao Banco do Brasil S/A a realização do pagamento dos alvarás judiciais em nome da parte somente mediante a sua presença na instituição bancária, desde que o advogado apresente apenas procuração particular.

Cumprir verificar se o impetrante tem direito à suspensão do ato que condicionou o levantamento de valores depositados judicialmente à apresentação de procuração por instrumento público.

Passo ao exame da prova.

O impetrante trouxe, com a petição inicial, os documentos de f. 25/46-TJ. Destaco o Ofício nº 160/2015, no qual o impetrado solicita que o gerente do Banco do Brasil S/A se abstenha de promover a liberação de valores constantes em alvarás judiciais sem a

presença da parte beneficiada, ainda que lhe seja apresentada procuração específica para tal, seja de terceiro ou mesmo de procurador regularmente constituído (f. 32-TJ), o ofício encaminhado pela impetrante ao impetrado pleiteando a reconsideração da referida decisão (f. 35/45-TJ), a decisão do impetrado que acolheu em parte o pedido da impetrante e determinou a expedição de ofício ao Banco do Brasil autorizando a liberação de valores provenientes de alvarás judiciais expedidos em nome da parte, sem a necessidade de sua presença na instituição financeira, desde que seja apresentada procuração por instrumento público, conferindo poderes ao advogado para receber e dar quitação (f. 43/45-TJ). Esses os fatos.

Em relação ao direito, são pressupostos específicos do mandado de segurança, além dos processuais e das condições da ação, a existência de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, sem os quais o interesse processual não se configuraria.

O direito é líquido e certo quando se apresenta apto a ser exercido no momento da impetração, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles, em *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 25:

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

Por outro norte, a Administração Pública, em toda a sua atividade, está inexoravelmente adstrita ao princípio da legalidade. Este constitui a diretriz básica da conduta de seus agentes. Eis a propósito a lição de José dos Santos Carvalho Filho, em *Manual de direito administrativo*, 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 12:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.

Na mesma esteira, acrescenta, ainda, Hely Lopes Meirelles, em *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular

significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrevogáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe.

A procuração por instrumento público ou particular assinado pelo outorgante é que habilita o advogado a praticar os atos do processo. E de acordo com o art. 105 do CPC de 2015, a procuração para receber e dar quitação depende de poderes especiais para essa finalidade:

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

O art. 661, § 1º, do Código Civil de 2002, a seu turno, dispõe que a procuração para atos que exorbitem a administração ordinária depende de poderes especiais e expressos:

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º. Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Acrescento que, segundo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o advogado legalmente constituído com poderes especiais na procuração para receber e dar quitação tem direito à expedição de alvará em seu nome para levantamento de depósitos judiciais:

Processual civil. Procuração *ad judicium*. Poderes especiais para receber e dar quitação. Levantamento de verbas depositadas pelo INSS. Possibilidade. 1. Tendo o advogado poderes especiais para receber e dar quitação, legítima a pretensão de se expedir alvará de levantamento de depósito judicial em seu nome, sob pena de violação da atividade profissional que exerce. 2. O fato de não ter sido encontrado o segurado para receber a quantia depositada, não presume a morte, e consequentemente, a extinção do mandato; eventual apropriação dolosa da quantia levantada pelo advogado não o exime das sanções civis, penais e administrativas. 3. Recurso conhecido e provido (REsp 178.824 - SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Edson Vidigal, j. em 05.10.1999, DJ de 25.10.1999).

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Procuração com poderes especiais para receber e dar quitação. Alvará de levantamento ou liberação confeccionado em seu nome, e não no da parte. Precedentes. 1 - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra decisão proferida pelo Egrégio Tribunal a quo "no sentido de que os alvarás judiciais expedidos em nome das

partes não impedem que os advogados levantem os valores depositados em nome de seus clientes, bastando que, para isso, apresentem o instrumento de mandado com poderes expressos para tal fim". 2 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que há direito líquido e certo do advogado constituído com poderes expressos para receber e dar quitação, de exigir que seja o alvará de levantamento ou liberação confeccionado em seu nome, e não no da parte. 3 - Recurso provido (RMS 9.587 - RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, j. em 15.02.2001, DJ de 02.04.2001).

Por fim, o art. 7º, I, da Lei nº 8.906, de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, estabelece que é direito do advogado exercer, com liberdade, a profissão:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

Observo que, no ato do impetrado, ao decidir a representação oferecida pela impetrante, consta (f. 43/45 - TJ):

Ante o exposto, acolho em parte a manifestação da OAB/MG - Seção de Minas Gerais, para o fim de determinar a expedição de novo ofício ao Banco do Brasil para que, em sendo apresentada procuração por instrumento público, conferindo poderes ao advogado para receber e dar quitação, poderá autorizar a liberação de valores provenientes de alvarás judiciais expedidos em nome da parte, sem a necessidade de sua presença na instituição financeira.

Oficiem-se, ainda, aos Cartórios com atribuição notarial da comarca de Sabinópolis com recomendação para, ao lavrarem procuração por instrumento público, conferindo poderes para o foro em geral, envolvendo pessoa idosa analfabeta ou semialfabetizada, que certifiquem a vontade livre e consciente da parte quanto ao conteúdo dos poderes outorgados a advogados, lançando, em caixa alta e negrito, a existência ou não de poderes para receber e dar quitação.

Ora, a lei exige apenas que a procuração para receber e dar quitação contenha poderes especiais para essa finalidade. E, de acordo com o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, basta a procuração com poderes especiais para receber e dar quitação para que seja expedido o alvará de levantamento de depósitos judiciais em nome do advogado da parte.

Anoto que, se o outorgante for analfabeto, é necessário procuração por instrumento público, uma vez que o fato de não saber assinar inviabiliza o instrumento particular.

Assim, a decisão que condiciona a liberação de valores provenientes de alvarás judiciais expedidos em nome da parte à apresentação de procuração por instrumento público viola o direito líquido e certo do advogado, salvo se o outorgante for analfabeto.

Logo, a irresignação tem pertinência.

Com estas razões, concedo a segurança, confirmo a liminar deferida para suspender o ato do impetrado que condiciona o levantamento de depósitos judiciais à

apresentação de procuração por instrumento público, salvo se o outorgante for analfabeto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

Abandono afetivo - Danos morais - Paternidade - Reconhecimento tardio - Responsabilidade subjetiva - Parentalidade socioafetiva - Ausência de culpa - Inexistência de dano

Ementa: Apelação cível. Direito civil. Reparação civil de danos. Abandono paterno-filial. Possibilidade. Responsabilidade subjetiva. Reconhecimento tardio da paternidade. Ausência de comprovação de culpa. Ato ilícito inexistente. Parentalidade socioafetiva. Dano não configurado

- Nos termos da orientação proferida pelo STJ, "inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família" (REsp nº 1159242/SP).

- A responsabilidade emanada de omissão a dever de conduta próprio do vínculo familiar é subjetiva e implica a aferição do dano suportado pela vítima, do ato culposos do agente e do nexo causal entre o dano e a conduta praticada.

- O reconhecimento tardio da paternidade, assim como a constatação da existência de vínculo de socioafetividade, assumido em condições normais de discernimento, entre a apelante e o pai formalmente assentado em registro de nascimento, impede a constatação de culpa do suposto agente e elide a ocorrência do dano de natureza extra-patrimonial.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.11.034496-0/001 -
Comarca de Montes Claros - Apelante: Maria José Lopes
Maciel - Apelado: José Cordeiro Rodrigues - Relator: DES.
MANOEL DOS REIS MORAIS**

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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2016. - *Manoel dos Reis Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Maria José Lopes Maciel apela da sentença proferida nos autos da ação indenizatória ajuizada em face de José Cordeiro Rodrigues, que julgou improcedente a pretensão inicial (f. 84/85).

A parte apelante alega que as transformações sofridas no direito de família demonstram que a paternidade produz efeitos jurídicos para além das obrigações formais decorrentes da filiação e reverberam no dever de amparar sua descendência em todas as necessidades morais e materiais (dever de cuidado). Colaciona julgado do eg. STJ a dar azo à sua pretensão (REsp nº 1.159.242/SP). Aduz que a conduta omissa de seu genitor causou ofensas à sua honra, influenciando em sua autoestima e causando-lhe repercussões sociais negativas. Pontua que “o pai tem o dever de cuidar desde a gravidez, independentemente do momento de fixação da paternidade por ação judicial, ou da obrigação alimentar”. Aduz que o valor da indenização deve levar em conta, além da condição socioeconômica das partes, o aspecto pedagógico da compensação civil de danos. Pede o provimento do recurso para condenar o apelado ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais em quantia não inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais) (f. 97/103).

Sem preparo, por litigar sob justiça gratuita (f. 85).

Em contrarrazões, o apelado sustenta que ambas as partes não detinham conhecimento da existência do vínculo de filiação até o reconhecimento judicial da paternidade. Levanta que a apelante foi devidamente registrada por terceiro, de certo que a ausência justificada do ascendente biológico fora suprida pela figura paterna exercida pelo pai socioafetivo. Assegura que “ninguém ama o que não conhece” e que, portanto, não seria razoável a condenação pelos danos morais e materiais oriundos de sua ausência. Requer seja negado provimento ao recurso para manter na totalidade a sentença (f. 105/108).

É o relatório.

Da admissibilidade.

O recurso é próprio e tempestivo; portanto, pode ser conhecido.

Recebe-se o recurso no duplo efeito.

Do mérito.

Inicialmente, registra-se que a sentença é da lavra do culto e operoso Juiz de Direito João Adilson Nunes Oliveira, da 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, que, a cada ato jurídico proferido, enobrece as letras jurídicas.

Pois bem, cuida-se de pretensão indenizatória ajuizada por Maria José Lopes Maciel em desfavor de seu ascendente genético, José Cordeiro Rodrigues, julgada improcedente, na Primeira Instância, em razão da ausência de prova de danos experimentados em decorrência do abandono material e afetivo, em face do reconhecimento

tardio da paternidade e formação de vínculo socioafetivo com o pai registral (f. 84/85).

A controvérsia recursal diz respeito à configuração de danos morais e materiais decorrentes da falta de relação paterno-filial (abandono afetivo).

A parte autora, ora apelante, apenas no ano de 2010, já com mais de 40 (quarenta) anos de vida, intentou ação de investigação de paternidade contra o réu/apelado, que foi julgada procedente, em 02.09.2011, com o reconhecimento da paternidade biológica do demandado (f. 27/28).

Além do mais, a própria autora da demanda afirmou, na inicial da ação de investigação de paternidade, que a posição paterna fora assumida pelo cônjuge de sua mãe, Vicente de Jesus Lopes, que, nas palavras da parte, “a reconheceu por livre e espontânea vontade” e “passou a ser legalmente seu pai” (f. 9).

Pois bem. Antes de tudo, registra-se que a responsabilidade civil é possível de ser apurada na seara do direito de família, uma vez que a amplitude dos dispositivos legais e constitucionais que regulamentam a matéria permite inferir que as relações familiares são tuteladas pelo instituto da reparação civil de danos.

Sobre a temática, o eg. STJ assentou que “inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família” (REsp nº 1159242/SP, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24.04.2012, DJe de 10.05.2012).

E no que consiste especificamente à configuração de dano moral decorrente da ausência de relação paterno-filial, em razão de abalos à honra, história e personalidade oriundos da falta da figura paterna na vida do filho - comumente denominado de abandono afetivo ou abandono moral -, Giselda Hironaka assevera:

Nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade - há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave (Aspectos jurídicos da relação paterno-filial. *Carta Forense*. São Paulo, ano III, nº 22, p. 3, mar. 2005).

Nos termos da legislação, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito e, consequentemente, tem o dever de repará-lo (CC, arts. 186 e 927).

É de salientar, contudo, que, para a configuração da responsabilidade civil por danos morais exsurgidos da relação familiar, se mostra necessária a aferição da

culpa, porquanto se trata de responsabilidade subjetiva, que deriva da omissão a um dever de conduta atribuído ao suposto agente causador do dano.

Nesse contexto, o direito à indenização está condicionado à comprovação do ato ilícito, depreendido aqui em seu viés subjetivo (culpa), do dano e do nexo de causalidade.

E, no caso, constata-se que, muito embora se aquiesça que a falta de vínculo com o genitor é lacuna preocupante na vida de qualquer pessoa, e que a ausência de pai representa, a bem da verdade, ausência de parte fundamental da própria história - sua ancestralidade -, a prova dos autos não permite concluir que o apelado tinha conhecimento de que a apelante era sua filha antes do pronunciamento judicial que assim a declarou.

Ao contrário do que foi afirmado pela apelante, o conhecimento da existência de prole não se presume - excetuadas as hipóteses previstas em lei -, de certo que era necessário que a apelante fizesse prova de que o apelado realmente sabia de sua existência à época da gravidez ou durante algum momento antecedente à investigação judicial de paternidade.

Dessa forma, por mais que se saiba de uma possível cultura havida como praxe na sociedade - e persiste sendo - como de paternidade irresponsável, não há como constatar culpa na conduta do apelado de se ausentar da criação da filha, ou de acompanhá-la durante a vida adulta, por inexistir provas circunstanciais de que o apelado tinha conhecimento da concepção.

E, ainda que a paternidade tenha se confirmado judicialmente, não se pode exigir que o apelado buscasse, quase que espontaneamente, a afirmação dos laços de afeto comuns entre pais e filhos, por força da letra fria de um laudo pericial que o aponta como pai - melhor dito, que o aponta como genitor, haja vista que, nas palavras de João Batista Villela, "o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto, do que um vínculo biológico" (*apud* TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 992).

É de se salientar que o não reconhecimento espontâneo da paternidade deixa mágoas, cabendo às partes reconstruir, daqui pra frente, a afinidade que não aflorou, de certo que a vida é curta para ressentimentos.

Aliás, quantas relações são construídas todas as horas, todos os dias, todos os meses etc. em todas as vidas que, realmente, são vidas; quantas relações duram horas, dias, meses etc. Ora, tendo a apelante tentado "encontrar" sua paternidade biológica, acredita-se que pretendia construir uma relação, um entrelaçamento com aquele que se pôs como seu pai biológico.

Esse "encontro", ainda que tardio pelo decurso do tempo, ainda que permeado por algum desgosto, pode ser alegrador e, com efeito, ensejar uma satisfação que nunca irá se igualar ou se reduzir a valor econômico.

Mencionada "alegria", com certeza, não faltou à apelante, pois consta dos autos que foi registrada por

outrem como se filha fosse e, além do mais, o próprio respeito e consideração que demonstrou ter pelo Sr. Vicente de Jesus Lopes, uma vez que esperou o seu passamento para então buscar a investigação de seu passado, faz crer que tenha se constituído parentalidade socioafetiva - entre ele e a enteada (ora apelante) -, hipótese em que os atos lesivos que poderiam advir da ausência de ascendente genético são amainados pela presença do pai socioafetivo.

"Será que apenas abrandados?" A resposta pode seguir vários caminhos, mas, retomando o lado poético da vida, quer parecer que a apelante talvez tenha tirado a sorte grande, pois a um tempo foi quinhoadada com a afetividade de alguém que se colocou como "pai" e, com o óbito desse, sobreveio-lhe a ventura de estabelecer afinidade com outro, desta feita, seu genitor biológico.

Nesse contexto, parece equivocada a pretensão indenizatória.

Volvendo ao jurídico, e a propósito da matéria, observe-se que o eg. STJ já consignou que

não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza (REsp nº 709.608/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. em 05.11.2009, DJe de 23.11.2009).

Portanto, é de se concluir pela inexistência de provas que levem à condenação do apelado aos danos morais decorrentes do alegado abandono de sua filha, haja vista que não se confirmaram todos os elementos ensejadores do dever de indenizar.

A propósito, este é o entendimento depreendido do seguinte julgado:

Apelação cível. Investigação de paternidade. Pretensão de indenização por dano extrapatrimonial. Alegação de abandono afetivo. Inexistência de ato ilícito apto a ensejar reparação civil. - 1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível, sendo imprescindível para tanto, porém, que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre ambos, nos moldes do que preconiza os arts. 927 e 186 do Código Civil. 2. Embora seja plausível que a autora, que já contava 54 anos de idade à época do ajuizamento da ação, tenha sofrido ao longo de sua vida pela ausência do pai biológico, esta situação não pode ser atribuída somente ao genitor, que apenas teve comprovado conhecimento acerca do possível vínculo biológico entre ambos - vínculo este cuja existência restou confirmada pelo resultado do exame de DNA realizado neste feito - pouco tempo antes da propositura da demanda, conforme narra a própria autora na petição inicial. O fato de o demandado ter referido, em seu depoimento, que ficou sabendo da existência de uma criança que havia sido abandonada pela mulher com quem havia se relacionado anteriormente não é capaz de configurar o abandono afetivo que respalda o pedido indenizatório deduzido pela autora, porquanto não há qualquer elemento probatório que indique que o demandado tivesse

ciência, desde então, que aquela criança abandonada seria sua filha. 3. Não se enquadrando a conduta do demandado no conceito jurídico de ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, não merece reparos a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, decorrente de alegado abandono afetivo. Negaram provimento. Unânime (TJRS. AC 70064689896, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 16.07.2015).

E que não destoia deste eg. TJMG:

Ação de indenização por danos morais. Relação paterno-filial. Reconhecimento da paternidade após ação investigatória. Não comprovação dos elementos ensejadores da responsabilidade civil. Indenização indevida. Não tendo a autora comprovado os três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade, não fará jus ao recebimento de indenização por dano moral. Não configura conduta antijurídica e não enseja dano moral o reconhecimento da paternidade somente após ação judicial de investigação. Recurso não provido (TJMG. AC nº 1.0521.04.035604-5/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, 10ª Câmara Cível, j. em 28.10.2008, p. em 07.11.2008).

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade c/c indenização por danos morais em razão de abandono afetivo. Responsabilidade civil. Falta de assistência do pai biológico. Reconhecimento da paternidade tardia. Ausência de ato ilícito. Recurso não provido. Sentença confirmada. - Ausente o ato ilícito, impossível o reconhecimento da reparação moral a que alude o art. 186 do Código Civil. - Não configura ato ilícito, passível de reparação por danos morais, o tardio reconhecimento da paternidade, quando não demonstrada a efetiva lesão sofrida pelo filho, em decorrência da inexistência de vínculo de convivência com o genitor (TJMG. AC nº 1.0480.12.014687-7/001, Rel. Des. Versiani Penna, 5ª Câmara Cível, j. em 16.10.2014, p. em 24.10.2014).

Com essas considerações, diante das circunstâncias dos autos, não se vê azo à pretensão indenizatória, mas sim uma belíssima oportunidade para que a apelante estabeleça laços com seu pai biológico, pois, afinal de contas, a afetividade é algo imbuído de um certo mistério, pois quanto mais a ela se dedica, mais se doa, muito mais se recebe. Portanto, é hora de se dedicar à experiência vivificante da reconstrução amorosa, e não ao cultivo do conflito de interesses.

Diante do exposto, nega-se provimento à apelação e mantém-se inalterada a sentença.

Honorários advocatícios majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §§ 1º e 11, do NCPC (Lei nº 13.105 de 2015), pela apelante, além das custas e despesas recursais, suspensa a exigibilidade na forma do art. 98, § 3º, do NCPC.

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁLVARES CABRAL DA SILVA e VEIGA DE OLIVEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Concurso público - Contratação por tempo determinado - Maus antecedentes - Investigação social - Idoneidade moral - Conduta ilibada - Princípio da eficiência - Desclassificação do candidato - Princípio da razoabilidade - Quitação eleitoral - Suspensão dos direitos políticos - Sentença penal condenatória

Ementa: Apelação cível. Direito constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Concurso simplificado para o cargo temporário de médico. Suposta ilegalidade na eliminação do candidato. Investigação social. Ausência de previsão no edital, ou no Estatuto dos Servidores Públicos de juntada de bons antecedentes. Irrelevância. Princípios que regem a administração pública. Condenação criminal transitada em julgado incompatível com a natureza do cargo. Crime contra a dignidade sexual. Impetrante que ainda se encontra cumprindo a pena. Impossibilidade de reabilitação neste momento, conforme previsão na legislação penal. Outro motivo para o indeferimento. Comprovação de quitação eleitoral. Suspensão dos direitos políticos em razão da condenação. Possibilidade inclusive de perda do cargo. Direito líquido e certo. Não configuração. Denegação da segurança. Manutenção.

- Se o candidato a concurso simplificado para o cargo temporário de médico possui condenação criminal transitada em julgado, por crime contra a dignidade sexual, inclusive incompatível com a função, não há qualquer ilegalidade na decisão administrativa que lhe negou a posse, mormente se não foi este o único motivo. Não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.046114-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: E.B.P. - Apelada: Fundação Saúde do Município de Uberlândia - Fundasus - Autoridade coatora: Presidente da Fundasus - Fundação Saúde do Município de Uberlândia - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação cível ajuizado contra a sentença de f. 161/163, que julgou improcedente o pedido inicial e denegou a segurança, condenando o impetrante no pagamento das

custas processuais, ficando suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita. Sem condenação em honorários, a teor do disposto no art. 25 da Lei Federal 12.016/2009.

Em suas razões recursais, aduz o apelante que participou de um processo seletivo simplificado para contratação por tempo determinado para empregos públicos na área de saúde, logrando primeiro lugar para médico de saúde da família. No entanto, por possuir uma condenação criminal contra a dignidade sexual, foi impedido de tomar posse, sob o fundamento de que haveria incompatibilidade. Afirma, ademais, que possuía todos os requisitos previstos no edital para exercer o cargo, tanto que foi classificado em primeiro lugar, inexistindo exigência no edital acerca dos bons antecedentes, sempre tendo se pautado pela moral e bons costumes, e que a condenação será objeto de revisão criminal. Assevera, lado outro, que está ativo no Conselho de Medicina, não lhe podendo ser negada a chance de reabilitar-se, o que consta inclusive no Código Penal, estando no regime aberto, o que, da forma como cumprido em Uberlândia, não o impede de exercer suas atividades.

Apesar de regularmente intimado, deixou o apelado transcorrer, *in albis* o prazo para contrarrazões.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Passo ao voto.

De início, conheço do recurso interposto, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, aplicando-se ao caso as regras da lei processual vigente à data da publicação da sentença recorrida, nos termos do Enunciado 54 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Enunciado Administrativo 02 do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante ao tema central, trata-se de mandado de segurança em que o impetrante busca a nomeação para o cargo em que prestou processo seletivo simplificado, para atuar como contratado no Município de Uberlândia, como médico de saúde da família.

Dispõem o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e o art. 1º da Lei Federal 12.016/2009, que se concede mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade.

Em sua obra, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a respeito do direito líquido e certo, firma que:

Por esta expressão deve-se entender, no terso magistério de Hely Lopes Meirelles, o que se apresenta ‘manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração’.

Na verdade, a expressão legal não é feliz, pois, é direito líquido e certo não o direito aplicável, mas o direito subjetivo defendido que, na impetração, puder ser provado de plano,

documentalmente, sem necessidade de instrução probatória posterior, de modo que a eventual complexidade com que se apresentar este direito, por mais intrincada que se mostre, não descaracteriza o requisito de liquidez e certeza, para efeito de impetração do remédio (*Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 597/598).

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho:

O mandado de segurança vale como instrumento de ataque contra atos ou condutas ilegais atribuídas ao Poder Público. A expressão Poder Público aqui tem sentido amplo e abrange tanto os atos e condutas atribuídos a autoridades públicas, ou seja, aquelas pessoas investidas diretamente em função pública, quanto atos e condutas de agentes de pessoas jurídicas, ainda que privadas, com funções delegadas, isto, no exercício de funções que originariamente pertencem ao Poder Público.

[...]

A Constituição usou a alternativa ‘ilegalidade ou abuso de poder’, mas nesse ponto não foi adotada a melhor técnica para descrever a conduta ou ato impugnados. Na verdade, a conduta cercada de abuso de poder é sempre ilegal, pois a não ser assim teríamos que admitir uma outra forma de abuso de poder legal, o que é inaceitável paradoxo. Não há, portanto, a alternativa. A impugnação visa à conduta ou a ato ilegal, e entre eles está o abuso de poder. A menção ao abuso deve ser interpretada como sendo apenas a ênfase que a Carta pretendeu dispensar a essa figura (*Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 822).

Mais especificamente sobre o direito líquido e certo, Alfredo Buzaid, define-o como o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações (*Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 87/89).

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que:

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz. Esse entendimento ficou consagrado com a Súmula nº 625 do STF, segundo a qual “controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”. Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito (*Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, p. 677).

Celso Agrícola Barbi, sobre a prova pré-constituída, preleciona que:

[...] o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo; a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração

imediate e segura dos fatos (*Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 85).

Na espécie, a sentença, tal como produzida, deu pela legalidade do ato administrativo de exclusão do impetrante do processo simplificado para a contratação temporária no cargo de médico, impedindo-o de tomar posse, ao argumento de que, embora não exista exigência no edital respectivo, nada impede que o Poder Público contratante realize a investigação social do candidato, até porque aquele está adstrito ao princípio da legalidade, não fossem os demais princípios que regem a administração pública.

Em que pese às ponderações do impetrante, o tema, tal como avaliado pelo digno Juízo, encontra-se pacificado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de não obstar a nomeação e posse do candidato somente se não houver condenação transitada em julgado, por ofender a presunção de inocência, o que não é o caso, já que o mesmo é condenado criminalmente por crime contra a dignidade sexual, com sentença transitada em julgado (feito 0115469-42.2010.8.2013.0702).

A propósito:

Direito administrativo. Concurso público. Soldado da polícia civil. Candidato. Eliminação na fase de investigação social. Transação penal pactuada. Ausência de caráter condenatório. Princípio da presunção de inocência. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Acórdão recorrido publicado em 23.02.2012. - A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido (ARE 713138 AgR, Relatora Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 20.08.2013, Processo Eletrônico DJe-173, divulg. 03.09.2013, public. 04.09.2013).

No mesmo sentido as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Investigação social. Exclusão de candidato em razão de processo criminal já extinto pela prescrição retroativa. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. Recurso especial conhecido e improvido. 1 - Em observância ao princípio da presunção de inocência - art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2 - Recurso especial conhecido e improvido (REsp 414.929/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 12.06.2006, DJ de 01.08.2006, p. 510).

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Investigação social. Exclusão de candidato em razão de processo criminal já extinto pela prescrição retroativa. Impossibilidade.

Princípio da presunção de inocência. Recurso especial conhecido e improvido. 1 - Em observância ao princípio da presunção de inocência - art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2 - Recurso especial conhecido e improvido (REsp 414.933/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 12.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 510).

Processo civil. Administrativo. Concurso público. Agente penitenciário. Investigação social. Condenação criminal não transitada em julgado. Regra editalícia. Decadência. Termo a quo. Publicação do edital. Recurso não provido. 1 - Discute-se nos autos a aplicabilidade de regra editalícia do concurso de Agente Penitenciário do Estado de Rondônia, a qual impõe a desclassificação de candidato que esteja respondendo a inquérito policial ou processo criminal. O recorrente alega que a condenação criminal que lhe foi imputada não transitou em julgado, estando o feito submetido à esfera recursal, devendo-lhe ser assegurado o direito à homologação de sua aprovação pela autoridade coatora, em respeito ao princípio da presunção de inocência. 2 - É cediço que a jurisprudência do STF e do STJ tem reconhecido a impossibilidade de aplicar regras editalícias que determinam a reprovação de candidatos na fase de investigação social, caso estejam respondendo a mero inquérito policial ou sejam condenados por decisão ainda não transitada em julgado. 3 - Todavia, na hipótese dos autos, há um óbice preliminar - considerado como questão de ordem pública - que impede a concessão da segurança. No *mandamus*, o prazo decadencial é contado da ciência pelo impetrante do ato ilegal praticado pela autoridade coatora. 4 - No caso, impugna-se norma de edital publicado em 02.02.08, devendo-se essa data ser considerada como termo a quo da decadência, já que o impetrante respondia a processo pelo crime de receptação, mesmo antes daquele normativo. Como o mandado de segurança apenas foi impetrado em 29.03.2010, está evidenciado o transcurso do prazo decadencial de 120 dias para o ajuizamento do feito, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2010. 5 - Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 32.665/RO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 18.11.2010, DJe de 01.12.2010).

E, embora não haja previsão no edital do certame sobre como se dará a investigação social dos candidatos, ou mesmo a exigência de apresentação de certidão de bons antecedentes, omissão que se repete no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Uberlândia - Lei Complementar Municipal 40/1992 -, fato é que a Administração Pública é livre para instituir os alicerces do concurso e os critérios de seu julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, dentro da legalidade, mostrando-se a exigência de idoneidade moral e de conduta ilibada pertinente para o exercício das funções de qualquer servidor.

Certo é que a idoneidade moral e a conduta ilibada não estariam limitadas apenas à existência de antecedentes criminais, podendo a Administração investigar o comportamento do candidato de forma a verificar se há compatibilização com a função almejada,

resguardando-se o interesse da defesa social e a segurança da coletividade, que deve se sobrepor ao interesse individual.

A Constituição Federal, em seu art. 37, dispõe como princípios da Administração Pública: “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 [...]”.

Como bem observou a douta Procuradoria de Justiça, assiste inteira razão ao Município de Uberlândia ao afirmar que, para o êxito do Programa, é imprescindível a plena confiança das famílias nos profissionais envolvidos. Assim sendo, não há dúvida de que a visita às residências por profissional em pleno cumprimento de pena por crime contra a dignidade sexual não está em consonância com o princípio da eficiência estabelecido no art. 37 da Constituição Federal.

Por sua vez, as exigências editalícias devem ser interpretadas em vista dos princípios e garantias constitucionais, o que não afasta, todavia, o poder-dever da Administração de impor aos administrados arrazoadas restrições ou exigir que exibam certos atributos, como capacitação técnica e idoneidade moral, como no caso.

A decisão de desclassificação de candidatos na fase de investigação social deve ser examinada sob o prisma do princípio da razoabilidade, que consoante preconiza Hely Lopes Meirelles:

[...] pode ser chamado de princípio da proibição de excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais (*Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, p. 95)

Ensina, ainda, José dos Santos Carvalho Filho que:

[...] a razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda, que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa (*Manual de direito administrativo*. 25. ed. revista, ampliada e atualizada até a Lei nº 12.587, de 03.01.2012, p. 39).

Na hipótese, não se revela desarrazoada a decisão questionada pelo impetrante, este que concorreu para vaga de médico, e, embora tenha direito de reinserir-se na sociedade, o crime por ele praticado foi contra a liberdade sexual, e, independentemente de estar ativo no Conselho de Medicina, a condenação criminal não pode ser desconsiderada, pelo menos neste momento, e na via estreita do mandado de segurança.

De mais a mais, o impetrante encontra-se em pleno cumprimento de pena, estando no regime aberto, como ele mesmo confessa, não havendo que se falar, neste momento, em reabilitação.

Com efeito, a reabilitação, nos termos do art. 94 do Código Penal, somente poderá ser requerida decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, e desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

De outro lado e não fosse por isso, a existência de condenação criminal transitada em julgado contra o impetrante não foi a única razão de se negar a posse ao mesmo, conforme documentos de f. 18/22, mas também por não poder comprovar estar quite com a Justiça Eleitoral, por conta da condenação criminal transitada em julgado, o que encontra previsão editalícia (f. 28):

2. Das condições e da documentação.

[...]

2.2.3 Título de Eleitor e comprovante de quitação com a Justiça Eleitoral - certidão de quitação eleitoral emitida pelo Cartório Eleitoral ou pelo site www.tse.jus.br.

No sistema constitucional brasileiro, a regra é a manutenção dos direitos políticos; a exceção é a perda ou a suspensão, nos termos do art. 15 da Constituição Federal:

Art. 15 - É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos [...]

A doutrina tem defendido que o art. 15, III, da Constituição Federal, é evidentemente autoexecutável, de eficácia plena e imediata, prescindindo de qualquer regulamentação. Também é esta a posição que tem prevalecido na jurisprudência.

Por fim, e não menos relevante, embora não seja automática, a condenação criminal por pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos pode inclusive ensejar perda do cargo, se motivada na sentença.

Assim, a decisão hostilizada, tal como produzida, não merece qualquer censura.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAIR VARÃO e AMAURI PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

**Ação de abertura de testamento -
Preliminares - Rejeição - Representação processual -
Procuração - Irregularidade - Ausência de prejuízo -
Deserção - Justiça gratuita - Não apreciação do
pedido - Deferimento - Presunção - Procedimento
de jurisdição voluntária - Ausência de
lide - Regularidade formal - Verificação -
Homologação - Questões de alta indagação -
Ajuizamento de ação própria - Necessidade**

Ementa: Apelação cível. Irregularidade de representação e deserção. Ausência. Procedimento de jurisdição voluntária. Abertura de testamento público. Verificação de requisitos extrínsecos. Questionamentos quanto à forma e conteúdo. Debate que deve se operar em palco próprio. Recurso desprovido.

- Sendo possível a identificação, por outros meios, da qualificação dos outorgantes, rejeita-se a alegação de invalidade dos instrumentos de mandato.

- “Presume-se o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita não expressamente indeferido por decisão fundamentada, inclusive na instância especial” (STJ, AgRg nos EAREsp 440.971/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, j. em 03.02.2016, DJe de 17.03.2016).

- Nos procedimentos de jurisdição voluntária, não há lide, apenas administração pública de interesses privados.

- Mediante procedimento de jurisdição voluntária de abertura de testamento, cabe ao Magistrado apenas a verificação da regularidade formal do ato de disposição de última vontade que lhe for submetido, ou seja, a ausência de vícios extrínsecos, e a sua homologação em observância ao disposto nos arts. 1.125 e seguintes do CPC/73.

- Eventuais questionamentos quanto à forma de elaboração, ao conteúdo do testamento e à presença de vício de vontade por parte do testador (vícios intrínsecos) desafiam o ajuizamento de ação própria.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.15.046199-4/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Maria Antonieta
Brum de Andrade e outro, José Geraldo Brum de Andrade
- Apelada: Adriana Brum de Andrade - Interessado:**

**espólio de Nilda Campos Brum - Relatora: DES.ª ANA
PAULA CAIXETA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2016. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de apelação cível interposta em face da sentença de f. 70, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Sucessões e Ausências da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Bruno Terra Dias, nos autos de ação de abertura de testamento movida por Adriana Brum de Andrade.

O ilustre Juiz *a quo* não constatou a presença de vícios que tornem o testamento suspeito de nulidade ou falsidade e determinou seu registro, arquivamento e cumprimento. A requerente foi nomeada testamenteira.

Inconformados, Maria Antonieta Brum de Andrade e José Geraldo Brum de Andrade apelaram a este Tribunal. Em suas razões, afirmaram que a testadora não tinha condições de saúde mental para discernir o ato que estava praticando, nem tampouco mensurar suas consequências. Trataram de laudo médico subscrito por médica psiquiatra e defenderam que, em 2011, a testadora já sofria de doença mental, sendo que, em março de 2013, não se encontrava apta a testar. Aduziram que a tabeliã não possuía capacitação médico-científica para identificar o estado de saúde da testadora. Ventilaram que está comprovado que o testamento objeto da ação padece de nulidade absoluta, visto que elaborado por pessoa incapaz e mediante ardil engendrado pela neta da testadora, ora apelada. Discorreram sobre a ação anulatória em tramitação e pediram a reforma da sentença para que a presente ação fique sobrestada até o desfecho da Ação Anulatória nº 0902690-43.2015.8.13.0024.

Contrarrazões, às f. 84/92, pelo não conhecimento do recurso ou pelo desprovido.

Manifestação dos apelantes às f. 100/106.

Intervindo no feito, a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Luísa Carelos, opinou pelo parcial provimento do recurso (f. 109/117).

Nova manifestação dos apelantes às f. 121/130.

Preliminar. Irregularidade de representação da parte apelante.

A parte apelada ventilou a irregularidade de representação da parte apelante, “por não existir instrumento de mandato válido, ou por estar a ‘suposta procuração’ inválida, carente dos requisitos legais, por não conter o

objetivo da outorga e por ausência de qualificação da outorgante ou identificação possível”.

Razão não lhe assiste.

A ausência de qualificação dos outorgantes nos instrumentos de f. 25 e 27, por si só, não conduz à invalidade dos mandatos, ainda mais porque, em petição apresentada às f. 14/24, consta a completa qualificação dos envolvidos, estando tal peça acompanhada dos documentos pessoais dos outorgantes.

Além disso, extrai-se dos instrumentos de mandato que foram concedidos os poderes para o foro em geral, com inserção de cláusula *ad judicium et extra*, o que é suficiente para compreensão do objetivo e da extensão das outorgas de poderes.

Não houve, portanto, prejuízo à requerente/apelada na identificação dos apelantes nem da finalidade dos mandatos, pelo que o feito deve ter regular prosseguimento.

Rejeito a preliminar.

Preliminar. Deserção.

A parte apelada ventitou, ainda, a inadmissibilidade do recurso de apelação por deserção.

Novamente, sem razão a recorrida.

Compulsando os autos, observo que a parte apelante, em manifestação às f. 14/24, formulou requerimento de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, apresentando as declarações de hipossuficiência de recursos às f. 28 e 130.

Importa anotar que não houve apreciação do citado requerimento pelo ilustre Magistrado de primeiro grau, e a parte apelante, ao interpor o recurso, afirmou que deixou de providenciar o competente preparo, em razão de litigar sob os auspícios da gratuidade de justiça.

De fato, na linha da atual jurisprudência do colendo STJ, a omissão do Magistrado em relação ao pedido de gratuidade de justiça não pode ser interpretada em desfavor da parte que pleiteou o benefício, presumindo-se, então, o deferimento.

Nesse sentido:

Agravo interno nos embargos de divergência. Recurso julgado deserto. Reforma da decisão. Pedido de assistência judiciária gratuita formulado na origem. Ausência de manifestação do Poder Judiciário. Deferimento tácito. Reconhecimento. Agravo provido. - 1. Presume-se o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita não expressamente indeferido por decisão fundamentada, inclusive na instância especial. 2. A ausência de manifestação do Judiciário quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita leva à conclusão de seu deferimento tácito, a autorizar a interposição do recurso cabível sem o correspondente preparo. 3. A omissão do julgador atua em favor da garantia constitucional de acesso à jurisdição e de assistência judiciária gratuita, favorecendo-se a parte que requereu o benefício, presumindo-se o deferimento do pedido de justiça gratuita, mesmo em se tratando de pedido apresentado ou considerado somente no curso do processo, inclusive nesta instância extraordinária. 4. Agravo interno provido (AgRg nos EAREsp 440.971/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, j. em 03.02.2016, DJe de 17.03.2016).

De mais a mais, à vista dos esclarecimentos prestados às f. 121/129, considero que deve prevalecer a presunção de hipossuficiência de recursos declarada, tanto que houve concessão do benefício aos apelantes nos autos de ação anulatória de testamento por eles ajuizada (f. 129).

Assim, rejeito a preliminar de deserção e conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade. Mérito.

A apelada distribuiu o presente procedimento de jurisdição voluntária com a finalidade de apresentar o testamento elaborado por Nilda de Campos Brum, na forma dos arts. 1.125 e seguintes do CPC/73.

Na sentença, o MM. Juiz de primeiro grau apurou a regularidade formal do ato e determinou o seu cumprimento. Naquela ocasião, ponderou que a impugnação ao testamento que fora apresentada desafia o ajuizamento de ação própria para sua discussão.

Entendo que a r. decisão deve prevalecer.

Através do presente procedimento de jurisdição voluntária, cabe ao Magistrado apenas a verificação da regularidade formal do testamento que lhe for submetido, ou seja, a ausência de vícios extrínsecos, e a sua homologação em observância ao disposto nos arts. 1.125 e seguintes, do CPC/73.

Em casos desse jaez, não há lide, apenas administração pública de interesses privados.

Das lições de Humberto Theodoro Jr. extrai-se que:

O procedimento de jurisdição voluntária a respeito da matéria é muito singelo e destina-se a conhecer a declaração de última vontade do morto, verificar a regularidade formal do testamento e ordenar seu cumprimento.

Não entra o juiz em questões de alta indagação, que poderão ser discutidas pelas vias ordinárias. Nem mesmo as interpretações das cláusulas testamentárias são feitas nesse procedimento gracioso. Só deve o juiz negar o ‘cumpra-se’ quando seja visível a falta de requisito essencial, como inobservância do número de testemunhas ou violação do invólucro do testamento cerrado.

Nem sempre, porém, a abertura do testamento, antes da apresentação ao juiz, representa sua invalidação. Anota Edson Prata, lembrando a lição de Coelho da Rocha e a jurisprudência de nossos tribunais, que, ‘quando aconteça ter sido aberto o testamento por algum particular ou autoridade incompetente, pode-se admitir em juízo justificação do fato, com citação dos interessados, de modo que se conclua não ter sido aberto pelo testador com a intenção de revogá-lo’.

Como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, com apoio em Pontes de Miranda, o ‘cumpra-se’ que o juiz profere no procedimento de abertura do testamento é fruto de ‘cognição superficial’ e, assim, por exemplo, ‘na fase de abertura, registro e cumprimento do testamento não se pode debater comoriência ou ruptura’.

O ‘cumpra-se’, portanto, não importa declaração definitiva de regularidade ou perfeição do testamento, mas apenas a autorização estatal para que se inicie a execução da vontade do testador.

‘O procedimento de abertura do testamento’ - no dizer de José Olympio de Castro Filho - ‘nada mais é, e somente é, que um procedimento para autenticação do estado em que o documento foi apresentado em juízo’ (*Curso de direito processual civil*. 46. ed. 2014, v. III, p. 629-630).

À luz dos ensinamentos acima expostos, tem-se que eventuais questionamentos quanto à forma de elaboração, ao conteúdo do testamento e à presença de vício de vontade por parte do testador (vícios intrínsecos) desafiam o ajuizamento de ação própria.

Nessa linha, foi o que bem consignou a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Luísa Carelos:

A alegação de suposta incapacidade mental da testadora à época da redação do documento, bem como suposta coação sofrida por ela, capazes de viciar a declaração de vontade, não podem ser apreciadas na via estreita do procedimento de jurisdição voluntária, demandando extensa dilação probatória sob o crivo do contraditório (f. 115).

A propósito, já decidiu este eg. TJMG:

Agravo regimental. Abertura de testamento. Homologação. Pedido de anulação. Suposta existência de vício intrínseco. Matéria objeto de ação própria. Recurso desprovido. - No procedimento de jurisdição voluntária de abertura de testamento, cabe ao juiz, após análise da documentação apresentada, com a verificação da regularidade formal do testamento, ou seja, a inexistência de vícios extrínsecos, a homologação, por sentença, da declaração de última vontade e a determinação do seu cumprimento, na forma dos arts. 1.126 e 1.128 do CPC. - Sendo assim, o pedido de nulidade do testamento, se fundado em defeitos intrínsecos, relativos à formação e manifestação de vontade do testador, deverá ser apreciado em ação própria, a ser proposta a tempo e modo. - Impõe-se, pois, a negativa de seguimento à apelação, movida contra a decisão que homologou, por sentença, a declaração de última vontade nos autos do pedido de abertura de testamento, por ser manifestamente improcedente (TJMG - Agravo 1.0521.09.089985-2/002, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 13.04.2010, p. em 22.04.2010).

Testamento particular. Procedimento de jurisdição voluntária. Requisitos de validade formal presentes. Questionamentos acerca de requisitos intrínsecos. Impossibilidade. - O procedimento de jurisdição voluntário tem como pressuposto a ausência de situação contenciosa, cabendo ao magistrado examinar, tão somente, a validade formal do testamento particular, com relação aos demais requisitos, vícios intrínsecos, esses devem ser questionados em ação própria. - O testamento particular é aquele escrito pelo testador de próprio punho ou por meio de processo mecânico, onde se retrata a vontade do de cujus com relação a divisão de seus bens, sendo requisitos de sua validade a leitura e assinatura do testador, na presença de pelo menos três testemunhas, que também devem assiná-lo. - Com relação aos requisitos intrínsecos, como o vício na manifestação da vontade do testador e a veracidade das informações contidas no testamento, seu questionamento não é admitido na estreita via dos procedimentos de jurisdição voluntária. (TJMG - Apelação Cível 1.0693.06.053976-6/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 04.12.2008, p. em 09.01.2009).

Acrescente-se que os próprios apelantes já moveram a ação competente para buscar a anulação do testamento *sub examine* com fundamento em vícios intrínsecos (Processo nº 0024.15.090.269-0).

Destaco, ainda, que a questão atinente à necessidade de suspensão do cumprimento do testamento deverá ser debatida no bojo da ação anulatória inaugurada ou nos autos do inventário judicial, porquanto os requisitos para o deslinde do presente procedimento de jurisdição voluntária já foram identificados.

Ademais, como bem ensina o mencionado jurista Humberto Theodoro Jr.:

Qualquer que seja a deliberação judicial no procedimento de apresentação do testamento, não ficarão impedidos os interessados de pleitear, pelas vias contenciosas, o reconhecimento, tanto de sua validade como invalidade (*op. cit.*, p. 631).

Nesse sentido, presentes os requisitos extrínsecos do ato de disposição de última vontade, deve ser confirmada a sentença que determinou o seu registro e cumprimento.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Perícia - Apuração quantitativa de danos - Fase de liquidação - Ausência de prova de culpa do Estado - Redução de honorários advocatícios

Ementa: Apelação cível. Direito administrativo. Agravo retido. Prova pericial para apuração quantitativa dos danos. Desnecessidade. Apuração possível em fase de liquidação. Agravo não provido. Mérito. Movimento multitudinário. Ônibus incendiado por moradores de aglomerado. Intervenção local da Polícia Militar. Ausência de prova da atuação negligente ou omissa do Estado. Fato de terceiro. Não responsabilização civil do Estado de Minas Gerais. Redução dos honorários advocatícios. Recurso não provido.

- Não há falar em cerceamento de defesa se a prova indeferida (pericial) não se revela imprescindível ao julgamento, na consideração de que a apuração da extensão dos danos, em sendo necessária, poderá ser feita na fase posterior de liquidação.

- Não restando devidamente comprovada nos autos a negligência ou a omissão da Polícia Militar, como segui-

mento da força pública do Estado, quando chamada a intervir na região em que ocorreram os fatos que desencadearam o incêndio de um ônibus da empresa autora, ora apelante, não há falar, no contexto dos autos, em responsabilidade estatal pela reparação do dano.

- Ato provocado exclusivamente por terceiros, o que, em tese, não enseja responsabilização do Estado. Não comprovada, sequer, a culpa concorrente.

- Verba honorária reduzida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.052254-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Saritur Santa Rita Transporte Urbano e Rodoviário Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - Armando Freire - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dr.ª Mariana Chaves Fernandes Costa.

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de apelação interposta por Saritur Santa Rita Transporte Urbano e Rodoviário Ltda. contra a sentença de f. 482/485-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, em autos de uma ação ordinária, que consistiu em julgar improcedentes os pedidos autorais.

Na minuta recursal (f. 487/505), a sociedade empresária, apelante, em síntese, afirma que: a) cerceado o seu direito de defesa, visto que indeferida, injustificadamente, a prova pericial (agravo retido); b) é devida a indenização pleiteada, visto que omissa a atuação policial, insuficiente para controlar o protesto dos moradores do Aglomerado da Serra, no local onde ocorreram os fatos que causaram à recorrente os prejuízos a serem reparados; c) o ente estatal tinha pleno e prévio conhecimento dos fatos que deflagraram a irrisignação dos moradores do Aglomerado da Serra, inclusive quanto à intensidade das manifestações no local; d) o evento danoso era previsível, e, ainda assim, restou manifesta a falha do policiamento no local dos fatos.

Requer, outrossim e de forma sequencial, a redução dos honorários advocatícios da sucumbência, caso mantida a improcedência.

Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso devidamente preparado, conforme comprovante de recolhimento à f. 506.

Recurso recebido no juízo de origem à f. 507, no seu duplo efeito.

Contraminuta às f. 509/514. O apelado, Estado de Minas Gerais, confia no duplo desprovimento do agravo retido e da apelação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, não obstante sua regular intimação, manifestou-se, à f. 521-TJ, dizendo ser dispensável a sua intervenção.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Vistos e examinados, decido.

Agravo retido.

Preliminarmente, conheço do agravo retido cujo exame ficou reservado para esta ocasião, mas nego-lhe provimento, *data venia*. O que se pretende com a prova pleiteada é a certificação objetiva dos danos que teriam sido causados à autora (recorrente), bem como a sua extensão.

Com efeito, sigo em consonância com o Magistrado *a quo*, por admitir que essa prova é, em princípio, processualmente dispensável, no estágio em que se questiona, ainda, sobre a responsabilidade, questão essa preponderante para os rumos do julgamento. Prevalece o sentido de que, quanto à perda material, pelo fato do incêndio do ônibus, bem patrimonial da autora, não há dúvidas a esse respeito, nem é essa uma questão a ser dirimida no curso da dilação probatória. Por outro lado, o aspecto quantitativo e a extensão dessa perda, uma vez corroborados pela prova documental inserida nos autos, tudo isso pode ficar reservado para a fase posterior, em sede de liquidação. Objetivamente, o indeferimento, quanto à produção da prova pericial, nessas circunstâncias, não comprometeu o julgamento da demanda, o que nos leva a negar provimento ao agravo retido.

Apelação.

Examina-se o recurso principal.

A pretensão da autora nesse estágio recursal está centrada na reforma da sentença naquele ponto exato em que restou inadmitida no juízo de origem a responsabilidade do Estado assentada na sua omissão frente aos fatos ocorridos, notadamente na madrugada do dia 27.11.2012, na região denominada Aglomerado da Serra, na área urbana desta Capital, quando um ônibus de propriedade da autora foi incendiado e danificado por moradores e/ou circunstâncias daquela região, contrapondo-se à presença e à intervenção da Polícia Militar no local.

Almejando uma recomposição patrimonial em nível indenizatório, por conta do dano injustamente suportado, sustenta a apelante que houve falha do ente estatal, por não ter prestado, naquela ocasião, a devida proteção ao bem particular, atuando de maneira inoperante e absolutamente falha frente aos fatos conflituosos que vinham ocorrendo no Aglomerado da Serra, fatos esses que, na

versão da autora, exigiam uma atuação mais efetiva e eficiente da Polícia Militar, especialmente no que diz respeito à proteção e segurança do patrimônio material dos particulares naquela região e naquela oportunidade. Invoca, assim, a apelante, essencialmente, a falha na prestação efetiva do serviço público, do que decorre, em sede de responsabilidade do Estado, o dever de reparar os danos decorrentes, estabelecida a relação de causalidade para tanto.

O conteúdo probatório dos autos espanca qualquer dúvida a respeito desses fatos, sua ocorrência, suas proporções e consequências. Todo o ocorrido foi fartamente divulgado pela imprensa, em todos os seus níveis. Consta que moradores daquele aglomerado se revoltaram contra a presença ostensiva da polícia na região, presença essa que fora motivada pelo combate a traficantes ali sediados. Houve, como quase sempre acontece nessas situações, confronto entre policiais e marginais, culminando com a morte de um morador/terceiro não envolvido naquele confronto. Ou seja, aconteceu a morte de um inocente, o que foi a gota d'água para a manifestação e a reação com tamanhas proporções. Houve, é verdade, uma reação generalizada, que acabou causando dano patrimonial ao particular, uma concessão de serviço público, empresa de transporte de passageiros, que, naquela oportunidade, transportava trabalhadores de determinada empresa, seguramente alicerçada em contrato particular de transporte.

Nesse ponto específico dos fatos, já agora passando às considerações e à análise da presença e atuação da Polícia Militar, em consonância com os fatos então desencadeados, registro o que está na r. sentença:

Cumpra-se relatar que todas as matérias relatam o forte esquema de segurança que a polícia se empenhou a realizar a fim de normalizar a situação do aglomerado.

Desse modo, verifica-se o ofício anexo pelo Estado de Minas Gerais (f. 430/440), no qual, preocupando-se em resguardar a segurança da população local, a polícia militar elaborou um plano de ação, a fim de agir com eficiência durante toda a operação, no qual consta, também, que, desde a década de 1980, o aglomerado consta com uma atuação constante das forças policiais contra o tráfico de drogas e gangues que se formam na região.

Ademais, adentrando os autos, tenho o depoimento do Militar Dorival de Assis Ferreira (f. 463), o qual afirma que, naquela época, tiveram vários ônibus incendiados e que não tem como a polícia evitar essas ações, pois a região é muito grande e que a geografia do terreno também facilita a ocupação pelos marginais.

Salienta que um ônibus chegou a ser salvo pela PM nesse período.

O militar afirma que o efetivo normal do aglomerado é de uma guarnição da PM por turno e que, quando ocorreram os fatos aludidos, o efetivo foi aumentado para cinco guarnições; que o Gati, o Gepar, o Choque e a Rotan estiveram no local.

Desse modo, observa-se que não houve omissão por parte do agente público. O Estado em momento algum deixou de

fornecer policiamento ostensivo para fiscalizar e policiar as manifestações dos moradores do aglomerado (f. 484-v.).

O ponto fulcral da questão está em estabelecer até que ponto a atuação da Polícia Militar deixou a desejar, se a sua intervenção e controle da situação poderiam ter sido mais eficazes. Enfim, se, no exercício normal e possível do pleno exercício de suas atividades afins, poderia ter evitado ou mesmo minimizado aquela situação conflituosa, e, sobretudo, a agressão direta ao patrimônio privado daqueles que não estavam envolvidos no conflito e que não guardavam qualquer relação de envolvimento com as causas determinantes daquele estado de coisas.

É público e notório ser aquela uma região que sempre apresentou sérios problemas sociais, alto índice de criminalidade, notadamente no tocante ao tráfico de drogas. Aquele não foi o primeiro confronto entre policiais e marginais naquela área urbana da nossa Capital. Também não foi o último. Alguns, com maiores repercussões; outros, menos dimensionados. Em outras regiões da Capital, também há a incidência desses problemas que, de resto, como temos acompanhado através da mídia, é uma problema vivenciado em todos os grandes centros, notadamente nas grandes metrópoles.

Pois bem, em meio a tudo isso, como pode ser dimensionada e avaliada a atuação estatal? Até onde e em qual situação a repressão através da intervenção policial pode ser mais contundente, com maior ou menor violência? E a sua eficiência, como pode ser avaliada? São questionamentos que se impõem, e cada situação deve ser analisada e sopesada, conforme as circunstâncias do momento.

Naquela oportunidade, pergunta-se: teria falhado a Polícia Militar? Se falhou, com qual estratégia estaria em condições de evitar consequências tão severas?

São os elementos de informação que estão nos autos que nos permitem analisar tudo isso e dar uma resposta a essas indagações. Os informes que estão nos autos e formam o conjunto probatório nos dão conta de que fora efetiva a presença policial naquela região, desde o dia anterior àquele em que ocorreu o incêndio do ônibus da apelante, procurando assumir o controle da situação de forma comedida, sem se omitir, sem cometer excessos, pelo visto. Ainda nessa linha de avaliação, não se pode afirmar, no contexto da prova, que a Polícia Militar, ou algum outro braço da força pública do Estado, pudesse ter tido uma intervenção com maior eficiência, de modo a pelo menos minimizar os efeitos daquela manifestação. Volto a registrar que se trata de uma região com sérios problemas sociais, alto índice de criminalidade, uma das mais complexas entre as muitas regiões problemáticas da área urbana de nossa Capital.

O que se percebe nos autos é que realmente houve uma situação de conflito, envolvendo, no desencadeamento, não apenas marginais, mas moradores locais, estes últimos indignados com a morte de um morador

presumivelmente inocente. Relata-se, até mesmo, o cometimento de ato semelhante, ocorrido um dia antes (outro ônibus já havia sido incendiado na região no dia 26 de novembro).

No entanto, nem mesmo toda a presença efetiva e ostensiva da polícia na área foi suficiente para evitar o incêndio e ou as depredações que ocorreram no local.

Pode-se ponderar que, talvez, outras medidas poderiam ter sido tomadas, o que, quem sabe, teria evitado que o ônibus fosse incendiado. Contudo, não se precisou quais deveriam ter sido essas medidas de prevenção. O que poderia ter feito a Polícia Militar, em termos preventivos, para evitar tudo aquilo? Dentro da normalidade de sua atuação, e até mesmo nos limites do possível, quer me parecer, também, que não houve omissão, nem mesmo displicência no *modus operandi*. Principalmente em regiões com sérios conflitos, difícil delimitar, com exatidão, o tamanho do risco, mais difícil ainda prever quais, quando e onde podem ocorrer os atos tais. Em certo ponto, por mais especializada e contundente que seja a atuação estatal, pode ser que as providências assumidas não sejam suficientes no combate à criminalidade, no confronto com marginais, ou mesmo, como naquela ocasião, para conter uma manifestação com contornos de violência e certo vandalismo. Ou seja, não seria porque no dia anterior já havia sido incendiado outro ônibus, nem porque o ambiente era de grande tensão ("guerra" no aglomerado, como se comentava na ocasião), que a polícia não agiu positivamente. Como já mencionado, houve uma pronta atuação policial, inclusive com aumento das guarnições policiais no local. Nesse contexto é que não estou a admitir, *data venia*, a tese de que estaria configurada a negligência/omissão da atuação estatal.

Certo é que nem assim foi possível controlar ou antever a ação criminosa que prejudicou a agravante. Consta, outrossim, que, com o recrudescimento dos fatos no local, a polícia procurou reforçar ainda mais o policiamento. Na ocasião, as empresas de ônibus coletivo, juntamente com a Bhtrans, acordaram em suspender o transporte, temporariamente, no interior do aglomerado, conforme se registrou no documento da Polícia Militar de f. 430/440.

A estratégia policial, segundo os *experts*, define-se, conforme o que se percebe na realidade, de uma forma objetiva, levando-se em consideração os conflitos e fatos que vão se apresentando no dia a dia. Por mais que se questione a atuação estatal, não vejo elementos suficientes para a confirmação de que houve omissão na prestação do serviço público, ou mesmo que sua prestação foi realizada de forma negligente, desproporcional para a contenção dos fatos tidos delituosos. O que os autos demonstram, de forma indubitosa, é um quadro de dificuldades no combate à criminalidade e, indo além, no trato com essas manifestações de extrema violência, no mais das vezes protagonizadas por elementos não

identificados. Muitas vezes, infelizmente, os instrumentos públicos não são suficientes o bastante para evitar esses excessos. Pode ser que a estratégia tenha se frustrado, pode ser que a manifestação tivesse tido uma dimensão maior do que se esperava, mas nada disso, absolutamente, identifica uma postura omissiva por parte das autoridades encarregadas de enfrentar e solucionar esses conflitos. Portanto, não há como imputar ao ente estatal a responsabilidade tal como delineada pela apelante, porque, como acentuado, o Estado não deixou de agir quando se fez necessário. A responsabilização do Estado só se justificaria se comprovado que ele não atuou, ou negligenciou, na prestação da segurança pública, o que não se percebe pelas provas acostadas nos autos.

Nesse sentido, inclusive a jurisprudência mais tradicional, que destaca que a responsabilidade do Estado, em casos de danos provocados por movimentos multitudinários, só persiste se, quando provocado, não atua de forma a tentar efetivamente coibir os atos ilegais. Extrai-se:

O Estado não se exime da obrigação de indenizar danos causados por movimentos populares, sempre que não tiver tomado as necessárias providências para impedir ou reprimir os ataques de propriedade individual (STF - Ap. Cível - Relator: Ministro Viveiro de Castro - j. em 02.12.22 - RF 42/68).

Responde o Estado pelos danos aos bens de terceiros, em decorrência de movimentos multitudinários não controlados pelo mau e retardado funcionamento do aparelho policial (TRF - 2ª Turma - Ap. Cível - Relator: Des. Antônio Augusto Ufalcker - j. em 06.07.60 - RF 197/220).

Responde o Estado pelos danos causados à propriedade privada quando não toma providências adequadas para coibir a exaltação popular e as depredações dela consequentes (TJSP - 3ª Câmara - Ap. Cível - Relator: Des. Cardoso Rolim - j. em 14.06.56 - RDA 49/198).

Pensar diferente seria equivalente impor ao Estado a figura de segurador universal, o que não é viável faticamente. Ora, inegável que cabe ao Estado garantir a segurança pública; no entanto, em razão das suas diversas limitações (de pessoal e/ou de instrumentos), não é possível reprimir todo e qualquer crime, evitando-se o cometimento de qualquer ato criminoso. Apesar de ideal e desejado, não é isso que constitui a segurança pública, pois, nos tempos de hoje, impossível exigir uma atuação estatal policial extensiva a ponto de evitar qualquer ato criminoso. Isso se reforça ainda mais em áreas perigosas e complexas, em que se sabe do risco, mas não se sabe quando e onde irão atuar os criminosos.

Nesses termos, conforme a fundamentação retro, não há como acolher a tese da apelante de que houve omissão estatal, visto que comprovado que o apelado tentou, na medida do possível, conter os atos de violência em meio aos fatos desencadeados naquela oportunidade no Aglomerado da Serra.

É de se esclarecer, ainda, que, ao se pensar em responsabilidade civil do Estado por omissão, é de se

prestigiada a corrente da teoria subjetiva, apesar de se tratar de matéria controvertida, que considera necessária a demonstração da culpa em casos de responsabilização estatal por omissão. Assim, por tudo já exposto, nem sequer há como imaginar a culpa do apelado na prestação do serviço policial na região do Aglomerado da Serra, na época do evento danoso, uma vez que a força policial não se omitiu exatamente na tentativa de evitar consequências mais graves ainda, procurando não perder o controle da situação.

Sobre a subjetividade da responsabilidade civil do Estado em casos omissivos, é elucidativo o seguinte aresto do STJ:

Administrativo e processual civil. Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Culpa ou negligência. Ausência de provas. Reexame. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. - I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos' (STJ - AgRg no AREsp 501.507/RJ - Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - DJe de 02.06.2014). Em igual sentido: STJ - REsp 1.230.155/PR - Relatora: Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma - DJe de 17.09.2013. III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, 'analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora', entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1345620/RS - Relatora: Ministra Assusete Magalhães - Segunda Turma - j. em 24.11.2015 - DJe de 02.12.2015).

Aliás, reforço que a prova mais consistente nos autos nos dá conta de que o Estado atuou quando chamado a intervir, o que, infelizmente, não foi suficiente para evitar alguns danos como esse que repercutiu diretamente no patrimônio material da apelante.

Portanto, não comprovada a atuação omissiva ou negligente do ente estatal, em especial quanto a presença e atuação policial na região, não há falar em responsabilidade civil do Estado por omissão, porquanto não delineada a relação causa-efeito, indispensável à responsabilização pelo dano advindo.

Indo além, registro que a responsabilidade estatal, não omissiva, é reconhecida, constitucionalmente, de forma objetiva, restando afastada em casos específicos, quando comprovada uma de suas excludentes,

que atestem a ausência de nexo causal entre o dano e o ato estatal.

Assim a doutrina:

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. O que significa, em essência, que o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele [...] (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 561).

Em sendo assim, caso comprovado ter havido caso fortuito (externo) ou um fato exclusivo da vítima, o Estado não seria responsabilizado, não tendo que empenhar nenhum valor a título de indenização. Se provada a culpa concorrente, o Estado teria um abrandamento no valor da indenização. Por último, em caso de fatos de terceiro, só haveria o dever de indenizar se comprovada a existência de nexo causal do qual se possa extrair o concurso culposo da entidade pública indigitada.

In casu, até poder-se-ia pensar na ocorrência de um fato de terceiro (manifestação popular de forma violenta); contudo, forçoso seria constatar a incidência do nexo causal suficiente para configurar a responsabilidade do Estado, porquanto, *in casu*, inexistiu qualquer concurso culposo. Como já dito, os autos não demonstram que a atuação estatal tenha sido negligente ou insuficiente de forma a provocar o dano em comento, ou seja, não há como falar que o agir do Estado tenha sido o fator responsável pela ocorrência do dano. O dano foi causado por terceiros, pessoas não identificadas, que cogitaram e executaram o ato criminoso, sem qualquer participação do Estado, nem de forma comissiva, nem de forma omissiva.

Logo, em regra, o Estado não poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de atos que não praticou, sendo executados exclusivamente por terceiros, como no caso em apreço.

Vale, ainda, o destaque de que, em situação similar, há precedentes do TJSP, também em casos de ônibus incendiados, negando a possibilidade de indenização e a responsabilidade estatal. Vejamos:

Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado Ônibus incendiado. Pretensão de indenização por omissão do Estado. Falta de nexo causal. Estado não pode ser considerado segurador universal. Sentença de improcedência mantida. Preliminar de cerceamento de defesa por falta de provas. Provas dos autos são suficientes para fundamentar o *decisum*. Recurso desprovido (TJSP - 7ª Câmara de Direito Público - Ap. Cível 324473320108260053/SP - 0032447-33.2010.8.26.0053 - Relator: Des. Eduardo Gouvêa - j. em 03.09.2012 - p. em 04.09.2012).

Responsabilidade civil do Estado. Ato de vandalismo praticado a ônibus de transporte coletivo. Pretensão à indenização por danos materiais. Responsabilidade civil do Estado.

Omissão não caracterizada. Ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta atribuída ao Estado e o dano sofrido. Responsabilidade não caracterizada. Sentença que julga improcedente o pedido (TJSP - 10ª Câmara de Direito Público - Apelação com Revisão nº 0010547-56.2011.8.26.0506 - Comarca de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública - Apelante: Transcorp - Transporte coletivo de Ribeirão Preto - Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo - Juíza Ruth Duarte Menegatti).

E do STF:

Decisão: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interposto de acórdão, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que rechaçou pretensão de indenização por danos materiais e lucros cessantes, em razão de suposta omissão estatal. O acórdão recorrido está assim redigido (f. 83): 'Processual civil. Ação ordinária. Incêndio de ônibus em via pública em razão de vandalismo. Inexistência de responsabilidade do Estado nas circunstâncias. Improvimento do recurso. - I - Impossível a responsabilização do Estado em razão de fogo ateado a coletivo em via pública, se não houve qualquer omissão do apelado, conforme acentuou o próprio motorista, impedido que foi de se comunicar com cabine policial, que, embora próxima, não tinha visão dos fatos que ocorriam naquela rua. II - Responderá o Estado pelos prejuízos se os policiais tivessem assistido à ocorrência e permanecessem inertes. No caso dos autos, chegaram cerca de 30 a 40 minutos após e as pessoas saíram correndo ao ouvirem a sirene da viatura policial; III - Improvimento do recurso'. Sustenta a agravante que restariam demonstrados nos autos os pressupostos da responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro, especificamente a suposta omissão estatal. Impossível chegar à conclusão contrária sem o reexame de prova, o que dá margem ao descabimento do recurso extraordinário (Súmula 279). Finalmente, o recurso extraordinário, ao alegar que o acórdão recorrido ofende o preceito do art. 144, versa questão constitucional não ventilada na decisão recorrida e que não foi objeto de embargos de declaração, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 22 de setembro de 2009. Ministro Joaquim Barbosa - Relator (AI 594505/RJ).

E do TJPE:

Direito constitucional e administrativo. Embargos declaratórios. Omissão. Esclarecimento acerca da matéria fática. Incêndio de veículo de transporte urbano. Ato de vandalismo. Responsabilidade objetiva do Estado. Indenização por danos materiais. Rediscussão de matéria amplamente discutida. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos conhecidos e rejeitados. Decisão unânime. - 1. Da literalidade do acórdão vergastado, pode-se inferir que esta Câmara Cível apreciou, detidamente, todos os argumentos desenvolvidos ao longo do processo, quando da análise da matéria em sede de recurso de apelação. 2. Em verdade, visam os embargantes à reapreciação das questões já analisadas quando do julgamento do recurso de apelação cível, para fins de pré-questionamento, visto que objetivamente não apontam nenhum dos vícios (omissão, contradição ou obscuridade) que ensejam a interposição do presente recurso, fazendo crer que tem a finalidade exclusiva de provocar a modificação da decisão embargada, que só ocorre, nessa via recursal, com excepcionalidade. 3. A

matéria em análise versa sobre o pedido de indenização por perdas e danos materiais e morais decorrentes de suposto ato omissivo do Estado de Pernambuco, no tocante à ausência da prestação de segurança pública, e que acarretou num grave atentado a veículo de transporte urbano, o qual foi subitamente parado por mais ou menos oito indivíduos que se encontravam em quatro motos, que, depois de assaltarem e expulsarem todos que estavam no veículo, num ato de puro vandalismo, jogaram combustível e atearam fogo, destruindo completamente o ônibus. 4. No caso em tela, alega-se ato omissivo do Estado de Pernambuco, por não garantir, com eficiência, a segurança pública, acarretando aos autores prejuízos de ordem material e moral, em decorrência do ato de vandalismo de que foram alvos. 5. Por mais premente que seja a questão da segurança pública, ela não pode ser tratada nesses termos, ou seja, o Estado de Pernambuco não poderia, nesse caso, conceder segurança individual, por conta das ameaças relatadas, em prejuízo de toda a coletividade. 6. Portanto, diante do não preenchimento de todos os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil do Estado, como o nexo de causalidade (pois não há como se atribuir o dano sofrido com a conduta da Administração), o dolo ou culpa do agente estatal e, ainda, aplicando-se o princípio da reserva do possível, não há que se falar em responsabilidade do Estado de Pernambuco e muito menos em pagamento de indenização por danos materiais e morais. 7. Note-se que, mesmo quando visem especificamente ao prequestionamento, não podem os embargos de declaração ultrapassar os contornos do art. 535 do CPC. 8. Embargos conhecidos e rejeitados, considerando a inexistência de contradições, obscuridades ou omissões quanto à matéria posta em julgamento. Por unanimidade.

Também, julgado desta Primeira Câmara Cível:

Apelação cível. Ação de indenização. Danos materiais. Ônibus incendiado por populares. Omissão genérica do Estado. Responsabilidade civil subjetiva. Culpa anônima (falta/falha do serviço público), não demonstrada. Fato de terceiro. Ausência de nexo causal entre a suposta omissão estatal e o evento danoso. Dever de indenizar ausente. Sentença mantida. - Na seara de responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão genérica, somente será devida a indenização se restar comprovado que determinada omissão culposa da Administração concorreu para a ocorrência do resultado danoso, ou seja, que o dano não teria ocorrido se a Administração tivesse prestado adequadamente os serviços públicos (a chamada 'culpa administrativa' ou 'culpa anônima'). No caso dos autos, considerando que o dano decorreu exclusivamente de ato/fato de terceiro, que rompeu o necessário nexo causal, sem qualquer omissão culposa do Estado de Minas Gerais, afasta-se a obrigação de indenizar (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.284254-7/001 - Relator: Des. Geraldo Augusto).

Aliás, vale o registro de que participei, como Vogal, do julgamento da mencionada Apelação Cível/TJMG 1.0024.11.284254-7/001, oportunidade em que assim me manifestei:

Senhor Presidente, tive acesso aos autos, com pedido de vista na sessão anterior, e não divirjo dos votos precedentes. Com efeito, a r. sentença bem examinou a espécie, o que vem ratificado no voto do em. Relator. Não há como, nas circunstâncias em que se deram os fatos, atribuir ao ente estatal a responsabilidade frente à atuação criminosa de desordeiros, fato

que, infelizmente, tem-se repetido, ultimamente, nos grandes centros urbanos. Uma coisa seria a omissão do Poder Público, negligenciando-se no seu dever de oferecer proteção à população e aos serviços de seus concessionários; outra é a sua absoluta impossibilidade de conter, com eficiência, os abusos e excessos de determinados grupos. Como as coisas e fatos como esses têm acontecido, torna-se praticamente impossível a contenção pelo Estado que, na maioria das vezes, ainda assim tem conseguido minimizar essas ocorrências. Acompanho, pois, neste caso específico, o em. Relator. Por último, examinando a pretensão recursal no que concerne à verba honorária de sucumbência, tenho que restou fixada em *quantum* razoável e equilibrado, nos limites da orientação processual. Trata-se de caso com alta repercussão, envolvendo sérios questionamentos, que demandou uma atuação atenta e competente da douda Procuradoria do Estado de Minas Gerais. Em sendo assim, não vejo razões para alterar o arbitramento. Até mesmo porque o art. 20 do CPC/73 não condiciona o arbitramento de honorários advocatícios a favor da Fazenda a 10% do valor atribuído à causa, não havendo, pois, qualquer irregularidade nesse particular a ser reparada.

Conclusão.

Por tais considerações e razões de decidir, nega-se provimento ao recurso, para manter, *in totum*, a r. decisão de primeiro grau.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante.
É o meu voto

DES. ARMANDO FREIRE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 04.10.2016 próximo passado, o Relator negava provimento e pediu vista o Primeiro Vogal, a quem passo a palavra.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - 1 - A delimitação da controvérsia.

Cuida-se de ação de indenização aforada pela Saritur - Santa Rita Transporte Urbano e Rodoviário Ltda. contra o Estado de Minas Gerais, objetivando o ressarcimento do montante de R\$316.699,46 a título de danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da destruição total de um dos ônibus de sua frota.

Segundo a narrativa desenvolvida na inicial, em 27 de novembro de 2012, após o início de protestos no Aglomerado da Serra, gerados por confrontos entre polícia e traficantes, e que resultou na morte de um morador, terceiras pessoas, em retaliação, atearam fogo em um ônibus da empresa que fazia o transporte de funcionários da Teksid do Brasil (fábrica de Betim).

A autora narrou que, após as manifestações e confrontos, o local passou a contar com forte aparato policial, mas este foi omisso em evitar o evento danoso, e, por isso, é necessário imputar ao Estado de Minas Gerais a responsabilidade pela omissão em resguardar a segurança e o patrimônio.

O réu resistiu à pretensão e argumentou que, a despeito da força policial empenhada para o local, houve atuação inevitável de criminosos, circunstância

que impede a formação de nexo causal e afasta o dever de indenizar.

Após regular contraditório, o pedido foi julgado improcedente, e, na esteira do voto do Relator, a sentença deve ser prestigiada, *data venia*.

2 - A responsabilidade civil do Estado e o julgamento do RE nº 841.526, sob o regime da repercussão geral.

A questão relativa à natureza da responsabilidade civil do Estado, em face de ato omissivo a ele atribuído, sempre proporcionou algum dissenso doutrinário, haja vista que, a depender da natureza da omissão, a responsabilidade seria subjetiva (de caráter genérico), ou objetiva (de caráter específico).

No âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores, o STJ firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade por ato omissivo seria subjetiva, enquanto a Suprema Corte, já há algum tempo, passou a se posicionar pela responsabilidade objetiva, seja por condutas omissivas, seja por condutas comissivas.

Veja-se um exemplo de cada decisão:

Administrativo e processual civil. Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Culpa ou negligência. Ausência de provas. Reexame. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. [...] II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos (STJ - AgRg no AREsp 501.507/RJ - Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - DJe de 02.06.2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR - Relatora: Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma - DJe de 17.09.2013. III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, 'analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora', entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.345.620 - Relatora: Ministra Assusete Magalhães - Segunda Turma - DJe de 02.12.2015).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. - 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. Agravo regimental não provido (AgR no ARE nº 754.778 - Relator: Ministro Dias Toffoli - DJe de 26.11.2013).

É necessário frisar que a Suprema Corte, ao eleger o tema para julgá-lo sob o regime da repercussão geral e em hipótese relativa à morte de detento dentro de uma unidade prisional, fixou a diretriz que deve ser observada quanto à responsabilidade civil do Estado em ato omissivo, sendo certo que o acórdão possui a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado por morte de detento. Arts. 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. - 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, visto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que, nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v.g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjeturada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que, em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que não ocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário desprovido (RE nº 841.526/RG - Relator: Ministro Luiz Fux - DJe de 1º.08.2016).

Esse precedente precisa ter o seu conteúdo examinado, pois, ainda que a situação fática dos autos seja distinta do precedente acima indicado, é possível observar a linha argumentativa utilizada pelo STF para definir os limites da responsabilidade civil objetiva por ato omissivo.

Do corpo do acórdão extrai-se:

A omissão estatal, entretanto, merece considerações específicas. É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em

sede jurisprudencial, quanto doutrinária. Isso porque, embora o art. 37, § 6º, da Constituição Federal seja expresso ao definir a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, não se vislumbra claramente do texto constitucional qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.

Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência - quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo - surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 677.283 AgR - Relator: Ministro Gilmar Mendes - Segunda Turma - DJe de 08.05.2012).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. - 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido (ARE 754.778 AgR - Relator: Ministro Dias Toffoli - Primeira Turma - DJe de 19.12.2013).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexo de causalidade configurado. Precedente. - 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 607.771 - AgR - Relator: Ministro Eros Grau - Segunda Turma - DJe de 14.05.2010).

Responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do

art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Hospital público que integrava, à época do fato gerador do dever de indenizar, a estrutura do Ministério da Saúde. Responsabilidade civil da pessoa estatal que decorre, na espécie, da inflição de danos causada a paciente em razão de prestação deficiente de atividade médico-hospitalar desenvolvida em hospital público. Lesão esfinteriana obstétrica grave. Fato danoso para a ofendida resultante de episiotomia realizada durante o parto. Omissão da equipe de profissionais da saúde, em referido estabelecimento hospitalar, no acompanhamento pós-cirúrgico. Danos morais e materiais reconhecidos. Ressarcibilidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso de agravo improvido (AI 852.237 - AgR - Relator: Ministro Celso de Mello - Segunda Turma - DJe de 25.06.2013).

Vale destacar, pela sua clareza e objetividade, trecho nuclear do voto proferido pelo Relator do último acórdão colacionado acima:

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º). Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina [...].

Com efeito, não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Ora, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros ("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"), de modo que basta que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional em questão que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva.

Perfilhando o mesmo entendimento é a lição de Gustavo Tepedino:

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte - *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva),

perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 221).

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda, de forma objetiva, também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima.

Sobre o tema, relevante escólio doutrinário de Gilmar Ferreira Mendes *et al.*:

Nesse contexto, é importante perquirir sobre a eventual caracterização da omissão que origina o dever de indenizar, registrando que tal omissão não é fática, mas exclusivamente jurídica, isto é, somente haverá omissão, no sentido juridicamente relevante, se houver um prévio dever legal de agir. Tal entendimento já foi evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, e é válido para todos os campos do Direito. Com efeito, assentou essa Excelsa Corte: 'A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado'.

Assim, o primeiro pressuposto do reconhecimento da responsabilidade por omissão é a afirmação do dever legal de agir ou, na espécie, de prestar - matéria exclusivamente de direito, que integra ainda o pressuposto necessário do nexo de causalidade. Não obstante as normas constitucionais tenham adotado, desde a Carta de 1946, a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independente de culpa ou procedimento contrário ao direito, além de a evolução doutrinária e a jurídica refletirem uma tendência em abranger também a responsabilidade estatal por atos legislativos e jurisdicionais, não se pode chegar ao extremo de conceber, em nosso ordenamento vigente, a adoção da teoria do risco integral ou do risco social, até porque não agasalhada na Carta de 1988 (art. 37, § 6º).

[...] Havendo, portanto, um dano decorrente de omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de exigir-se a caracterização do dever legal de agir, uma vez que, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Logo, se o Estado não estava obrigado a impedir o acontecimento danoso (ausência de lucro), não há razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão.

Realmente, a integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Assim, embora não se estabeleça um nexo de causalidade fática, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma causalidade juridicamente estabelecida. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo, 'não se trata, pois, como salienta

Wessels, de um 'não fazer' passivo, mas da 'não execução de uma certa atividade juridicamente exigida' (*Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2001. p. 117) (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 801-803).

Não se pode olvidar, por outro lado, assim como preconiza a parte final do art. 13, § 2º, do Código Penal, que o agente deve ter não só o dever jurídico de impedir o resultado danoso, mas também "a real possibilidade de realizar a ação devida" (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 143). No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, forçoso reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade.

Note-se que não se está aqui a inovar na ordem jurídica, senão a sistematizar e concatenar ideias há muito já defendidas pela doutrina jurídica nacional. Ora, é corrente no meio jurídico a afirmação de que a Administração só responde pela omissão que é específica, ou seja, quando ela está obrigada a evitar o dano e permanece inerte. Nessa toada é a lição de José dos Santos Carvalho Filho: "Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 561).

Inegável, assim, perceber a semelhança entre a figura do agente garantidor, indicado no art. 13, § 2º, do Código Penal, e a do Poder Público obrigado por lei a agir para impedir o dano. Essa heterointegração da disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado - que nada dispõe sobre esse ponto específico -, com o regramento instituído pelo Direito Penal para o agente garantidor, por analogia, é autorizada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Estabelecidas essas premissas até aqui sintetizadas, é possível assentar algumas conclusões que respondem às indagações colocadas acima: 1) não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado; 2) o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação.

Dentro dessa perspectiva, extraindo-se do julgado que o STF reafirmou a jurisprudência no sentido de que a omissão juridicamente relevante gera responsabilidade civil objetiva, com intensa importância ao nexo de causalidade, é necessário perquirir se o Estado de Minas Gerais tinha, no caso em julgamento, o dever legal específico de salvaguardar os bens da autora e se sua atuação, de modo a impedir o evento, era possível.

3 - O caso concreto.

Na espécie em exame, discute-se a responsabilidade do Estado por haver cometido omissão - ou não desenvolvido esforços - de garantir o direito de propriedade da autora em relação a um ônibus que se encontrava em região aparentemente conflagrada de Belo Horizonte.

Com efeito, o forte aparato policial destacado, a partir do início das retaliações de moradores insatisfeitos com a morte de um deles em confronto com a Polícia Militar, demonstra que houve não apenas preocupação com a segurança de pessoas e bens no local, mas providências efetivas no sentido de policiar o Aglomerado da Serra, local em que o fato descrito na inicial ocorreu.

As matérias de jornais acostadas com a inicial corroboram os fatos e evidenciam que o policiamento foi reforçado e que o Estado de Minas Gerais utilizou seu efetivo e suas informações para lidar com a situação e tentar neutralizar outras reações violentas.

Essas matérias e o aparato policial deslocado e utilizado no local militam não contra as razões do réu como quer a parte autora, ora apelante, mas a seu favor, pois demonstram que indiferença e inércia não ocorreram; o Estado de Minas Gerais preparou-se para enfrentar a crise estabelecida naquela região, mas suas ações não foram suficientes para conter o avanço dos criminosos sobre o patrimônio particular.

Nesse particular, reforça esse entendimento o estudo de f. 430/440, segundo o qual a Polícia Militar já vinha, há anos, acompanhando e monitorando a situação no Aglomerado da Serra, de modo a combater o tráfico de drogas, a formação de gangues e a prevenir a prática de outros crimes.

O local já estava mapeado e havia intensa atuação na comunidade, com abordagens, apreensões de drogas, armas e prisões, conforme tabela de produtividade acostada à f. 435.

E, com relação aos fatos específicos da revolta gerada pela morte de um morador, a partir de 26.11.2012, o estudo e as escalas de militares para ali atuarem demonstram o deslocamento de efetivo para conter ações ilícitas e proteger pessoas e patrimônio. Sendo assim, mais do que foi feito extrapola a figura do risco administrativo e passa para o campo do risco integral e que não é passível de indenização na linha da argumentação do STF.

Por certo, pretender que o Estado impeça a ocorrência do crime representa acolhimento da tese do risco integral, o que não se pode admitir; como bem ponderou o Juiz *a quo*, o Estado deve "oferecer segurança aos cidadãos, e não assegurar a inexistência de ilícitos".

A Polícia Militar, por maior que fosse seu efetivo, não tinha meio ou modo de impedir, em uma área extensa e geograficamente desfavorável como é o Aglomerado da Serra, na região Centro-Sul, que qualquer ato danoso acontecesse ao patrimônio da autora.

O depoimento do servidor militar Dorival de Assis Ferreira (f. 463) ratifica esse entendimento e chama a

atenção o fato de a Polícia Militar ter conseguido impedir o incêndio de um ônibus. E, no que concerne ao efetivo, esclareceu que:

[...] que o efetivo normal no aglomerado é de uma guarnição da PM por turno; que reitera que, quando ocorreram os fatos aludidos, o efetivo foi aumentado para cinco guarnições; que o Gati e Gepar, o Choque e a Rotan estiveram presentes no local; que, quando se referiu às cinco guarnições, reuniu-se ao Gepar e ao tático móvel do 22º Batalhão; que não sabe dizer qual era o efetivo dos outros componentes da Polícia Militar no local; [...] que o Choque foi deslocado para o local para fazer o policiamento noturno da área; que, levando em consideração o efetivo da PM, o depoente acredita que foi feito o possível para conter a violência no local.

Na linha do raciocínio exposto, tenho que o Estado de Minas Gerais não tinha dever legal de assegurar a incolumidade dos bens da apelante. Trata-se de dever genérico voltado a toda a sociedade no sentido de manter a ordem pública e o patrimônio público e privado.

Constitui hipótese bem diferente daquela na qual o Estado assume a custódia de pessoas privadas da liberdade, ou de alunos da rede pública, ou, ainda, de pacientes em hospital público. Em tais hipóteses, há o dever legal de preservar a incolumidade daqueles que estão sob sua guarda específica. E, no caso concreto, esse dever não está presente genericamente com relação à sociedade.

Aliado à inexistência de dever legal específico de garantir a segurança dos ônibus da autora, há a impossibilidade de agir de modo a evitar qualquer tipo de crime.

Ora, em se tratando de área geograficamente extensa, com intensa complexidade social e marcante criminalidade, não é razoável que se exija que o Estado obtenha sucesso em evitar todo e qualquer comportamento delituoso.

O aparato destacado e a quantidade da força pública presente demonstram que a ação dos criminosos estava além da atenção, das forças e da estratégia empreendida, devendo-se reconhecer que o Estado não tem poderes para se fazer onipresente.

A força dos criminosos, no momento do ato, foi invencível pelos esforços dos servidores militares ali presentes, circunstância que configura fato de terceiro, rompe o nexo de causalidade e afasta a figura da responsabilidade objetiva.

Dentro dessa perspectiva, são negativas as respostas aos questionamentos acima propostos: o Estado de Minas Gerais não assumiu dever legal de guarda ou proteção dos bens particulares da recorrente - tinha apenas o dever genérico de policiamento e manejo da crise -, e, mesmo com as forças deslocadas, não teve chance de atuar de modo a evitar a ocorrência do ilícito.

Assim, evidenciado pela prova dos autos que o réu não permaneceu inerte, que conhecia o local e a espécie de criminalidade ali presente, que se movimentou a tempo e modo e aumentou o efetivo no local após as reações

violentas, que não tinha o dever legal de proteger os ônibus da empresa autora, nem teve forças para impedir o evento danoso, que fugiu ao seu alcance, reconhece-se a quebra do nexo de causalidade e isso resulta na inexistência de responsabilidade civil objetiva.

Logo, acompanho a conclusão contida no voto do Relator.

4 - O valor dos honorários advocatícios.

No tocante ao valor dos honorários advocatícios, peço vênha para divergir do Relator, pois o montante de R\$40.000,00 foge aos parâmetros de razoabilidade diante das particularidades da causa.

A causa contou com instrução probatória, e os conteúdos das manifestações das partes foram juridicamente bem construídos, o que demonstra o cuidado com que atuaram neste processo. Outrossim, a ação tramita há pouco mais de dois anos e todos os advogados são estabelecidos nesta Capital, e, por isso, constato que a quantia arbitrada na sentença é excessiva.

E, dessa forma, reduzo os honorários advocatícios para R\$10.000,00.

É como voto.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Peço vênha ao eminente Relator, para aderir às ressalvas feitas pelo eminente 1º Vogal, bem como à divergência parcial apresentada por Sua Excelência, reduzindo-se os honorários advocatícios ao importe de R\$10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

DES. ARMANDO FREIRE - Na forma regimental e mediante a divergência parcial limitada à questão da verba honorária, reposiciono-me nesse particular, para aderir à proposição dos votos dos eminentes Vogais, acompanhando Suas Excelências e admitindo a redução da verba honorária para dez mil reais.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

...

***Supressio* - Condomínio edilício - Área comum - Utilização como garagem e *box* de despejo - Não exercício de direito - Largo interregno de tempo - Legítima expectativa - Boa-fé objetiva - Princípio da confiança - Fundamentação per *relationem* - Admissão pelo STF**

Ementa: Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Condomínio. Área comum utilizada como garagem e “box de despejo”. Aplicação da *supressio*. Motivação per *relationem*. Técnica de fundamentação admitida pelo STF e pelo STJ.

- Consoante pacificada jurisprudência dos Tribunais Superiores, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*).

- Aplica-se o instituto da *supressio*, quando uma das partes perde o direito constante da relação, por não tê-lo exercitado durante um considerável interregno de tempo, sendo a inércia uma conduta desleal, já que gera uma expectativa na outra parte, que vinha agindo, reiteradamente, com base na confiança advinda de um acordo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.16.052399-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio do Edifício Achilles Miraglia - Apelado: Lucas Pinheiro Costa - Relatora: DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016. - Mônica Libânio Rocha Bretas - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de apelação interposta por Condomínio do Edifício Achilles Miraglia contra a r. sentença de ordem nº 68, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer e não fazer, proposta em face de Lucas Pinheiro Costa, em que a MM. Juíza, Maria Aparecida Consentino Agostini, da 34ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, julgou improcedente o pedido nos seguintes termos:

Assim, julgo improcedente o pedido do autor, resolvendo o mérito na forma do art. 487, I, do CPC.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, como autoriza o art. 85 do CPC.

Pelas razões de Ordem nº 70, pretende o apelante a reforma da r. sentença, ao fundamento, em síntese, de que nunca houve uso exclusivo da área comum pelos proprietários da unidade do apelado que justificasse a *supressio* ou pudesse gerar uma expectativa de direito para o recorrente, que só está de posse desses espaços há apenas três anos.

Aduz não estarem presentes os requisitos para que a *supressio* seja verificada.

Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões recursais à Ordem nº 73, pugnano, preliminarmente, o desentranhamento dos documentos apresentados com a Ordem nº 37/38.

Em respeito ao princípio da não surpresa, determinei a intimação do apelante para que se manifestasse quanto à preliminar arguida (doc. Ordem nº 74), o que o fez (Ordem nº 75).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da preliminar de desentranhamento dos documentos de Ordem nºs 37 e 38.

Em que pesem as alegações do apelado, não vejo por que determinar o desentranhamento dos documentos de Ordem nºs 37 e 38, uma vez que são meramente esclarecedores de fatos (STJ, 4ª T., REsp 181.627, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 21.6.99) e porque o apelado teve vista deles (art. 437, § 1º, do CPC).

Assim, rejeito a preliminar.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com a Relatora.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com a Relatora.

DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Mérito.

A controvérsia cinge-se a verificar se estão presentes os requisitos para a ocorrência da *supressio*, no caso dos autos.

Confirmam-se os fundamentos lançados na r. sentença para justificar a improcedência dos pedidos iniciais:

Trata-se de ação de obrigação de fazer e não fazer ajuizada em face de morador, afirmando que este se utiliza dos espaços públicos do condomínio para estacionar seu veículo e depositar bens que lhe pertencem, tratando-se de área comum do Condomínio como sua.

Resta claro, considerando a planta original do edifício e afirmações em teor confessional advindas do réu, que ele faz uso inapropriado do espaço do prédio, estacionando seu veículo e utilizando-se da propriedade comum com certo teor privado. Ocorre que este uso vem se prolongando durante um longo período de tempo, tendo em vista que o réu já residia anteriormente, em conjunto com sua família, no edifício, e que, apesar da mudança para apartamento independente há 4 anos, a denominada 'vaga' sempre teve seu uso validado pelos moradores.

O instituto do direito civil denominado *supressio*, como afirma Menezes Cordeiro, 'consiste na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa'. Ou seja, trata-se de direito adquirido com o decorrer do lapso temporal, em que a falta de cobrança ou exercício de um direito originário provoca a minoração deste, suprimindo a possibilidade de invocá-lo.

Em consonância, decidiu o egrégio Tribunal de Minas Gerais: 'Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de débito c/c indenização por danos morais e repetição de indébito. Contrato de empréstimo. Negativação do nome da parte. Pagamento não comprovado. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. *Supressio*. Presunção de veracidade. Inocorrência. - 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 prevista no CDC só é permitida se houver prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte que a pede, ou hipossuficiência real à produção de determinada prova, não estando presentes nenhum dos requisitos no caso. - A sanção processual de presunção de veracidade é aplicável somente quando a exibição é requerida de forma incidental ao processo principal. - A inércia qualificada de uma das partes gera na outra a expectativa legítima (diante das circunstâncias) de que a faculdade ou direito não será exercido, configurando-se a *supressio* (TJMG - Apelação Cível 1.0693.12.006676-8/001 - Relator: Des. Rogério Medeiros - 13ª Câmara Cível - j. em 10.03.2016 - p. em 18.03.2016).

Dessa maneira, conclui-se que, durante os vinte anos em que está morando no edifício em questão, tanto o réu quanto os moradores que ali residiam anteriormente não tiveram a ocupação da vaga questionada, como afirma o proprietário anterior do imóvel em seu testemunho, em que afirma que 'morou no prédio de 2008 a 2012 e que sempre utilizou a área discutida nos autos, assim como o proprietário antes dele, que também se utilizava desta área específica', gerando assim uma legítima expectativa de direito, em que, após todo esse tempo, se viu a supressão do direito original do prédio de ocupação do espaço.

Além desse fato, a parte ré apresentou, por meio documental, outras irregularidades que ocorrem diariamente no edifício em questão, como o não respeito às vagas delimitadas previamente e o uso não autorizado dos armários presentes ao lado dos apartamentos, que não constam na matrícula original ou planta do prédio.

Ademais, o objetivo final do prédio em relação ao espaço seria o de ocupá-lo com objetos que já se encontram em local determinado no prédio, como, por exemplo, o fornecimento de gás, que já encontra cômodo próprio, assim não havendo real necessidade de utilização deste espaço.

Há ainda que ressaltar que, na convenção de condomínio, não há explicitamente proibição de uso de espaço não ocupado, tendo em vista que esse não apresentava propósito para com o prédio. Assim, a improcedência é medida que se impõe (sic).

Com efeito, entendo que as razões declinadas no recurso e o conjunto probatório contido nos autos são insuficientes para infirmar os fundamentos lançados na r. sentença.

Assim, valendo-me da técnica de motivação *per relationem*, adoto e ratifico os fundamentos da r. sentença para mantê-la hígida, como autoriza a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Direito processual civil e direito civil. Veiculação de imagem sem autorização. Danos morais. Indenização. Suposta afronta aos arts. 5º, IV, IX e XIV, 93, IX, e 220 da Carta Maior. Motivação referenciada (*per relationem*). Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Acórdão regional em que adotados e transcritos os fundamentos da sentença lastreada no conjunto probatório. Súmula 279/STF. Interpretação de normas de âmbito infraconstitucional. - Eventual violação reflexa não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. - Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*).

- Precedentes. - Além de a pretensão da recorrente demandar reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a suposta afronta ao preceito constitucional indicado nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna obliqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, a, da Lei Maior. Agravo conhecido e não provido (AI 855829 AgR - Relatora: Ministra Rosa Weber - Primeira Turma - j. em 20.11.2012 - DJe 241 - Divulg. em 07.12.2012 - p. em 10.12.2012).

Recurso especial. Civil. Processual civil. Doação. Nulidade. Fundamentação *per relationem*. Possibilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Prescrição. Incidência da Súmula 283/STF. Incapacidade. Perquirição acerca da intenção do agente. Desnecessidade. Documentos. Fé pública. Presunção relativa de veracidade. Sentença de interdição. Natureza declaratória e não constitutiva. Natureza da incapacidade. Ausência de interesse prático. Recurso desprovido. 1. A iterativa jurisprudência desta Corte admite a fundamentação *per relationem*, pela qual o julgador se vale de motivação contida em ato judicial anterior, e especialmente em parecer ministerial, como razões de decidir. [...] 9. Recurso especial conhecido em parte e não provido (REsp 1206805/PR - Relator: Ministro Raul Araújo - Quarta Turma - j. em 21.10.2014 - DJe de 07.11.2014).

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 318.166/SP; REsp 660413/SP; AgRg no AREsp 210178/PR; AgRg no AREsp 296368/RS; AgRg no AREsp 114531/PR; EDcl no AREsp 202062/MG; REsp 1399997/AM; dentre outros.

Cumpra esclarecer que a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016, não alterou o entendimento jurisprudencial acima mencionado. Pelo contrário, a interpretação sistemática do aludido diploma legal, deixa claro que essa técnica de fundamentação só não pode ser adotada em sede de agravo interno (conforme previsão expressa do art. 1.021, § 3º, do NCPC).

Não obstante, para melhor atender à expectativa da apelante, cumpre esclarecer que, pelo conjunto fático-probatório, ficou demonstrado que o apelado sempre usou a área comum como estacionamento e "box de despejo", com anuência do condomínio apelante, tendo, inclusive, ocorrido sucessão possessória da área comum.

Também restou demonstrado que não só o apelado como o próprio síndico e demais condôminos se valem de áreas comuns como vagas de garagem "extra", com exclusividade, e que o único que está sendo questionado, após longo período de utilização, é o apelado, conforme depoimento pessoal do representante legal do condomínio apelante. Vejamos:

[...] que o declarante usa uma vaga oficial e uma vaga não oficial da garagem; que, com relação ao uso de vagas não oficiais, o único morador que foi questionado pela sua utilização foi o réu, [...]; que quase todos no condomínio utilizam vagas não oficiais e de vez em quando alguém se desentende, mas dá para suportar; que o filho do morador envolvido em

uma discussão com o réu utiliza uma vaga não oficial com exclusividade [...] (doc. Ordem nº 63).

Ademais, a meu ver, o uso prolongado do local, inclusive pelos proprietários anteriores, descaracteriza a alegação de imprescindibilidade do local para “depósito de material e escritório do condomínio” ou mesmo para o depósito de lixo, como projetado.

Assim, tenho que a inércia do condomínio e a anuência dos demais condôminos por longo período bem como a boa-fé objetiva do apelado justificam a aplicação da *supressio* ao caso em comento.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação, mantendo hígida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

Custas e honorários recursais, os quais fixo em 5% sobre o valor da causa pelo apelante, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Indenização por danos materiais - Furto de veículo em estacionamento privativo - Templo religioso - Atividade comercial - Fim lucrativo - Relação consumerista - Valor da condenação - Tabela Fipe

Ementa: Apelação cível. Indenização. Furto de veículo em estacionamento anexo a templo religioso. Desconfiguração da atividade-fim. Relação de consumo configurada. Dano material configurado.

- Quando averiguado que a atividade-fim das instituições religiosas restou desconfigurada pela prática comercial do uso do estacionamento privativo, é o caso de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

- Restando comprovado que havia controle de entrada e saída do estacionamento por usuário mensalista, cabe ao responsável o dever e a obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados em seu interior, independentemente de ser o valor aquém do praticado no mercado ou mesmo de ser gratuito.

- Demonstrado que houve falha na prestação dos serviços, cabe ao responsável pelo estabelecimento indenizar os danos sofridos pelo usuário.

- Deve ser utilizado, como parâmetro para o pagamento pela perda do veículo, o valor de mercado, sendo adequado utilizar a tabela Fipe editada no momento do infortúnio.

- Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios fluem a partir da citação, na forma do art. 405 do Código Civil.

- Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo, conforme Súmula nº 43 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.12.058097-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Prudente Cosméticos Ltda. - Apelado: Ministério Comunidade Vida - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2016. - José Augusto Lourenço dos Santos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS
- Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença (f. 93/94-v.) proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais proposta por Prudente Cosméticos Ltda. em desfavor do Ministério Comunidade Vida, julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que não havia segurança no local em que foi estacionado o veículo da autora, afastando qualquer responsabilidade do réu quanto ao furto ocorrido.

Inconformada com a decisão supra, a autora apelou às f. 96/105, pugnando pela reforma da sentença, ao argumento de que o local onde estacionava o veículo não era gratuito, havendo fins lucrativos, inclusive com data de vencimento mensal e reajuste de preço para o aluguel. Asseverou que não há dúvidas quanto ao controle para utilização do estacionamento, existindo câmeras de segurança e portão eletrônico no local. Aduziu que as partes firmaram contrato verbal de depósito, sendo que a autora/apelante possuía, inclusive, controle remoto do portão eletrônico.

Preparo, f. 106.

O réu apresentou suas contrarrazões às f. 109/118, em que alegou que não houve relação de consumo, por falta de caráter mercantil, tratando-se de uma entidade religiosa. afirmou que não existiu contrato de depósito firmado entre as partes para guarda e zelo de veículo. Aduziu que o valor pago pela autora/apelante não corresponde a uma mensalidade, e sim a uma contribuição, sendo opcional e voluntária. Argumentou sobre a falta de segurança no local e que a apelante assumiu os riscos quando deixou estacionado seu veículo, não havendo

falar em responsabilidade em virtude do dano ocorrido. Ao final, pleiteou fosse mantida a sentença hostilizada.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso. Não havendo preliminares a serem analisadas e nulidades a serem sanadas, passo ao exame do mérito.

O cerne da controvérsia está em se decidir se a questão deve ser analisada sob a ótica do CDC e, ainda, se restou configurada a culpa do apelado quanto ao furto do veículo.

Pois bem.

Do acervo probatório, verifica-se que não se trata de um estacionamento aberto, em que qualquer veículo possa entrar e sair, sendo um local fechado e restrito, inclusive com portão eletrônico e entrega de controle remoto aos usuários. Tal fato restou comprovado pelo boletim de ocorrência realizado no local e dos depoimentos de testemunhas.

Com efeito, restou incontroverso, nos autos, que a empresa autora efetuou pagamentos mensais, no valor de R\$100,00, no período de janeiro a abril de 2012, para fins de utilização do estacionamento pelo veículo furtado.

Ora, se o estacionamento era privativo do apelado e ficou constatado que houve pagamento de aluguel mensal, que perdurou por quase 4 (quatro) meses, inclusive com previsão de reajuste (f. 17), mesmo que se dê a nomenclatura de “doações” a esse pagamento, caberia ao apelado o dever de guarda. Aliás, deve ficar consignado que até havia alguns cuidados, como portão eletrônico (com entrega de controle remoto) e câmera de segurança.

Consigne-se, por importante, que, embora tenha constado do boletim de ocorrência não ter havido marcas de arrombamento no cadeado, deve se atentar para a informação prestada pela representante legal da autora de que havia uma porta no templo que dava saída para o estacionamento. E mais, constou do BO que o motorista da autora deixou o veículo às 18h e só retornou para buscá-lo na manhã do dia seguinte.

Com efeito, a relação existente entre as partes, em meu entendimento, foi de prestação de serviços. É dizer que a atividade-fim do templo religioso se desvirtuou, porque passou a exercer atividade comercial com fins lucrativos, não importando se o valor era aquém do praticado no mercado ou se havia isenção para alguns dos usuários.

Sem embargo de outros entendimentos, tenho, para mim, que, tratando-se de uma instituição religiosa, a alegação de que o estacionamento não tinha fins lucrativos não vinga, porquanto se avista que o uso do espaço não era para os fiéis, tanto que a autora, uma empresa sem qualquer relação com a igreja, o alugou para estacionar o veículo objeto da discussão, pagando mensalmente pelo uso.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que é irrelevante a gratuidade, falta de vigilância ou controle de entrada e saída de veículos do estacionamento para caracterizar a responsabilidade. A propósito:

1. O entendimento firmado por esta Corte, inclusive sumulado (Súmula 130/STJ), é no sentido de que ‘a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento’. Os precedentes que culminaram na edição da referida súmula destacam a irrelevância da gratuidade, falta de vigilância ou de controle de entrada e saída de veículos do estacionamento para caracterizar a responsabilidade da empresa, uma vez que caracterizado o contrato de depósito para guarda do veículo e, inclusive, em razão do interesse da empresa em angariar clientela.
2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1249104/SC - Relator: Ministro Sidnei Beneti - Terceira Turma - j. em 16.06.2011 - DJe de 27.06.2011).

Mais esclarecedor se mostra o julgado:

- [...] 3. O STJ já decidiu ser irrelevante o fato de a recorrida ser uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, se desempenha atividade no mercado mediante remuneração, para que seja considerada prestadora de serviços regida pelo CDC (AgRg no Ag 1.215.680/MA - Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti - DJe de 03.10.2012). [...] (AgRg no AREsp 152.666/SP - Relator: Ministro Raul Araújo - Quarta Turma - j. em 25.11.2014 - DJe de 19.12.2014).

Percebe-se que a mesma análise econômica da relação jurídica que sujeita as entidades sem fins lucrativos ao regime do CDC também autoriza, por analogia, a aplicação da Súmula nº 130 do STJ ao caso em julgamento.

Com essas premissas, restou claro que houve o furto do veículo, tanto pelo boletim de ocorrência, como pelo conjunto probatório. A matéria é incontroversa.

De outra banda, o nexo de causalidade se configura com a juntada dos recibos de pagamento pelo uso do estacionamento e o comunicado de reajuste de valor da mensalidade (f. 14/17).

No caso em apreciação, o fundamento para atribuir à apelada a responsabilidade pelo dever de indenizar a autora se consubstancia na disponibilidade, por quase quatro meses, do uso do estacionamento pela autora/apelante, mediante contraprestação mensal de R\$100,00, sem que a prestação do serviço tenha sido feita de modo efetivo e eficiente.

Nesse sentido, colaciono os julgados:

Recurso inominado. Indenização por danos morais e materiais. Furto de veículo em estacionamento de igreja. Existência de seguranças no local. Teoria da aparência. Responsabilidade civil configurada. Dever de vigilância e custódia demonstrada. Dano material evidenciado. Dano moral não caracterizado. Sentença mantida. Recurso dos autores conhecido e desprovido. Recurso da ré conhecido e desprovido. ‘Decidem os Juizes integrantes da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento a ambos os recursos (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0004639-40.2015.8.16.0026/0 - Campo Largo - Relator: Des. Leo

Henrique Furtado Araújo - j. em 03.06.2016) (TJPR - 1ª Turma Recursal - RI 000463940201581600260/PR - 0004639-40.2015.8.16.0026/0 - Relator: Des. Leo Henrique Furtado Araújo - j. em 03.06.2016 - p. em 23.06.2016).

[...] - Tratando-se de responsabilidade civil, a obrigação de indenizar pressupõe três requisitos: comprovação de culpa, do dano e nexo causal entre a conduta antijurídica e o dano. Contudo, em caso de prestação de serviço de guarda de veículos em estacionamento, segundo o art. 14 do CDC, não há que se perquirir a ocorrência de culpa, tendo em vista cuidar-se de responsabilidade objetiva. - Conforme dispõe a Súmula 130 do STJ, o furto de veículo em estacionamento privativo de empresa gera a obrigação de indenizar. - Comprovado o prejuízo patrimonial efetivamente suportado, a condenação ao pagamento de indenização por dano material é medida que se impõe (TJMG - Ap. Cível 10024121041495001/MG - Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira - j. em 20.03.2014 - 17ª Câmara Cível - p. em 1º.04.2014).

Relativamente ao valor da condenação, vejo por bem determinar que o valor a ser ressarcido deva ser o valor de mercado, utilizando-se, como parâmetro, a tabela Fipe, para a data do evento danoso, qual seja R\$25.141,00 (Disponível em: <<http://veiculos.fipe.org.br/>>. Acesso em: 14 out. 2016).

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença monocrática e reconhecer o dano material sofrido pela apelante, devendo o valor da indenização ser fixado na quantia de R\$25.141,00, acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, na forma do disposto no art. 405 do Código Civil e correção monetária a partir do dia 20.04.2012, conforme a Súmula nº 43 do STJ.

Ante o que restou decidido, inverte os ônus da sucumbência para condenar o apelado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação.

Custas recursais, pelo apelado.

Deixo de arbitrar honorários recursais pelo fato de a apelação ter sido avariada na vigência do CPC de 1973. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Indenização - Imóvel situado em área de risco - Demolição pelo município - Danos morais

Ementa: Ação indenizatória. Imóvel situado em área de risco. Comarca de Contagem. Demolição pelo município. Danos morais. Configuração. Valor da indenização. Critério da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada.

- A demolição pelo município de imóvel situado em área de risco assegura ao proprietário o direito de ser ressarcido pelos danos morais sofridos em virtude da dor experimentada pelo acontecimento descrito, uma vez que ao autor foi feita a promessa de que seu imóvel seria demolido mediante o pagamento de justa indenização ou o reassentamento definitivo em outro local, o que não ocorreu, sendo o imóvel ocupado por outra família.

- Na avaliação do dano moral, o juiz deve pautar-se pela irrestrita observância ao critério da razoabilidade/proporcionalidade arbitrada segundo as circunstâncias do caso concreto de acordo com as condições das partes envolvidas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.14.059822-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Edson Leonardo da Silva - Apelado: Município de Contagem - Relatora: DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - Ângela de Lourdes Rodrigues - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de apelação cível interposta por Edson Leonardo da Silva, nos autos da ação indenizatória c/c pedido de tutela antecipada movida em face do Município de Contagem, contra a r. sentença de f. 93/95-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Contagem, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o Município de Contagem ao pagamento dos danos materiais consubstanciados no valor do imóvel, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, sendo as custas judiciais pelas partes, à razão de 50%(cinquenta por cento) para cada, observada a isenção do Município e a suspensão da exigibilidade em relação ao autor. Os honorários advocatícios serão apurados no percentual mínimo condizente ao proveito econômico, obtido em liquidação de sentença, a serem suportadas pelas partes na mesma proporção.

O autor apresentou suas razões recursais às f. 98/101, afirmando que a situação descrita nos autos mostra-se hábil ao deferimento do pagamento de danos morais, enfatizando o sentimento negativo experimentado por ter sido afastado de sua residência com sua família.

Sustenta que o réu não agiu no exercício regular de seu direito, uma vez que tirou o recorrente e sua família de sua residência, que não estava em risco de desabamento.

Ressalta que o município não impugnou o pedido de danos morais, destacando que, em janeiro de 2012, a Prefeitura entregou ao apelante o Termo de Demolição, contudo, até maio de 2016, não houve a demolição do imóvel, sendo ele invadido por terceiros.

Relata o descaso da Prefeitura de Contagem com as pessoas e pugna pelo prequestionamento aos dispositivos legais citados, bem como pela reforma da r. sentença para que o requerido seja condenado ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada em face do Município de Contagem, em que o autor requer indenização em virtude de seu desalojamento do imóvel situado na Rua Amador Bueno, Beco 2, nº 110, Bandeirantes, alegando que foi informado que residia em área de risco, inclusive constando tal fato no Termo de Demolição por ele assinado.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o Município de Contagem ao pagamento dos danos materiais consubstanciado no valor do imóvel, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

O autor apresentou suas razões recursais pugnando pela condenação do Município ao pagamento de danos morais.

Em princípio, a responsabilidade civil extracontratual pode ser definida: a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral (Código Civil, art. 186).

Desse conceito, exsurgem os requisitos essenciais da reparação civil, quais sejam: a) a verificação de uma conduta antijurídica, dolosa ou culposa; b) a existência de um dano de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; e c) o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro.

Sabe-se, contudo, que a responsabilidade da Administração Pública consagra o princípio do risco administrativo.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade objetiva do Estado e das empresas prestadoras de serviços públicos em relação aos atos praticados por seus agentes.

A teoria do risco administrativo baseia-se na atuação estatal para os administrados e na possibilidade de acarretar ônus a certos membros da comunidade.

Em análise dos autos, observa-se que o Magistrado reconheceu apenas o direito da parte autora no tocante aos danos materiais, todavia, em relação aos danos morais, a r. sentença merece reforma.

Com efeito, para fazer jus à indenização por danos morais, deve o requerente comprovar a ofensa que lhe tenha sido injustamente dirigida de modo a atingi-lo em sua auto-estima, em sua dignidade e integridade pessoal, ensejando a reparação pecuniária.

Sobre os danos morais, esclarece Sérgio Cavaliéri Filho:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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 amigos 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 em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (*Programa de responsabilidade civil*, Ed. Atlas, 2007, p. 80).

No caso em questão, indiscutível que o autor passou por transtornos ao descobrir que o imóvel adquirido era situado em uma área de risco, sendo informado que o mesmo seria demolido.

Ademais, ao autor foi feita a promessa de que seu imóvel seria demolido mediante o pagamento de justa indenização ou o reassentamento definitivo em outro local, o que não ocorreu.

Através do documento de f. 66, juntado pelo Município de Contagem, percebe-se que, não tendo a parte autora aceitado o reassentamento, foi informado que não havia previsão para o pagamento da indenização, fato ocorrido em 29.08.2012.

No caso dos autos, incontestado que o caso descrito deve ser elevado à categoria de danos morais, notadamente porque ultrapassa a esfera do mero dissabor. É inquestionável que o Município se comprometeu com a parte autora a realizar seu reassentamento e também o pagamento devido. Entretanto, não há notícias, nos autos, da previsão do pagamento indenizatório em virtude do orçamento (f. 85).

Lamenta-se, ainda, uma informação reiterada nos autos e não questionada pelo Município quanto à ocupação do imóvel do autor por outra família, alegando o apelado que esse fato não influencia na demanda reparatória (f. 84).

Todos esses fatos demonstram que não foi um mero aborrecimento que o autor sofreu e os danos ocasionados prolongam no tempo, pois não há previsão do pagamento indenizatório.

Não destoa de tal entendimento:

Civil e administrativo. Ação de indenização. Terreno doado pela municipalidade. Construção de residência. Lote não apropriado. Área de risco. Fiscalização. Inexistência. Danos materiais e morais provados. - A Municipalidade deve ser condenada a ressarcir pelos danos materiais e morais

suportados pela demolição de residência dos autores, por eles construída em lote doado pelo poder público, que se mostrou impróprio e localizado em área de risco, além de não ter o Município fiscalizado as obras conforme expressa previsão contratual (AC 10079.08.457013-8/001, Relator: Alberto Vilas Boas).

Lado outro, no que diz respeito à quantificação do dano moral, coerentes os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, 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 (*Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 5. ed. Editora Saraiva, 1990, v. 7, p. 78-79).

Entretanto, não deve ser desconsiderado que o autor afirmou, no depoimento pessoal de f. 76, que escolheu o imóvel e o Município pagou aluguel. Que teve a opção de receber um imóvel no PAC do Arrudas, em vez da indenização, entretanto, recusou. Recebeu a informação que receberia a indenização em 4 (quatro) anos.

Desse modo, o juiz deve pautar-se pela irrestrita observância ao critério da razoabilidade/proporcionalidade arbitrada segundo as circunstâncias do caso concreto, de acordo com as condições das partes envolvidas, não devendo ser fonte de enriquecimento indevido da vítima.

Considerando o caso em questão, entendo que o montante equivalente a R\$8.000,00 (oito mil reais), mostra-se condizente ao fato descrito nos autos, vindo a reparar a dor experimentada pelo requerente mediante todo contexto descrito nos autos.

No tocante aos consectários legais, entendo que deve ser aplicada a correção monetária desde a data da prolação da sentença (Súmula 362 do c. STJ), segundo os índices da Corregedoria-Geral de Justiça, e juros de mora de 0,5% ao mês a partir da data do evento danoso - Súmula 54 do STJ. Tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, que alterou o artigo 1º-f da Lei nº 9.494/97, publicada em 30.06.2009, a partir desta data, a atualização monetária deverá ser aplicada uma única vez e calculada com base no índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança - TR (taxa referencial), e juros de mora no importe de 1% ao mês, a partir da data do evento danoso.

Assim, diante do exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o requerido ao pagamento de indenização a título de danos morais ao autor no importe correspondente a R\$8.000,00(oito mil reais).

Custas recursais, pelo apelado, observada a isenção legal.

Os honorários sucumbenciais devem ser invertidos, ficando a cargo do apelado, e, embora deva se aplicar

ao caso o disposto no art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorá-los, tendo em vista que restou determinado, em primeira instância, que o valor seria apurado em sede de liquidação de sentença.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CARLOS ROBERTO DE FARIA e GILSON SOARES LEMES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Construção de praça de pedágio em rodovia - Observância da legislação ambiental e autorização dos órgãos competentes - Indenização pretendida - Descabimento - Ausência de impacto ambiental significativo - Sentença - Nulidade - Falta de fundamentação - Inocorrência

Ementa: Ação civil pública. Construção de praça de pedágio em rodovia. Observância da legislação ambiental e autorização dos órgãos competentes. Indenização descabida. Improcedência do pedido. Ausência de impacto ambiental significativo. Sentença mantida.

- Segundo o art. 225 da Constituição da República, "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

- Em apresentando a parte ré documentação suficiente a amparar a construção da praça do pedágio, existindo autorização dos órgãos competentes, em conformidade com a legislação pertinente e não se aferindo o grande impacto ambiental causado pelo empreendimento, a despeito das assertivas do *Parquet*, a improcedência do pedido é de rigor.

- Não se desincumbindo o autor de seu ônus probatório, com fulcro no art. 333, I, do CPC/1973, deve ser confirmada a sentença que julgou improcedente o pedido, mostrando-se inviável a indenização pretendida por ausência de prova cabal de impacto ambiental significativo, seja efetivo, seja potencial, comprometendo a qualidade de vida da população local ou mesmo causando danos aos recursos naturais.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0338.08.070829-4/002 - Comarca de Itaúna - Apelante: Ministério Público do

Estado de Minas Gerais - Apelada: Concessionária da Rodovia MG-050 S.A. - 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, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - *Ab initio*, cumpre registrar que, desde 18 de março de 2016, vigoram as disposições do novo Código de Processo Civil, prevendo o art. 1.046 da Lei nº 13.105/15 que, “ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Todavia, segundo a teoria do isolamento dos atos processuais adotada pelo CPC/15, a novel legislação somente será aplicada aos atos processuais praticados sob sua vigência, em consonância com a regra geral da irretroatividade da norma jurídica, insculpida no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Nessa senda, o art. 14 do CPC/15 tutela as situações jurídicas já consolidadas, dispondo acerca da regra geral de que

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Dessa forma, tendo a publicação da sentença e o ato de interposição do recurso voluntário sido praticados sob a égide do Código Civil de 1973, conquanto o presente julgamento seja norteado pela legislação em vigor nesta data, a novel legislação processual não alcança os efeitos dos atos processuais já realizados e consolidados, razão pela qual os requisitos de admissibilidade recursal serão apreciados conforme a legislação em vigor na data do ajuizamento da irresignação da parte - princípio *tempus regit actum* -, sendo também esse o entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma do Enunciado nº 02:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, conhecimento do recurso, estando reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de “ação civil pública, em tutela do meio ambiente, com pedido de antecipação de tutela”, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da Concessionária da Rodovia MG 050 S.A., afirmando resumidamente que a ré pretende instalar praça de pedágio no Km 81 dessa rodovia, área considerada por lei como de preservação permanente, a despeito do devido licenciamento ambiental, com estudo prévio de impacto ambiental, requerendo, por isso, a procedência do pedido, condenando-se a ré nas obrigações de fazer e não fazer, consistentes em:

- a) realizar estudo de impacto ambiental e promover o devido licenciamento ambiental referente à instalação de praça de pedágio na área do Km 81 + 00 da MG 050;
- b) não realizar qualquer intervenção no Km 81 + 00 da MG 050 sem o devido licenciamento ambiental e sem estudo de impacto ambiental prévio;
- c) recuperar os danos ambientais já causados em virtude da intervenção irregular;
- d) condená-la a indenizar, em valor a ser quantificado em perícia, os danos ambientais irreparáveis decorrentes do início das atividades de instalação da praça de pedágio do Km 050.

Em decisão proferida em 18 de março de 2008, o Juízo de origem deixou de apreciar a liminar postulada, “por ora”, determinando a intimação da parte ré para prestar informações (f. 434), o que desafiou a interposição do Agravo de Instrumento nº 1.0338.08.070829-4/001 (f. 436/476), desprovido por esta Corte de Justiça em julgamento realizado em 18.09.2008.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou improcedente o pedido (f. 2.147/2.150), ao fundamento de que “não se verifica que a atividade exercida pela parte ré esteja em desacordo ou além dos limites das licenças ambientais já obtidas”, consignando que,

em que pesem as eventuais irregularidades apontadas pelo Ministério Público, tenho que as autorizações expedidas pelos entes públicos gozam de presunção de legitimidade, sobrepondo-se, com a devida vênia, aos laudos de vistoria realizados pelo órgão de apoio técnico à promotoria.

Inconformado, apelou o requerente (f. 2.154/2.160), suscitando preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, sustentando no mérito, em suma, que “a degradação ambiental materializada pela intervenção em área de preservação permanente - mediante o soterramento de recursos hídricos, assoreamento dos cursos d’água e destruição de vegetação - tornou-se, portanto, fato incontroverso na presente ação”; que “não pode prosperar o entendimento de que o empreendimento era de baixo impacto ambiental, o que tornaria prescindível a elaboração de um estudo de impacto ambiental”; e que “a Autorização para Exploração Florestal (APEF), como o próprio nome indica, presta-se apenas para autorizar a exploração florestal, e não uma intervenção em área de preservação permanente com as características peculiares

descritas anteriormente". Acrescenta que, "considerando que foi amplamente comprovado o nexo causal existente entre a conduta de implantar a praça de pedágio e a ocorrência do resultado lesivo ao meio ambiente [...], não podem sobreviver justificativas destinadas a afastar o cabimento da indenização". Pleiteia o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às f. 2.163/2.174, em óbvias infirmações.

Os autos foram distribuídos, por dependência, em virtude da prevenção gerada com o julgamento daquele Agravo nº 1.0338.08.070829-4/001 (f. 2.176/2.177).

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo provimento do recurso (f. 2.179/2.181).

Primeiramente, cumpre apreciar a preliminar suscitada pelo Ministério Público, constando do apelo que

a singeleza dos argumentos da decisão judicial combatida demonstra que a decisão recorrida não enfrentou todas as argumentações apresentadas pela apelante no curso do processo, razão pela qual, diante do desrespeito à exigência da fundamentação analítica contida no art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil, imperioso o reconhecimento da insuficiência de fundamentação (f. 2.155).

Não obstante, é possível extrair do *decisum* os motivos pelos quais a Magistrada julgou improcedente o pedido inicial, em conformidade com a legislação pertinente (arts. 165 e 458 do CPC/1973) e o conjunto probatório dos autos (f. 876/944, 945/1425, 1.430/1.485 e 1.510), entendendo não ter o *Parquet* se desincumbindo de seu ônus probatório, na forma do art. 333, inciso I, do CPC/1973.

De todo o modo, a sentença foi prolatada sob a égide do Estatuto Processual de 1973 (f. 2.160), não havendo falar em infringência a dispositivo do novo Código de Processo Civil, sabendo-se que a análise da (in)adequação do julgado diz respeito ao mérito propriamente dito, e como tal será sopesada.

Isso posto, rejeito a preliminar de nulidade, passando ao exame meritório propriamente dito.

Revelam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face da concessionária da Rodovia MG - 050 S.A., pretendendo a condenação da ré em obrigações de fazer e não fazer por suposta infringência à legislação ambiental, pedido julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, o que motivou a presente irresignação.

Nesse mister, importante anotar que a Constituição da República de 1988 dedicou ao meio ambiente o Capítulo VI do Título III, relativo à ordem social, no qual foram estabelecidos diversos princípios, sendo que, ao elevar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de bem de uso comum do povo, explicitou a Carta Maior a importância da manutenção do ambiente para a qualidade de vida do indivíduo, estabelecendo no art. 225 que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

No caso dos autos, asseverou o *Parquet*, na exordial, que é "indispensável, para o exercício das intervenções em área de preservação permanente, a prévia autorização dos órgãos ambientais gestores, através do licenciamento ambiental e do estudo de impacto ambiental" (f. 06) e que "a mera autorização de intervenção no Trecho da MG 050, Km 81 + 00, não é suficiente" (f. 08), entendendo pela necessidade de intervenção do Poder Judiciário, sob pena de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente.

Estipula a Resolução Conama nº 001, de 1º de janeiro de 1986, colacionada pelo Ministério Público Estadual, em amparo a sua tese:

Art. 1º Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

Art. 2º Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I - estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; [...].

Art. 3º Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA, a serem submetidos à aprovação do IBAMA, o licenciamento de atividades que, por lei, seja de competência federal.

Art. 4º Os órgãos ambientais competentes e os órgãos setoriais do SISNAMA deverão compatibilizar os processos de licenciamento com as etapas de planejamento e implantação das atividades modificadoras do meio ambiente, respeitados os critérios e diretrizes estabelecidos por esta Resolução e tendo por base a natureza, o porte e as peculiaridades de cada atividade.

Art. 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II - identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III - definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou o IBAMA, ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Art. 6º O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio socioeconômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos

(benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III - definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV - elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou o IBAMA, ou, quando couber, o Município, fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área. [...].

Feitas essas considerações, extrai-se da extensa documentação constante dos autos que o Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam) e a Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam) concederam ao DER/MG, em fevereiro de 2006, licença ambiental de instalação corretiva para "obras de implantação de medidas de melhoria para adequação de capacidade, recapeamento e restauração do trecho rodoviário Juatuba/Divisa MG/SP [...]", com validade de seis anos (nº 23, f. 79 e 644/656), sem se olvidar da Licença Ambiental nº 015/2008, acostada, à f. 1.510, com validade de quatro anos.

A Concessionária Nascente das Gerais (Concessionária da Rodovia MG 050), vencedora da Concorrência nº 070/2006 para a exploração da área, apresentou, nesse sentido, autorização para exploração vegetal do IEF (nº 0033184, f. 127) e outorga do Igam (f. 336), além de outros documentos, demonstrando os projetos de intervenções a serem realizados na construção da praça do pedágio, a exemplo de projeto de drenagem, de modo a mitigar os impactos da obra e preservar o meio ambiente (f. 106/180, 309/322, 334/342, 658/771).

Ainda, vê-se que DER/MG aprovou a localização da Praça de Pedágio de Azurita no Km 81 + 00 da Rodovia MG 050 (f. 348/349), constando da Nota Técnica nº 004/08, expedida em março de 2008, que a concessionária obtivera "licença de instalação corretiva [...] junto ao Copam", "Licença APEF 33184, emitida pelo Núcleo Regional de Belo Horizonte, em 17.10.07, e outorga do Igam 7053/07 a 7059/07, emitidas em 21.12.2007", sendo que "a intervenção na referida praça P1 não necessita de autorização do Ibama, somente do IEF e do Igam" (f. 410/415).

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0338.08.070829-4/001, em 18.09.2008 (p. em 12.11.2008, f. 1.958/1.972), já se constatava a higidez da documentação apresentada pela concessionária quanto às questões ambientais, restando consignado no acórdão:

Feitas tais considerações, impende averiguar se há elementos nos autos para impedir a construção da praça de arrecadação de pedágio no km 81 da Rodovia MG 050, chamada

de 'Praça de Pedágio Azurita', comprometendo-se a Concessionária da Rodovia MG - 050 S.A., através do contrato de concessão patrocinada, decorrente da Concorrência nº 070/2006, a explorar a mencionada rodovia (f. 220/304). Destaca-se, por pertinente, que foi inicialmente proposta 'ação de desapropriação' pela Concessionária da Rodovia MG 050 S.A., pretendendo a imissão provisória na posse de imóveis declarados de utilidade pública com o intuito da implantação da Praça de Pedágio de Azurita (Processo nº 0338 08 070076-2 - f. 197/202), também tendo sido proposta 'Medida cautelar inominada' contra a concessionária (Processo nº 0338 08 070249-5 - f. 316/326), entendendo o magistrado, em um primeiro momento, pela concessão da liminar nos autos da cautelar, determinando 'que seja expedido mandado para a paralisação das obras' (f. 331), entendendo em seguida, 'visto que apresentado laudo preliminar, autorizar a continuidade das obras, revogando a decisão anterior' (f. 310).

Nesse aspecto, consta dos autos a 'licença ambiental' de f. 98 e 444, datada de 24.02.2006 e válida até 24.02.2012, no sentido de que 'O Conselho Estadual de Política Ambiental - Copam, no uso de suas atribuições, e com base no art. 9º, inciso II, do Decreto 39.424, de 5 de fevereiro de 1998, concede ao Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG, licença de instalação, para obras de implantação de medidas de melhoria para a adequação de capacidade, recapeamento e instalação do trecho rodoviário Juatuba/Divisa MG/SP, autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes a serem atendidas nas próximas fases de sua implementação, no Município de Juatuba/Divisa MG/SP, no Estado de Minas Gerais, conforme Processo Administrativo de nº 12082/2005/001/2005, e decisão da Câmara de Atividades de Infra-Estrutura, em reunião do dia 24 de fevereiro de 2006', constando do seu anexo que 'A empresa concessionária só poderá dar início às obras de implantação do empreendimento após a obtenção e apresentação à Feam dos seguintes documentos: Autorização para Exploração florestal - APEF do IEF, outorga do Igam, autorização do Ibama no que diz respeito ao Parque Nacional da Serra da Canastra' (f. 100).

Consta dos autos, além do mais, a 'Anuência' de f. 102/103 e 447/449 expedida pelo Ibama, em janeiro de 2006, a 'Autorização para exploração florestal' de f. 113 e 440/442, expedida pelo IEF em outubro de 2007, que, expressamente, 'autoriza as intervenções nos trechos da MG 50, Km 81 + 00, 140 + 500, 219 + 900, 270 + 700, 333 + 000 e 389 + 200' e a 'declaração' de f. 431, expedida pelo Igam em dezembro de 2007, informando que a 'Concessionária da Rodovia MG 050 (Concessionária Nascentes das Gerais) [...] protocolou sob o nº 070053/2007, processo requerendo outorga de direito de uso de águas públicas neste Instituto Mineiro de Gestão das Águas (Igam), solicitando autorização para realizar travessia rodoviária em curso de água na Rodovia MG 050, Km 81 proximidades de Azurita, Município de Itaúna [...], para fins de transposição de corpo de água no Município de Itaúna, como integrante das obras necessárias à construção de uma praça de pedágio. Declaramos, ainda, que o processo de outorga foi deferido, com prazo de validade de 20 (vinte) anos, e está aguardando apenas a publicação no Diário Oficial de Minas Gerais, quando, então, se iniciará a contagem do prazo'.

Ainda, o 'Parecer Técnico nº 34/07' de f. 535/538 e 547/550, emitido pelo Copam em outubro de 2007, avaliando a instalação da praça de pedágio na localidade Azurita, concluiu

que 'as intervenções referentes à construção de seis praças de pedágio na rodovia MG 050, trecho Juatuba a São Sebastião do Paraíso, são possíveis, desde que condicionadas, mediante procedimento administrativo próprio, à efetiva implantação das medidas mitigadoras e compensatórias apresentadas e mencionadas', extraindo-se do 'Ofício 97/NOBH/ERCS/IEF/SIEMA' de f. 546, assinado pelo Gerente do NOBH/IEF, que houve vistoria da área do empreendimento em questão, entendendo o órgão que 'o empreendimento possui a autorização necessária para a construção das praças de pedágio solicitadas, com as devidas intervenções necessárias em Área de Preservação Permanente, que somam um total de 3,0 ha'. Observa-se, portanto, que existem diversos documentos autorizando as obras no km 81 da Rodovia MG 050 (f. 98, 102/103, 444, 113, 440/442, 431, entre outros), entendendo o ilustre representante do Ministério Público, porém, que referidos documentos não se prestam para tanto, 'visto que, para a intervenção em área de preservação permanente com alto impacto ambiental [...], há necessidade de estudo de impacto ambiental e de licenciamento ambiental, o que não é substituído pela Apef, nem pela declaração do Igam' (f. 750). É certo que o art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República dispõe que:

'Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade'.

Estipula o art. 10 da Lei nº 6.938/81, que 'dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação', do mesmo modo, *in verbis*:

'Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)'.

Não se pode perder de vista, entretanto, que a exigência do estudo de impacto ambiental e licenciamento ambiental refere-se às obras causadoras de degradação ao meio ambiente, o que não se observa, nesse juízo perfunctório, sobretudo em se considerando o teor do 'Parecer Técnico DIURB nº 083/2005', concernente ao Processo Copam nº 12082/2005/001/2005, que concluiu que, 'com base na análise dos estudos ambientais e dois projetos de engenharia apresentados e, sobretudo, nas vistorias realizadas na área do empreendimento, e considerando que as intervenções previstas serão realizadas, predominantemente, na faixa de domínio da rodovia, tendo sido considerados de baixo impacto ambiental, a exceção das travessias urbanas e que também as transposições dos cursos d'água, previstas na área de influência direta do Lago de Furnas, tiveram os traçados modificados em atendimento a solicitação da Feam' (f. 687).

Esclareceu o mencionado parecer, além do mais, que 'Os estudos ambientais dividiram este empreendimento em 4 subtrechos, caracterizando-os separadamente. [...] Do Km 75,60 ao Km 85,60, entre a 1ª praça de pedágio projetada e a interseção com a rodovia MG 431, está prevista a complementação do sistema de faixas adicionais alternadas e já implantado por meio do remanejamento da sinalização horizontal e estruturação dos acostamentos, de forma a configurar uma plataforma útil de 11,20 m de largura. [...] Para a implantação das terceiras faixas não haverá modificações significativas, uma vez que, em boa parte das situações, ocorrerá apenas o deslocamento das atuais faixas que definem as pistas de rolamento, portanto sem a necessidade de alargamento físico da via. No caso das interseções, a situação é bastante semelhante à anterior, à exceção dos locais onde haverá interferência direta em Área de Preservação Permanente - APP e com populações lindeiras. A situação das praças de pedágio diferencia-se das anteriores, pela ausência de interferências com populações lindeiras' (f. 684/685).

Destarte, o que se extrai dos autos é que a construção da praça de pedágio no Km 81 da Rodovia MG 050 não irá causar degradação ambiental, deixando o agravante de evidenciar, nesse diapasão, o grande impacto alegado, não se prestando para tanto os documentos de f. 116/132, que tratam da geometria do terreno, bem como os documentos de f. 150/161 e de f. 185/195, além das fotografias acostadas aos autos, ressaltando-se que, a despeito da possibilidade de intervenção em área de preservação permanente, o IEF autorizou expressamente a interferência no trecho questionado (f. 441 e 546).

Não vislumbro, por conseguinte, a fumaça do bom direito, igualmente não vislumbro o perigo na demora com a continuidade das obras, que, a princípio, não estão causando danos ao meio ambiente, vislumbrando-se ao contrário o perigo na continuidade da paralisação das obras, que, de acordo com o documento de f. 734, 'está gerando relevantes deteriorações das condições do solo, que estão expostos e instáveis devido aos serviços de aterros e escavações de taludes de aproximadamente 30,00 m de altura, que podem ser observadas através das fotos 01, 02 e 03. Tem também forte tendência a redução da segurança rodoviária, já que existem degraus entre a pista e os aterros que estavam em andamento' (destaquei).

Nesse passo, encontrando-se a documentação aludida igualmente no bojo destes autos (f. 79, 80/81, 83/84, 127, 336, 754, 755/758), reafirmo o posicionamento exarado de que a parte ré apresentou documentação suficiente a amparar a construção da praça do pedágio, não se aferindo o grande impacto ambiental causado pelo empreendimento, a despeito das assertivas do *Parquet*, como bem destacou a Julgadora:

Com a respeitosa vênia devida do *Parquet*, em face dos poucos elementos de prova trazidos aos autos, não se verifica que a atividade exercida pela parte ré esteja em desacordo ou além dos limites das licenças ambientais já obtidas. Isso porque as cópias dos processos de licenciamento ambiental e do Instituto Estadual de Florestas foram devidamente juntadas aos autos a f. 876/944 e 945/1425, respectivamente. Igualmente, encontram-se nos autos o processo administrativo para licença de operação, f. 1.430/1.485, e certificado de licença ambiental operacional acostado à f. 1.510.

O próprio laudo de vistoria técnica juntado pela parte autora para sustentar as irregularidades das intervenções em áreas de preservação permanente, acostado à f. 824/842, chegou a afirmar em suas conclusões que, 'em relação às intervenções em área de preservação permanente e supressão de vegetação que foram relatadas, consideramos corretas em vista do constatado na nossa vistoria', para somente então relatar o seu inconformismo com o empreendimento. Inconformismo este que, sem mais elementos de prova, não é suficiente para invalidar as licenças já concedidas à parte ré.

Com efeito, em que pesem as eventuais irregularidades apontadas pelo Ministério Público, tenho que as autorizações expedidas pelos entes públicos gozam de presunção de legitimidade, sobrepondo-se, com a devida vênia, aos laudos de vistoria realizados pelo órgão de apoio técnico à promotoria [...].

Sopesados os elementos e a farta documentação acostada aos autos pela parte ré, e ausentes provas das irregularidades do empreendimento impugnado pelo Ministério Público, provas que a ele competia produzir, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não há mesmo como acolher o pleito inicial (f. 2.149/2.150).

A ausência de degradação ambiental é corroborada pelas fotografias apresentadas, bem como pelo depoimento testemunhal de f. 2.023, segundo o qual:

O depoente é gerente do núcleo operacional do IEF em Belo Horizonte, na área de florestas, pesca e biodiversidade; que o depoente esteve na área onde seria instalada a praça de arrecadação de pedágio, bem como em outras áreas que necessitavam de alargamento e melhorias emergenciais na rodovia; que, no ato da vistoria, o IEF analisou justamente qual seria o impacto ambiental para instalação da praça naquele local; que o IEF autorizou a supressão da vegetação para construção das praças de arrecadação; que isso é feito através de um laudo técnico, o qual vai acompanhado de uma autorização para exploração florestal; que foram expedidas autorizações separadas para cada praça de arrecadação e para outros trechos que também necessitavam de autorização do IEF; que o que nós julgamos é que o impacto ambiental era pequeno, inclusive, algumas espécies protegidas por lei foram preservadas, não autorizando a supressão [...] (destaquei).

A par das vistoriais realizadas pelo órgão ministerial e do teor do art. 225, § 1º, inciso IV, da CR/88, daquela Resolução Conama nº 001/86 e do art. 10 da Lei nº 6.938/81, a improcedência do pleito, na hipótese, é medida de rigor, considerando que a exigência do estudo prévio de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental se refere às obras causadoras de efetiva degradação ao meio ambiente, o que não constata, *data venia*, não se desincumbindo o autor, efetivamente, de seu ônus probatório, com fulcro no art. 333, I, do CPC/1973, que corresponde ao art. 373, II, do CPC/2015.

Destarte, inviável a indenização pretendida, ausente prova cabal de impacto ambiental significativo, seja efetivo, seja potencial, comprometendo a qualidade de vida da população local ou mesmo causando danos aos recursos naturais, não prosperando as razões recursais, assim como me manifestei em hipótese assemelhada:

Ação civil pública. Concessão de licença de operação em caráter corretivo. Fabricação de cal virgem. Decretação de

nulidade da licença e compensação ambiental. Improcedência dos pedidos. Ausência de impacto ambiental significativo. Sentença reformada. 1. Segundo o art. 225 da Constituição da República, 'Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações'. 2. Revela-se inviável a decretação de nulidade da licença ambiental concedida pelo Copam, não havendo que se falar, ainda, em imposição ao Estado de Minas Gerais de exigência de compensação ambiental, com fulcro no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, por ausência de prova de impacto ambiental significativo, seja efetivo, seja potencial, comprometendo a qualidade de vida da população local ou mesmo causando danos aos recursos naturais. 3. Recurso provido (TJMG - Apelação Cível 1.0042.11.001464-6/003 - Relatora: Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - 8ª Câmara Cível - j. em 29.01.2015 - p. em 09.02.2015).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO BALBINO e ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Contrato de compra e
venda - Imóvel - Construtora - Laudo
pericial - Entrega das chaves - Prova -
Inexistência - Mora - Encargos - Não incidência -
Despesas - Condomínio - IPTU - Responsabilidade
do locatário - Gastos convencionados em
assembleia geral - Dever do comprador**

Ementa: Apelação. Ação ordinária. Compra e venda de imóvel. Ausência de prova da entrega das chaves. Despesas de condomínio e IPTU. Responsabilidade do locatário. Despesas convencionadas em assembleia geral. Responsabilidade da compradora.

- Ausente prova de entrega das chaves, descabida a incidência de encargos moratórios sobre parcela a ser quitada no referido ato. Demonstrado que o imóvel fora locado para terceiros, aos locatários, em regra, incumbe arcar com as despesas de condomínio e IPTU.

- Convencionadas em assembleia geral, na qual a compradora se encontrava presente, as despesas relacionadas ao custo de montagem do apartamento, das áreas de uso comum e de melhoria da recepção, incumbem a ela suportá-las.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.096695-5/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rozimara
Conceição da Silva - Apelada: Trena Terraplanagem
Construções Ltda. - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES. CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rozimara Conceição da Silva contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito investido na 10ª Vara Cível da Capital, que, nos autos da ação ordinária ajuizada em desfavor de Trena Terraplanagem Construções Ltda., julgou improcedente o pedido inicial e procedente o pedido reconvenicional para condenar a autora, ora reconvinida, a pagar a quantia de R\$149.172,08.

Sustenta a apelante que a perícia lhe atribuiu responsabilidades que não lhe incumbem. Alega que, em momento algum, foi imitada na posse do imóvel, nem recebeu as chaves. Aduz que a apelada vem explorando o bem economicamente, locando-o a terceiros, de modo que deve ser responsabilizada pelo pagamento das despesas inerentes à sua manutenção. Postula a exclusão dos juros e multa relativos à parte do preço ainda não paga, pois a quitação somente deveria ser dada no ato de entrega das chaves, que ainda não ocorreu. Alega que não pode ser responsabilizada pelo pagamento do condomínio, IPTU, custo de montagem do apartamento, das áreas de uso comum, custos iniciais do pool e custo de melhoria da recepção. Eventualmente, requer que os pagamentos posteriores sejam considerados para abater as parcelas vencidas primeiramente, por ser mais benéfico para o devedor (art. 355, CC). Postula a reforma da sentença, para que seja declarado o pagamento integral do preço com um saldo positivo em seu favor de R\$58.728,49. Eventualmente, pretende o recálculo do saldo devedor, com liquidação das parcelas na ordem dos respectivos vencimentos, com incidência de juros e multa apenas das parcelas de R\$1.000,00, recentemente não pagas, liquidando-se primeiramente a parte do preço relativo à entrega das chaves. Busca o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 447/465.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Firmaram as partes contrato de compra e venda de imóvel, com as seguintes condições:

- 1 parcela no valor de R\$6.000,00, paga no ato da assinatura do instrumento, a título de sinal;

- 1 parcela de R\$21.600,00, a ser paga na data da entrega das chaves;

- 42 parcelas mensais e sucessivas no valor de R\$1.000,00, vencendo a primeira em 07.03.2002 e as demais em igual dia dos meses subsequentes.

- ao valor da venda (R\$69.600,00), seria acrescentado o valor de R\$7.410,00, devido à aplicação mensal de juros compensatórios de 12% ao ano (segundo o laudo pericial, referido valor não foi cobrado no saldo devedor apresentado pela requerida).

Informa o laudo pericial, em resposta ao sexto quesito (f. 313), que faltam ser quitadas pela autora parte da parcela referente à entrega das chaves no valor histórico de R\$4.366,33, saldo remanescente da parcela nº 37 no valor originário de R\$561,30 e 4 parcelas (38 a 42) no valor histórico de R\$1.000,00.

Pois bem. Extraio do laudo pericial que inexistiu no feito comprovante de entrega das chaves do bem. A alegação da construtora de que as chaves estavam disponíveis, desde 07.05.2002, além de inverossímil, encontra-se desprovida de qualquer prova, sendo expressamente apurado pela perícia produzida no feito que, no período de 09/2002 a 07/2003, a autora não estava usufruindo do imóvel e, ainda, que, no período de 08/2003 até 08/2011, o imóvel estava locado pela ré para terceiros.

Nesse contexto, descabida se mostra a incidência de encargos moratórios sobre a parcela a ser quitada na data de entrega das chaves. Com efeito, não pode a autora, ora apelante, ser considerada inadimplente por parcela a vencer em face de um evento que ainda não ocorreu.

De igual modo, procede a alegação da apelante de que nesse período não pode ser responsabilizada pelas despesas relacionadas ao condomínio e IPTU, visto que, além de não ter sido imitada na posse do bem, com a entrega das chaves, tais encargos, em regra, competem ao locatário.

No que se refere às despesas com o custo de montagem do apartamento, das áreas de uso comum, custos iniciais do pool e custo de melhoria da recepção, verifico, no feito, que tais despesas foram convenionadas em assembleia geral, nas quais a apelante participou, inclusive como presidente, pelo que não pode agora querer delas se eximir (laudo pericial - f. 352/353).

Com tais considerações, a reforma parcial da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar a condenação imposta à autora de arcar com as despesas de condomínio e IPTU, no período de 05/2002 a 08/2011, bem como para decotar da dívida a ela imposta os encargos moratórios incidentes sobre a parcela devida no ato de entrega das chaves,

devendo o saldo devedor ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Condeno a requerida ao pagamento de metade das despesas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, aí já observada a sucumbência recíproca, ficando suspensos em relação à autora, por litigar sob o pálio da assistência judiciária.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI e MARCO AURELIO FERENZINI.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Propriedade industrial - Desenho industrial - Registro no INPI - Exclusividade - Contrafação - Indenização - Dano material - Dano moral - Competência

Ementa: Apelação cível. Obrigação de não fazer. Indenização. Propriedade industrial. Calçados. Desenhos. Registro no INPI. Competência. Contrafação. Dano material e moral. Caracterizados. *Quantum*. Honorários.

- A Justiça estadual tem competência para processar e julgar ações que envolvam direitos de propriedade intelectual registrados pelo INPI, desde que a validade do registro não seja objeto, nem questão incidental, da ação. O titular do registro tem o direito de explorar economicamente o objeto correspondente, com inteira exclusividade.

- Pode o titular dos direitos relativos à propriedade intelectual impedir que a concorrência dela se utilize, nos termos daquilo que estabelece a Lei nº 9.279, de 1996. Os danos morais e materiais são consequência lógica da contrafação, sendo devida a respectiva reparação.

- Deve ser mantido o valor da indenização por danos morais arbitrado em primeira instância quando se enquadra dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade.

- Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas processuais, nos moldes do CPC.

- Tendo sido o valor dos honorários advocatícios arbitrados em primeira instância de forma a expressar um critério de razoabilidade e proporcionalidade, não há qualquer retificação a ser feita.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.08.106545-3/004 -
Comarca de Pará de Minas - Apelante: Scaleno Calçados
Ltda. - Apelante adesivo: Grendene S.A. - Apelados:
Grendene S.A., Scaleno Calçados Ltda., Maria José de
Oliveira - EPP - Relator: DES. TIAGO PINTO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DE PARTE DA APELAÇÃO PRINCIPAL. NA PARTE CONHECIDA, REJEITAR A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA SUSCITADA NA APELAÇÃO PRINCIPAL. NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL. NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - São dois os recursos interpostos da sentença que julgou parcialmente procedente a “ação inibitória cumulada com pedido de indenização” movida por Grendene S.A. em face de Scaleno Calçados Ltda. e de Maria José de Oliveira EPP.

É excerto da sentença:

Dentro de uma perspectiva causal, é forçoso reconhecer que, na espécie, o nexo etiológico entre conduta e dano [sem afastar o caráter injusto da conduta de Maria José de Oliveira] somente se estabelece entre a ré Scaleno Calçados Ltda. e a autora Grendene S.A.. Uma vez identificada a origem de todos os produtos contrafeitos, sendo imputável o injusto a um único ator da cadeia de consumo, encontrará a autora no patrimônio da fabricante a garantia de ressarcimento pelo dano material que se positivou no momento da alienação dos bens aos fornecedores da rede varejista.

Quanto à extensão do dano, verifico que a prova pericial contábil encontrou dificuldades acentuadas, ante o comportamento processualmente reprovável da ré Scaleno Calçados Ltda., a qual teria se descurado do dever de cooperação, limitando-se a ofertar à análise somente miríades de notas fiscais do período de 2008 e 2009, com base nas quais se apuraram os valores históricos faturados.

Ante tal dificuldade, requereu a demandante fosse efetivada, pelo expert, ‘projeção e atualização dos valores faturados’, tomando-se por base a média aferida no período provado pelas notas fiscais, com o que se chegou a um faturamento presumido sobre o qual pede a demandante a incidência de uma alíquota de 20% (vinte por cento), alusiva ao lucro que obtém nas suas vendas, somando-se, outrossim, as despesas de publicidade incorridas.

Data venia, entendo que a indenização deverá ser apurada, tomando-se por base a escrituração contábil da sociedade empresária ré Scaleno Calçados Ltda. em sede de liquidação por arbitramento desde a data do depósito do pedido de registro de cada desenho industrial até a da concessão da liminar.

Identificados o número de calçados contrafeitos no período, conforme escrituração contábil, deverá a perícia aferir o lucro líquido da demandante como se fossem os bens contrafeitos

aqueles por ela fabricados (valor de venda à rede varejista subtraídos tributos, custos das mercadorias e despesas com vendas). O perito terá acesso a todos os livros empresariais da Scaleno Calçados Ltda., pena de multa a ser fixada em caso de embargo.

Constatado o extravio ou imprestabilidade dos livros empresariais, poderá o louvado valer-se, *mutatis mutandis*, dos mesmos critérios de que se serve a Secretaria da Receita Federal do Brasil para a apuração do lucro por arbitramento (RIR/99, art. 529 e seguintes).

As despesas incorridas pela demandante à guisa de publicidade não podem ser tributadas às corréis, porque se inserem na vertente das despesas e não das receitas, sendo que a legislação determina a indenização com base naquilo que as titulares da propriedade industrial teriam auferido. Aliás, é evidente que a Grendene S.A. se beneficiou da publicidade no fomento de seu negócio.

Quanto aos danos extrapatrimoniais decorrentes da exploração indevida dos desenhos industriais, tem-se reconhecido que a vulgarização e a depreciação do valor agregado ao produto, de molde a resultar na violação da sua imagem no mercado, configura dano moral *in re ipsa*, a prescindir de demonstração de sua positividade no mundo de relação.

Não pode sua quantificação ser de tal monta que represente ao lesado maior vantagem do que a observância de seu direito, mas também não deve ser irrisória, de molde a acicatar a recidiva.

Entendo proporcional e razoável a fixação em R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Nessa ordem de considerações, extingo o feito com resolução do mérito e julgo parcialmente procedente o pedido para:

a) condenar Maria José de Oliveira EPP e Scaleno Calçados Ltda. na obrigação de não fabricarem e comercializarem calçados com as mesmas características dos modelos a que se referem os registros de desenho industrial nºs DI 6701236-1 e DI 6503347-7 (produtos *Grendha is Natural Chic* e *Sandy Carmim 2005*, respectivamente), bem assim aquele protocolado junto à autarquia, este último referente ao produto Grenda Trance.

b) condenar Scaleno Calçados Ltda. no pagamento a Grendene S.A. dos benefícios que esta teria auferido, não fosse a conduta injusta daquela, a ser apurada em sede de liquidação por arbitramento, nos moldes acima alvitrados.

c) condenar Scaleno Calçados Ltda. no pagamento a Grendene S.A. de compensação por danos extrapatrimoniais que fixo em R\$20.000,00 (vinte mil reais), que deverá ser corrigida monetariamente segundo os índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais a partir desta data e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento), estes contados da data da positividade do ilícito [data da efetivação da medida de busca e apreensão], na forma do verbete nº 54 da Súmula da jurisprudência predominante no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sendo caso de sucumbência parcial recíproca, cumpre-me proceder ao rateio das verbas sucumbenciais, na forma do art. 23 do Código de Processo Civil.

Deverão as partes ratear as despesas processuais nos seguintes percentuais: a) 25% (vinte e cinco) por cento para Grendene S.A.; b) 25% (vinte e cinco por cento) para Maria José de Oliveira EPP; e c) 50% (cinquenta por cento) para Scaleno Calçados Ltda., observada a Assistência Judiciária Gratuita, de que trata a Lei nº 1.060, de 1950, em relação à ré Maria José de Oliveira EPP.

Condeno Grendene S.A. e Maria José de Oliveira EPP no pagamento de verba honorária que, atento ao local da prestação dos serviços, número de petições e ausência de

audiências, fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), na razão de 50% (cinquenta por cento) para cada qual, observada a Assistência Judiciária Gratuita, de que trata a Lei nº 1.060, de 1950, e de que desfruta esta última.

Condeno Scaleno Calçados Ltda. no pagamento de honorários em favor dos nobres patronos de Grendene S.A. que, atento ao local da prestação dos serviços, número de petições e ausência de audiências, fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Na apelação principal, interposta pela requerida Scaleno Calçados Ltda., ela argumenta que possui o direito de exploração do calçado relativo ao registro DI 6601928-1, efetuado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Diz que o processo administrativo de nulidade registro DI 6601928-1, no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, não obteve êxito e que, em razão disso, possui direito de exploração desse registro.

Alega que a Justiça comum não tem competência para discutir registro de desenho industrial do INPI.

Defende ter direito de propriedade sobre o desenho industrial em questão, o que serviria de amparo para a sua comercialização e exploração econômica.

Alega ser equivocada a “premissa de que 20% sobre o lucro” e que não restou demonstrada a extensão dos prejuízos materiais alegados na inicial.

Pugna pelo reconhecimento de seu direito de exercer os direitos outorgados pelo DI 6601928-1 e pelo reconhecimento da inexistência de danos materiais, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às f. 1.406 e seguintes.

No recurso adesivo, interposto pela parte autora, ela pleiteia a majoração da verba indenizatória fixada a título de danos morais e dos honorários sucumbenciais.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certificado à f. 1.421.

A apelante principal foi intimada para se manifestar sobre possível preliminar de não conhecimento parcial do recurso por ausência de interesse recursal.

É o relatório.

Preliminar de não conhecimento parcial da apelação principal - suscitada pelo Relator.

A apelante principal se insurge contra a presunção de lucro no percentual de 20% sobre o faturamento.

Contudo a sentença determinou apenas a liquidação da sentença por arbitramento, sem fixar o percentual de lucro presumido.

Veja-se:

Condenar Scaleno Calçados Ltda. no pagamento a Grendene S.A. dos benefícios que esta teria auferido, não fosse a conduta injusta daquela, a ser apurada.

Assim, o autor carece de interesse recursal para discutir tal questão.

Posto isso, suscita-se preliminar para não conhecer desta parte do recurso.

Presentes os pressupostos, no mais, conhece-se dos recursos, os quais serão analisados conjuntamente por razões de ordem prática.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - De acordo com o Relator.

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - De acordo com o Relator.

DES. TIAGO PINTO - Da preliminar de incompetência da Justiça estadual - suscitada na apelação principal.

A apelante defende que a Justiça estadual não detém competência para anular o ato de registro realizado no INPI.

De fato, dispõe o art. 57 da Lei 9.279/96 que “a ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

A despeito disso, a Justiça estadual tem competência para processar e julgar ações que envolvam direitos de propriedade intelectual registrados pelo INPI, desde que a validade do registro não seja objeto, nem questão incidental, da ação.

No caso dos autos, a pretensão do autor não é de anulação ou de impugnação de registro no INPI.

O pedido inicial é apenas para que as requeridas se abstenham de produzir e comercializar alguns modelos de calçados registrados e de reparação civil. E, como defesa, o ora apelante alegou que possui o registro industrial sobre os modelos ora discutidos.

Porém, não há nos autos discussão acerca da validade dos registros realizados.

Na sentença, também não houve qualquer declaração de nulidade de registro industrial realizado pelo INPI.

Desse modo, não é necessária a participação do INPI, não havendo falar em competência da Justiça federal.

Posto isso, rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça estadual.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - De acordo com o Relator.

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO RONALDO CLARET DE MORAES - De acordo com o Relator.

DES. TIAGO PINTO - Mérito.

Inicialmente, registre-se que, embora a sentença tenha condenado as requeridas a absterem-se de produzir e comercializar calçados com as mesmas características os três modelos de calçados descritos na petição inicial, condenando a apelante principal ao pagamento de danos morais e materiais por contrafação, na apelação principal há insurgência apenas quanto à contrafação relativa ao

modelo denominado Sandy Carmim 2005, registrado no INPI sob o nº DI 6503347-7.

Segundo o apelante principal, em relação a esse modelo, o calçado que a autora afirmou ser produto contrafeito (vide fotos à f. 06), estaria registrado pela ré/apelante junto ao INPI sob o nº DI 6601928-1.

Pois bem!

Dispõe o art. 95 da Lei 9.279/96:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Em princípio, a mera semelhança entre os calçados produzidos pelas partes (vide fotos à f. 06) não é suficiente para se fazer um juízo de verdade sobre as alegações iniciais da requerente.

No caso, não restou comprovado que o registro da autora de nº DI 6503347-7 foi desrespeitado pela requerida, até porque o produto dito contrafeito foi registrado sob nº DI 6601928-1 pela segunda ré, ora apelante.

Nas palavras do professor Fábio Ulhoa Coelho:

O empresário titular desses bens - patente ou registro - tem o direito de explorar economicamente o objeto correspondente, com inteira exclusividade. O empresário com sua marca registrada pode impedir que a concorrência se utilize da mesma marca, ou de alguma semelhante. Para que uma pessoa explore bem industrial patentado ou registrado (invenção, modelo, desenho ou marca), ela necessita de autorização ou licença do titular do bem (*Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

Então, o desenho industrial nº DI 6601928-1, cujo registro foi comprovado nos autos, garante à ré Scaleno o direito de exploração e produção do referido modelo.

Vale dizer, não houve nestes autos discussão sobre a validade do registro nº DI 6601928-1, até porque, como já dito, haveria incompetência da Justiça estadual para tanto.

E, conforme se afere do site do INPI, o processo administrativo de nulidade do registro do desenho industrial de nº DI 6601928-1 foi indeferido.

O que se tem, então, é a existência de um ato administrativo, o registro, cujo processo administrativo de nulidade não prosperou e cuja validade não pode ser discutida nesta ação.

Disso extraí-se que o modelo de calçado relativo ao DI 6601928-1 não poderia ser um ilícito. A sua produção e comercialização pelo titular do registro, até então, é admitida pelo Poder Público.

Sem que tenha havido nulidade do registro concedido, presume-se legítimo esse ato administrativo.

A propósito:

Processual civil e comercial. Propriedade industrial. Pedido de patente no INPI. Processo farmacêutico. Ação declaratória do direito de exclusividade de comercialização até eventual

concessão da patente. Tratado de Marrakesh. Acordo TRIPS. Legitimidade da união. Indeferimento da patente. Anulatória do ato administrativo em trâmite na Justiça Federal de São Paulo. [...] 4 - Os atos do INPI, como de resto todos os atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade. Trata-se, sem dúvida, de presunção relativa, que pode ser elidida mediante recurso à via judicial, mas que há de prevalecer até que haja decisão da Justiça que suspenda ou anule tais atos, não sendo bastante, para isso, a mera proposição da ação judicial (TRF-1 - AC: 24294 DF 0024294-92.2007.4.01.3400, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, j. em 18.04.2011, Quinta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.193, de 29.04.2011).

Então, o caso é de se reformar a sentença para extirpar as condenações de abstenção e de reparação civil, relativas ao modelo "Sandy Carmim 2005", registrado no INPI sob o nº DI 6503347-7 pela autora.

No que se refere à alegação do apelante principal de que não houve comprovação da extensão dos danos materiais, tem-se que não merece prosperar.

A apelante principal não recorreu da parte da sentença que reconheceu a existência de contrafação em relação aos modelos Grendha is Natural Chic e Grenda Trance.

Assim, reconhecida a contrafação dos modelos Grendha is Natural Chic e Grenda Trance, os danos materiais são consequência lógica.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que, comprovada a contrafação, desnecessária é a prova concreta do prejuízo, sendo este decorrência lógica daquela. Isto é,

na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não (3ª Turma, REsp nº 466.761/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 04.08.2003).

Logo, o dano material é devido, devendo ser ele quantificado em fase de liquidação de sentença por arbitramento, e com base nos elementos concretos de provas existentes nos autos.

No que concerne aos danos morais, são eles também consequência lógica da contrafação. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais e morais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação (REsp 1322718/SP, Rel.º Min.º Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19.06.2012, DJe de 11.12.2012).

O que resta para se discutir, então, é somente o *quantum* compensatório correspondente.

Cumpra observar que não existem critérios uniformes para a quantificação do dano moral, ao contrário do que ocorre com os danos materiais.

A jurisprudência dos tribunais, acompanhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se posicionado no sentido de que tal montante deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, grau de culpa e ao porte econômico do ofensor. Deve-se, ao mesmo tempo, evitar o enriquecimento da vítima e proporcionar um desestímulo ao ofensor.

Nessa linha, o estabelecimento do *quantum* compensatório deverá atender à duplicidade de fins, mas atendendo à condição econômica da vítima, bem como à capacidade financeira do agente causador do dano, de modo a atender à composição adequada da compensação da dor sofrida e, em contrapartida, punir o infrator. Tudo sob o prudente arbítrio do julgador e sob critérios de razoabilidade extraídos das condições objetivas dos autos.

Sobressai-se, no caso dos autos, a ausência de apontamento de qualquer fato objetivo o que infirmasse o *quantum* arbitrado em primeira instância. Vale dizer, quando a apelante adesiva diz que o valor da condenação é insuficiente não está se referindo a critérios materiais, senão a uma análise subjetiva, baseada em convicções próprias, sem respaldo em prova suficiente ou mesmo em fato do processo.

Vale dizer, quando a apelante adesiva diz que o valor da condenação é insuficiente não está se referindo a critérios materiais, senão a uma análise subjetiva, baseada em convicções próprias, sem respaldo em prova suficiente ou mesmo em fato do processo.

Na verdade, o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) afigura-se quantia razoável, servindo a um só tempo como lenitivo ao ofendido e como medida pedagógica dirigida à ofensora, considerando a conduta da ré, a extensão da violação do direito de propriedade e a repercussão desses fatos no nome e imagem da autora.

Dessa forma, e considerando a ausência de apontamento de qualquer fato objetivo que infirmasse o *quantum* arbitrado em primeira instância, é de se manter o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Dos honorários advocatícios.

As verbas de sucumbência foram distribuídas, na decisão do Juízo a quo, da seguinte forma:

Deverão as partes ratear as despesas processuais nos seguintes percentuais: a) 25% (vinte e cinco) por cento para Grendene S.A.; b) 25% (vinte e cinco por cento) para Maria José de Oliveira EPP; e c) 50% (cinquenta por cento) para Scaleno Calçados Ltda., observada a Assistência Judiciária Gratuita, de que trata da Lei nº 1.060, de 1950, em relação à ré Maria José de Oliveira EPP.

Condene Grendene S.A. e Maria José de Oliveira EPP no pagamento de verba honorária que, atento ao local da prestação dos serviços, número de petições e ausência de audiências, fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), na razão de 50% (cinquenta por cento) para cada qual, observada a Assistência

Judiciária Gratuita, de que trata da Lei nº 1.060, de 1950, e de que desfruta esta última.

Condene Scaleno Calçados Ltda. no pagamento de honorários em favor dos nobres patronos de Grendene S.A., que, atento ao local da prestação dos serviços, número de petições e ausência de audiências, fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Registre-se que a parte autora foi vencida em diversos pedidos relativos à ré Maria José de Oliveira - EPP.

Além disso, com a reforma da sentença, sobrevém a improcedência dos pedidos relativos ao modelo *Sandy Carmim 2005*, registrado no INPI sob o nº DI 6503347-7.

Nos termos do art. 21 do CPC/73, vigente à época da sentença, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

No caso, todas as partes foram vencidas em algum pedido, de forma que não deve a parte ré arcar exclusivamente com os ônus da sucumbência, tal como pretendido pelo apelante adesivo.

A proporção das custas e honorários estabelecida na sentença, já considerando a reforma feita neste julgamento, está proporcional à sucumbência das partes no processo.

No que se refere ao valor dos honorários advocatícios, o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil/73 (correspondente ao art. 85, § 2º, do NCPC) estabelece expressamente que os honorários advocatícios serão fixados entre 10% e 20% do valor da condenação, de acordo com a apreciação equitativa do juiz, relevando-se o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e ainda o tempo exigido para seu serviço.

Da análise dos autos, da complexidade da matéria discutida, dos valores envolvidos, preponderam elementos que apontam para a suficiência do parâmetro de R\$2.000,00 e de 15% sobre o valor da condenação por atender aos critérios legais mencionados nesta decisão.

Então, nesse ponto, não há nada para se prover, devendo ser mantida a r. sentença.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao apelo principal para extirpar da sentença todas as condenações relativas ao modelo *Sandy Carmim 2005*, registrado no INPI sob o nº DI 6503347-7, e nega-se provimento ao apelo adesivo.

Mantém-se a distribuição das custas, inclusive as recursais, e honorários na forma fixada na sentença, conforme fundamentação acima.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS e RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - NÃO CONHECERAM DE PARTE DA APELAÇÃO PRINCIPAL. NA PARTE CONHECIDA, REJEITARAM A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA SUSCITADA NA APELAÇÃO PRINCIPAL. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

...

Benefício - Vale-lanche - Servidor militar - Equiparação aos servidores do TJMG - Impossibilidade - Ausência de previsão legal

Ementa: Direito administrativo. Direito processual civil. Apelação. Ação declaratória. Vale-lanche. Portaria nº 1.772/05. Concessão a servidores militares. Não cabimento. Ausência de previsão legal. Princípio da isonomia. Impossibilidade de aplicação. Princípio da separação dos Poderes. Recurso desprovido.

- O art. 1º da Portaria nº 1.772/05 deixa claro que somente “será concedido vale-lanche aos Servidores dos Quadros de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeiro Grau”.

- Não socorre ao apelante, servidor militar, a invocação do princípio da isonomia, porque a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, que também é princípio constitucional. Ademais, o princípio da isonomia não pode ser invocado para conceder vantagem não prevista em lei, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.109955-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mauro Lúcio de Souza - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente a ação declaratória de equiparação de vale refeição, promovida por Mauro Lucio de Souza contra o Estado de Minas Gerais.

O apelante alega que “é servidor militar do Estado de Minas Gerais, tendo intentado a presente demanda objetivando a equiparação do benefício do vale-refeição instituído pela Portaria nº 1.772, de 14 de Julho de 2005, emanada da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais” (f. 36); que “a referida Portaria nº 1.772 disciplina a concessão mensal de vale-refeição a todos os servidores ativos integrantes do quadro de pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeiro Grau” (f. 36); que “pelo princípio constitucional da isonomia, é impossível a distinção do vale-refeição pagos a servidores em função do Poder em que exerce a função, sob pena de violação às garantias constitucionais da isonomia e da proporcionalidade” (f. 38); e que se deve “implantar a parte recorrente os mesmos valores despendidos a título de vale-refeição percebidos pelos servidores integrantes do quadro do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em face de sua ofensa ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal” (f. 38).

A questão cinge-se ao exame da possibilidade de concessão do “vale-lanche”, regulamentado pela Portaria nº 1.772/05, deste Tribunal de Justiça, ao servidor militar.

O art. 1º da referida portaria deixa claro que somente “será concedido vale-lanche aos Servidores dos Quadros de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeiro Grau”.

Logo, não há dúvida de que o referido benefício somente deve ser concedido aos Servidores dos Quadros de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de Primeiro Grau.

Não socorre o apelante a invocação do princípio da isonomia, porque a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, que também é princípio constitucional.

Com isso, o Administrador só está obrigado a agir de acordo com a determinação legal, e, no caso, como visto, a lei não contempla a pretensão do apelante.

Ademais, o princípio da isonomia não pode ser invocado para conceder vantagem não prevista em lei, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes.

A competência para legislar é do Poder Legislativo; se a lei não prevê a vantagem, o direito da apelante não pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante; suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação possessória - Reintegração de posse - Doação de imóvel público - Requisitos - Autorização legal - Avaliação do bem - Interesse público - Validade do negócio jurídico - Formalização - Escritura pública - Registro público - Necessidade - Posse precária - Detenção - Revogação - Legalidade - Administração Pública - Poder discricionário - Ausência de interesse processual - Extinção do processo sem resolução do mérito

Ementa: Apelação cível. Reintegração de posse. Doação de imóvel público. Lei autorizativa. Inexistência de registro público da doação. Lei superveniente revogatória da doação. Precariedade da detenção. Discricionariedade da Administração.

- Para a doação de imóvel público, são necessários lei autorizadora (Lei nº 8.666/93, art. 17, I), avaliação do bem e o interesse público.

- Enquanto não houver o registro do título, o imóvel pertence ao proprietário registral.

- Como não foi transferida a propriedade, trata-se de posse indevida de imóvel público, sobre o qual se exerce somente a detenção.

- A característica da detenção é sua precariedade, por isso se submete à discricionariedade da Administração Pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.09.113936-3/003 - Comarca de Pará de Minas - Apelante: Armando Pinto Campos - ME (Microempresa) - Apelados: Prime Alimentos S.A., Município de Pará de Minas - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - Renato Dresch - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO DRESCH - O Município de Pará de Minas ajuizou ação de reversão de imóvel em face de Armando Pinto Campos - ME, em que pretende a reversão ao patrimônio municipal, independentemente do pagamento de indenização e com todas as benfeitorias nele existentes, mesmo construídas pelo requerido, do terreno situado no Distrito Industrial - BR-262, quadra DIB, lote

08, com área aproximada de 7.119,33m², registrada sob o nº 35.960, Livro 2 - R-2/35.960, que, embora autorizada por lei, não se implementou por desídia do requerido, que não disponibilizou os meios próprios para a lavratura da competente escritura.

Foram realizadas duas audiências, todavia sem conciliação, sendo que, na primeira (f. 18), compareceu a interessada Prime Alimentos S.A., e, na segunda (f. 33), determinou-se aguardar a resposta para análise do pedido de antecipação da tutela, e o autor interpôs agravo de instrumento (f. 36/40) e também contestou (f. 42/53). Esta 4ª Câmara Cível negou provimento ao agravo (f. 203/206). O perito juntou o laudo (f. 223/269) e o complementou às f. 282/302, 305/310, 321/341 e 359/360.

Por sentença, a Juíza Zulma Edmea de Oliveira Ozório e Goes julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir e condenou o autor no pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00, reconhecida a isenção legal das custas (f. 616/618), mantida em embargos de declaração (f. 622).

O requerido interpôs apelação (f. 624/551), arguindo nulidade da sentença, quer por negativa de prestação jurisdicional, quer porque o Magistrado prolator extinguiu o processo, sem fixar indenização pelos prejuízos sofridos. No mérito, aduz que: a) a sentença está divorciada do objeto da discussão dos autos, por se fundar no fato de que não existem motivações de continuidade do processo; b) requereu a declaração de nulidade da Lei municipal nº 5.760/2015, porque a motivação do projeto prejudica seus interesses, além de não ter podido manifestar-se no dia da votação, o que feriu seu direito à ampla defesa; c) o embargo ao funcionamento da empresa Armando Pinto Campos - ME lhe causou prejuízos, conforme valores apurados pelo perito judicial, todavia o pedido de indenização não foi analisado; d) requer a extinção do processo, com resolução do mérito, considerando que o Município é carecedor de ação, diante de sua falta de interesse de agir. Por fim, requer a majoração dos honorários de sucumbência.

Foram juntados os documentos do agravo, julgado prejudicado, em razão da perda do objeto (f. 644/689).

Sem contrarrazões (f. 689-v.).

É o relatório.

Esse processo guarda relação com os autos da Apelação Cível nº 1.0471.08.103896-3/007, de minha relatoria, em que foi, à unanimidade (DJe de 28.06.2016), negado provimento ao recurso do ora apelante, autor naqueles autos de reintegração de posse c/c o desfazimento de construção que ajuizou em face da Urbanização Minas Gerais Ltda. (Urmigel) e de EPCA - Engenharia Ltda., que teve por objeto a posse do mesmo imóvel em questão nestes autos.

Aplicar-se-á, portanto, o entendimento adotado naquela decisão em homenagem à segurança jurídica.

Da nulidade da sentença - por negativa de prestação jurisdicional e por não fixação da indenização pelos prejuízos sofridos.

O recorrente alega negativa da prestação jurisdicional, o que configura cerceamento de defesa, na medida em que a sentença não observou a discursividade entre as partes, já que a Magistrada não analisou as alegações das partes e já que a decisão não está devidamente fundamentada. Afirma que a sentença não fixou a indenização pelos prejuízos causados pelo embargo do funcionamento à empresa, razão por que a considera inconstitucional.

Não vislumbro negativa de prestação jurisdicional.

Isso porque não houve cerceamento de defesa, na medida em que foram realizadas audiências (f. 18/33), feita perícia judicial (f. 325/372), sendo que o perito prestou diversos esclarecimentos (f. 377/382, 384/404 e 405/406) e que as partes apresentaram memoriais (f. 559/571, 597/602 e 604/605). É dizer: as partes exerceram seu direito constitucional de contraditório e de ampla defesa a não mais poder.

Também não vislumbro violação à dialeticidade, na medida em que a bem-lançada sentença (f. 616/618) analisou os fatos narrados na inicial (f. 02/06), e, fundada nas provas dos autos, considerando-se os limites objetivos da lide, notadamente a decisão proferida no Agravo de Instrumento Cível nº 1.0471.08.103896-3/001, foi prolatada.

Quanto à alegada ausência de fundamentação da sentença, a Constituição Federal determina que as decisões judiciais sejam fundamentadas (CF, art. 93, IX). Todavia, não se pode olvidar que uma fundamentação resumida não importa em ausência de fundamentação (STF, HC 105.349 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe de 17.02.2011). No caso dos autos, a sentença está devidamente fundamentada.

Por fim, a questão relativa à indenização não foi analisada, uma vez que foi considerado que o imóvel nem sequer deixou de integrar o patrimônio do Município, porque a doação não foi perfectibilizada por meio da instrumentalização por escritura pública com o respectivo registro, limitando-se o pedido inicial à reversão do imóvel público ao patrimônio do Município e à contestação pugnano apenas pela improcedência do pedido inicial.

Desse modo, não houve negativa da prestação jurisdicional.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e conheço do recurso, diante da presença dos seus pressupostos de admissibilidade.

Do mérito.

O apelante pretende a declaração de nulidade da Lei municipal nº 5.760/2015, que revogou a lei autorizativa da doação, porque a motivação do projeto prejudica seus interesses, além de não ter podido se manifestar no dia da votação, o que feriu seu direito à ampla

defesa, bem como a fixação de indenização para pagamento dos prejuízos sofridos em razão do embargo do seu funcionamento.

Quanto à doação de bem público, Hely Lopes Meirelles destaca:

A Administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para a sua efetivação, e de prévia avaliação do bem a ser doado, não sendo exigível licitação para o contrato alienativo. Só excepcionalmente poder-se-á promover concorrência para doações com encargos, a fim de escolher-se o donatário que proponha cumpri-los em melhores condições para a Administração Pública ou para a comunidade. Em toda doação com encargo é necessária a cláusula com reversão para a eventualidade do seu descumprimento (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 1992. p. 445).

De acordo com a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade há de ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado [...].

São requisitos para a doação de bens imóveis públicos: (a) autorização legal; (b) avaliação prévia; e (c) interesse público justificado.

Segundo dispõe o art. 17, § 1º, do Estatuto dos Contratos e Licitações, os imóveis objeto de doação devem reverter ao patrimônio da entidade doadora no caso de cessarem as razões que justificaram a doação (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.215-1.216).

Portanto, para a doação de imóvel público, são necessários lei autorizadora (Lei nº 8.666/93, art. 17, I), avaliação do bem e interesse público.

No caso dos autos, verifica-se que a Câmara Municipal de Pará de Minas aprovou a Lei nº 4.023/2002, que autoriza a doação de imóvel à Empresa Armando Pinto Campos, situado no Bairro Distrito Industrial - BR-262, Quadra DIB, lote nº 8, com 7.119,33m².

A referida lei municipal autorizativa dispõe (f. 69/71):

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a doar para a empresa Armando Pinto Campos, estabelecida no Município de Pará de Minas 582, no bairro Vila Maria, Inscrição Estadual nº 471.938.40600-769, CNPJ nº 007711441/0001-00, uma área de terreno situada neste Município, no Bairro Distrito Industrial - BR-262, Quadra DIB, lote nº 8 [...].

Art. 2º Na escritura de doação constará uma cláusula de servidão, prevendo a implantação de rede de esgoto e água pluvial.

Art. 3º O terreno objeto desta doação terá por finalidade abrigar unidade industrial no ramo de abate de aves e transformação de seus derivados, atividade não poluente, pertencente à Empresa citada no art. 1º desta Lei.

Art. 4º A referida Empresa se obriga a iniciar a construção do respectivo prédio dentro do prazo de 06 (seis) meses, e a terminá-lo no prazo de 18 (dezoito) meses, contados a partir da data desta lei, dando início às atividades industriais.

[...]

Art. 7º No caso de paralisação das atividades da donatária ou suspensão por prazo superior a 06 (seis) meses, dentro do prazo de 10 (dez) anos descritos no artigo anterior, reverter-se-ão ao Município, independentemente do pagamento de qualquer valor indenizatório, o imóvel e todas as benfeitorias nele existentes, mesmo aqueles construídos pela donatária, qualquer que forem os motivos da paralisação ou suspensão, caso o Município assim o requeira judicialmente antes do retorno das atividades.

Verifica-se, portanto, a existência de lei autorizadora da doação do imóvel em questão. O interesse público residia na implantação de indústria no ramo de abate de aves e transformação dos seus derivados no local.

Ocorre que não foi feito o devido registro da doação, como determinado na Lei autorizadora nº 4.023/2002, segundo a qual, “Na escritura de doação, constará uma cláusula de servidão [...]” (art. 3º), e, por conseguinte, o donatário possuía mera expectativa de direito à doação.

Tal fato ficou consignado no voto proferido pelo eminente Des. Duarte de Paula, Relator do Agravo de Instrumento Cível nº 1.0471.08.103896-3/001 (f. 513/519-v.), conforme se extrai do trecho que ora se transcreve (f. 118-v.):

Neste esteio, tem-se que o Município afirmou na contestação da reintegração de posse (f. 142), quando nomeada a autoria, não haver sido concretizada a doação autorizada pela lei municipal. De fato, ao examinar os autos, deles não consta o documento público essencial formalizando a doação, que também não foi transcrita à margem da matrícula do imóvel litigioso (f. 89/90), mesmo prevendo o texto da Lei municipal 4.023/2002 a necessidade de lavratura de escritura pública, que constitui ato essencial à validade da doação, de conformidade com o disposto no Código Civil:

‘Art. 108 - Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país’.

Logo, não basta a autorização por lei municipal para que se concretize a doação, e, não estando comprovada a instrumentalização da doação por escritura pública, o negócio jurídico não se reveste de qualquer validade, donde necessário se torna verificar o que se pretende com o manejo da ação de reversão, aviada pelo Município de Pará de Minas, para retornar o imóvel à posse do ente público, se fundamentada na ausência de validade da doação - pressuposto essencial no pleito petitiório -, ou se tem o caráter possessório, como condição da ação para perseguir em juízo a reversão de um negócio não comprovado, não consumado como ele próprio afirma, visto que não observou a forma legal; e, portanto, não existe juridicamente, quanto mais para antecipar a imissão de posse no imóvel, objeto da citada doação.

Não obstante a necessidade de registro público da doação, não há, nos autos, notícia de que o apelante tenha tentado promovê-lo.

Conforme previsão do art. 1.245 do Código Civil, dar-se-á a transferência de propriedade “mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”, de modo que, enquanto não houver o registro do título, o imóvel pertence ao proprietário registral (§ 1º), que, no presente caso, é o Município de Pará de Minas (f. 66-v./66).

Tanto a doação não se perfectibilizou, que a Câmara Municipal de Pará de Minas aprovou a Lei nº 5.760/2015, por meio da qual revogou a Lei municipal nº 4.023/2002, que autorizara a doação do imóvel à Empresa Armando Pinto Campos (f. 499).

Ora, como não foi transferida a propriedade, trata-se de posse indevida de bem público, sobre a qual o apelante exercia detenção, uma vez que, nos termos do art. 1.208 do Código Civil, a mera permissão não induz posse. *In verbis*:

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

A característica da detenção é sua precariedade, por isso se submete à discricionariedade da Administração Pública (AgRg no REsp 1470182/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 04.11.2014, DJe de 10.11.2014).

Verifica-se que, no presente caso, a doação não chegou a ser perfectibilizada pela ausência de anotação na matrícula do registro do imóvel. O Município apelado, alegando que não foi cumprido o encargo - paralisação das atividades por período superior a seis meses -, revogou a lei autorizadora da doação.

Ainda que assim não fosse - edição de lei revogando a lei que autorizou a doação -, como não foi levada a registro a doação, o imóvel nem sequer saiu do patrimônio municipal. Por essa razão, o processo foi extinto por falta de interesse processual.

Inexiste ilegalidade a justificar a declaração de nulidade do ato administrativo que revogou a autorização de doação de imóvel público.

Logo, não há falar em reintegração na posse de área pertencente ao Município de Pará de Minas.

Outrossim, quanto ao alegado prejuízo sofrido, não constitui objeto da presente demanda, que busca tão somente a reintegração da posse. Inexiste pedido de indenização na inicial, tratando-se de inovação recursal.

Dos honorários advocatícios.

No que concerne ao valor dos honorários advocatícios, o legislador dispôs, nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC/73, ser aplicável à espécie que, nas ações em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários deverão ser fixados equitativamente pelo magistrado

e estabelecidos em termos justos, considerando-se a importância e a presteza do trabalho profissional, assim como a imprescindibilidade de remuneração condigna do causídico, utilizando-se, para tanto, os parâmetros estabelecidos no § 3º da aludida norma legal, devendo o juiz fixá-los de acordo com a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação no processo.

É certo que o critério da equidade no arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência não significa modicidade, igualmente não significando enriquecimento sem causa, e, nesse aspecto, no caso dos autos, entendo que a quantia fixada na sentença em R\$1.000,00 se mostra apta a remunerar, de forma condigna, o patrono da parte autora, razão pela qual a mantenho inalterada.

Assim considerando, a sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Autorização judicial - Menor - Irmã encarcerada - Direito de visitação - Entidade familiar - Proteção

Ementa: Apelação. Autorização judicial. Menor. Visitação à irmã presa. Ingresso com acompanhamento da responsável legal e monitoramento pela diretoria do serviço social da unidade prisional. Procedência do pedido. Confirmação. Recurso não provido.

- Não evidenciado motivo suficiente a caracterizar risco à segurança e à integridade física dos menores, a autorização deve ser concedida em razão da proteção constitucional da entidade familiar através do afeto e da garantia de manutenção dos laços familiares.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.15.137109-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apeladas: menor representada pela mãe - Interessada: Irmã da menor - Relatora: JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA LÍLIAN MACIEL SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de outubro de 2016. - *Lílian Maciel Santos* - Relatora.

Notas taquigráficas

JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA LÍLIAN MACIEL SANTOS - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença prolatada pela Magistrada Andréa de Souza Foureaux Benfica, às f. 20/23-TJ, que deferiu o pedido de autorização judicial formulado pela menor, permitindo a sua entrada para visitação à irmã, no complexo penitenciário feminino Estevão Pinto, desde que acompanhada por sua mãe, determinando a expedição do competente alvará judicial, assim como a ciência do Diretor do Serviço Social da Unidade para resguardar os direitos da criança e do adolescente previstos no ordenamento jurídico competente.

Inconformado e pugnando pela sua reforma (f. 26/29-TJ), afirma o apelante que o estabelecimento prisional não é lugar adequado à permanência de uma criança ou adolescente, ainda que temporariamente. Prossegue, sustentando que a concessão de autorização judicial, sem ao menos ouvir o Diretor do estabelecimento prisional, pode colocar a criança em risco, uma vez que será enviada a ambiente que pode não possuir a estrutura necessária para garantir sua segurança e bem-estar.

Contrarrrazões às f. 33/37.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 43-TJ.

É o relatório.

A pretensão veiculada neste feito é atinente à concessão de autorização judicial, em favor de menor, para visitação a interno no complexo penitenciário feminino Estevão Pinto, sendo competente, para tanto, a Vara de Infância e Juventude, conforme precedentes da Corte (Conflito de Competência nº 1.0000.07.450849-0/000 e Conflito de Competência nº 1.0000.07.451284-9/000).

O direito à visitação a preso é garantido nos arts. 3º e 41, X, ambos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), *in verbis*:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

[...]

Art. 41. Constituem direitos do preso:

[...]

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...].

Da mesma forma, o direito à liberdade é assegurado ao menor pelo ECA, *in verbis*:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; [...].

Com efeito, no caso, não foi demonstrada a existência, ou, ao menos, indícios de que a pretendida visitação pode ser pernicios a   criança, tendo o Ministério Público se limitado a levantar hipóteses.

Interessante ressaltar que a Lei 12.962/2014 alterou o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, assim dispondo, *verbis*:

Art. 19 [...]

[...]

  4  Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas per dicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Por óbvio, que a interpretação extensiva   cabível no caso, para autorizar a criança também a ter convivência com irmãos custodiados, como é justamente a situação dos autos.

Tratando-se de um direito assegurado e não restando demonstrado qualquer impedimento   pretendida visitação, bem como havendo o pleito autoral sido formulado com a devida aprovação de sua representante legal, a autorização deferida deve ser mantida. Além disso, o eventual risco na visitação que venha a impedir o ingresso da criança   questão afeta   direção do presídio, a quem compete a administração e a aplicação das cautelas necessárias que a situação impuser.

Um último argumento se impõe: o caráter da pena privativa de liberdade   de ressocialização. Exatamente por isso tem o preso direito subjetivo ao convívio familiar e   reinserção na sociedade. Importante frisar que ele - preso - está privado apenas do direito de locomoção, e não dos demais direitos, inclusive, o de manter o poder familiar, não suspenso ou destituído.

As questões suscitadas pelo *Parquet*, com relação a situações vexatórias nas revistas pessoais, devem ser analisadas caso a caso, não se vedando, com isso, o direito da criança e do parente encarcerado   mútua convivência. Nesse prisma, colaciono o seguinte julgado:

Autorização judicial para menor visitar pai recolhido em estabelecimento prisional. Direito de visita como forma de garantir a convivência familiar e a ressocialização do preso. Aplicação do art. 41, X, da Lei n  7.210/84. Princípio do melhor interesse da criança. Ausência de elementos capazes de caracterizar o alegado risco   segurança e à integridade física dos menores. Manutenção da decisão (TJMG - Apelação Cível n  1.0521.13.003654-9/001 - Relatora: Des.  Sandra Fonseca - j. em 17.09.2013).

Apelação cível. Pedido de autorização. Visita do filho menor ao pai recolhido em estabelecimento prisional. Art. 41, X, Lei n  7.210/84. Arts. 18 e 70 do ECA. Aparente conflito de interesses. Ponderação. Ausência de elementos nos autos que desaconselhem a visitação. Direito   convivência familiar. Melhor interesse da criança. Recurso não provido. - O conflito existente, a princípio, entre o direito do preso   visitação do filho menor e o direito deste de ter preservada a sua

integridade física e mental deve, certamente, ser analisado, tendo em vista o melhor interesse da criança, sendo imprescindível, portanto, considerar que o menor também tem o direito de conviver com o pai. Embora o ambiente carcerário não seja o meio desejável para a convivência entre pai e filho, haja vista as notórias deficiências do sistema prisional brasileiro, não se pode presumir que a visita a estabelecimento prisional importará em prejuízo à integridade física e psicológica de criança, mormente quando o objetivo é a convivência familiar. - O deferimento do pedido de visitação de menor a genitor que se encontra recolhido em estabelecimento prisional está em perfeita sintonia com as disposições do art. 227 da Constituição da República, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança não somente o direito à dignidade, mas também o direito   convivência familiar (Apelação Cível n  1.0024.15.055919-3/001 - Relator: Des. Edilson Fernandes - DJ de 1 .12.2015).

Com tais considerações, nego provimento ao apelo, para confirmar a sentença primeva, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, *ex vi legis*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL e LUÍS CARLOS GAMBOGI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

A  o ordinária - Reiteradas interrupções de serviços de telefonia, TV por assinatura e internet - Empresa de telefonia - Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade objetiva - Direito da personalidade - Dano moral - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Prestadora de serviços de telefonia, TV por assinatura e internet. Susta  o indevida dos serviços contratados. Reparação por dano moral. Prejuízo configurado. Obrigac  o de indenizar.

- A pessoa jurídica prestadora de serviços de telefonia, TV por assinatura e internet responde, objetivamente, por prejuízos decorrentes de falha na consecuc  o de suas atividades, por se tratar de responsabilidade oriunda do risco do empreendimento.

- A suspensão arbit ria dos serviços convencionados, além de gerar o rompimento anormal da execução do contrato, configura ilícito deflagrador de dano moral.

- No arbitramento do valor da indenização por dano moral, devem ser observados os cr terios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e suas repercussões, como também com as condições pessoais das partes.

- A indenização por dano moral não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pelo ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.165887-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ronaldo César Guimarães de Faria - Apelada: TNL PCS S.A. - Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2016. - Roberto Soares de Vasconcellos Paes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Ronaldo César Guimarães de Faria interpôs apelação contra a sentença de f. 84/85-TJ, que, em ação ordinária proposta em face de TNL PCS S.A., julgou improcedente o pedido e impôs ao autor as custas processuais e os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com suspensão da exigibilidade do pagamento.

Nas razões recursais de f. 99/109-TJ, o apelante reitera os fundamentos de fato e de direito constantes da petição inicial.

Invoca a aplicação do regramento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente quanto à inversão do ônus da prova.

Diz que foi submetido à arbitrária interrupção dos serviços contratados com a apelada, situação esta que não foi objeto de controvérsia no feito.

Alega que não houve atraso no pagamento das faturas emitidas pela recorrida, não podendo servir como prova dessa ocorrência os *prints* de sistema eletrônico produzidos, unilateralmente, pela prestadora de serviços.

Sustenta que a conduta da apelada, ao suspender os serviços de telefonia, de internet e de TV por assinatura, sem atender às constantes reclamações correspondentes aos números de protocolo mencionados na inicial, cujas gravações não foram apresentadas no feito, acarretaram-lhe danos extrapatrimoniais conducentes à reparação postulada.

Ao final, pede o provimento do recurso, a fim de que seja julgado procedente o pedido de condenação da recorrida ao pagamento de indenização por danos morais.

Em óbvia contrariedade, a apelada formulou contrarrazões às f. 111/127-TJ.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, porque, além de próprio, foi interposto tempestivamente (f. 98-v. e 99-TJ), estando dispensada a realização do preparo, uma vez que ao apelante foram deferidos os benefícios da assistência judiciária (f. 18-TJ).

Extraí-se dos autos que Ronaldo César Guimarães de Faria ingressou com a presente ação contra TNL PCS S.A., visando à condenação da requerida ao ressarcimento por danos morais, que teriam decorrido de reiteradas interrupções, sem justa causa, dos serviços de telefonia fixa, internet e TV por assinatura, nos quatro meses anteriores à distribuição do pedido, efetivada em 08.04.2013 (f. 02-v.-TJ).

Do exame detido dos autos, verifiquei não ter se instaurado controvérsia em torno da ocorrência das aludidas interrupções dos serviços.

Na contestação de f. 25/42-TJ, a título de impugnação ao contexto fático descrito na inicial, a recorrida asseverou que as suspensões noticiadas se originaram da demora para o pagamento de faturas vencidas em 08.05.2013, 10.06.2013 e 20.10.2013 (f. 28-TJ).

Com o propósito de comprovar a sua afirmação, a apelada juntou reproduções (*prints*) de tela de monitor de computador, às f. 55/56-TJ, que indicariam os débitos referentes ao serviço de telefonia fixa, e às f. 64/65-TJ, que apontariam pendências financeiras quanto ao serviço de telefonia móvel.

Ocorre que, como relatado, na presente causa, o apelante não deduziu a interrupção abusiva dos serviços de telefonia móvel, mas dos serviços de telefonia fixa, internet e TV por assinatura, nos quatro meses anteriores à propositura da ação (08.04.2013).

Ademais, o recorrente, na impugnação de f. 86/94-TJ, não admitiu a situação de inadimplente, tendo, inclusive, explicado que os pagamentos efetuados após as datas previstas nas faturas, além de se referirem a meses diversos dos compreendidos na presente causa, decorreram da necessidade de retificação de valores lançados a maior pela apelada.

Por isso, como as peças trazidas com a contestação, além de constituírem elementos unilaterais oriundos de sistema controlado, exclusivamente, pela apelada, referem-se à ocasional demora para a quitação de faturas vencidas posteriormente ao ajuizamento da ação e ao período a que se refere o pedido inicial, não era o caso de se assimilar as razões defensivas e de se concluir pela improcedência do pedido.

É sabido que há relação de consumo entre a empresa de telefonia e o usuário dos serviços - pessoa física, sendo aplicável o regramento que se contém no Código de Defesa do Consumidor.

Emolduradas as figuras de consumidor e prestador na relação examinada (arts. 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90), não se pode olvidar que, com fundamento na teoria do risco do empreendimento, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, aquele que se disponha a exercer

qualquer atividade no mercado de consumo deverá suportar os ônus decorrentes dos vícios e defeitos do produto ou do serviço oferecido.

Em se tratando de pessoa jurídica prestadora de serviços, é objetiva a sua responsabilidade pela falha no cumprimento de suas obrigações, por força do art. 14, *caput*, 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 [...].

A responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves (*Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21-22):

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do *onus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Como analisado, dos elementos apresentados no feito se evidenciaram os fatos estruturantes do pedido da inicial, notadamente a responsabilidade da apelada, uma vez que atuou com desprezo aos direitos do seu cliente (apelante).

No que concerne à indenização por prejuízo extrapatrimonial, é cediço que, para a sua imposição, são necessários a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa *lato sensu*.

Sobre a matéria, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outra (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 93).

No mesmo sentido o magistério de Rui Stoco:

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

Desse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed., 1999, p. 63).

Para que se legitime a reparação por dano moral, é indispensável a verificação 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 os referentes à imagem, ao nome, à honra, à integridade física e psicológica.

Embora não enumerados taxativamente na legislação civil, os direitos da personalidade são identificados em disposições do Código Civil, a propósito das seguintes considerações doutrinárias:

Direitos da personalidade: Para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc. Apesar de grande importância dos direitos da personalidade, o novo Código Civil, no capítulo a eles dedicado, pouco desenvolveu a temática, embora tenha tido por objetivo primordial a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos protegidos constitucionalmente, como se pode ver nos arts. 948 e 951, relativos ao direito à vida, nos arts. 949 a 950, concernentes à integridade física e psíquica, no art. 953, alusivo ao direito à honra, e no art. 954, sobre a liberdade pessoal. Não quis assumir o risco de uma enumeração taxativa, prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, diante do seu caráter ilimitado, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais (DINIZ, Maria Helena in FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23).

Na situação, o aduzido dano extrapatrimonial ficou claro. Isso porque a recorrida procedeu às incontroversas suspensões dos serviços contratados e não demonstrou que elas se deram por culpa do recorrente, ou seja, que atuou no exercício regular de direito.

Por notabilizarem deslealdade e indevido rompimento da execução do contrato, não há dúvida de que,

segundo as regras de experiência comum (CPC/1973, art. 335), as interrupções arbitrárias dos serviços de telefonia fixa, TV por assinatura e internet acarretam transtorno e constrangimento a qualquer consumidor adimplente com as suas obrigações.

O usuário dos serviços contrata-os com o propósito de que estejam contínua e permanentemente disponíveis para o atendimento às suas necessidades.

É válido ressaltar que, pela Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472/97), os serviços a que se refere, dentre eles o de telefonia fixa, são essenciais e devem ser prestados de forma contínua e ininterrupta (arts. 63, 64 e 79).

Como referido, não há dúvida de que as susterções dos mencionados serviços causam desgaste psicológico ao contratante, com quebra da sua tranquilidade ordinária e desrespeito à sua dignidade.

Marcelo Kokke Gomes, a propósito ministra:

A proteção do consumidor resguarda-lhe dos abusos cometidos pela parte com mais poderio na relação jurídica de consumo (o fornecedor). Desta forma, produtos e serviços hão de respeitar o consumidor enquanto ser humano que adquire bens dos quais necessita, e não como mero receptor da produção. O respeito à saúde, à segurança e ao próprio patrimônio do consumidor visam a lhe proporcionar condições materiais suficientes para atingir uma existência digna, conquistando, assim, a cidadania, que nada mais é do que o exercício integral dos direitos do homem e do cidadão (GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 166).

O princípio da dignidade da pessoa humana está destacado nos arts. 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal e no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa constitui valor inerente à própria natureza humana e deve receber proteção incondicional do Estado, por ser anterior ao Direito e à própria sociedade.

Fábio Konder Comparato salienta que

a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia, por constituir 'a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos [...]'. Adverte o ilustre Professor, que 'a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito' (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 24 e 229).

É reiterada a orientação no sentido de que:

Não há falar em prova do dano moral, mas sim na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil (REsp nº 86.271/SP - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - DJ de 09.12.1997).

Caio Mário da Silva Pereira adverte que

o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 54).

A respeito da matéria, é oportuna a transcrição de elucidativo trecho de artigo publicado por Paulo Lôbo:

A interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Ambos sofreram a resistência de grande parte da doutrina em considerá-los objetos autônomos do direito. Ambos obtiveram reconhecimento expresso na Constituição brasileira de 1988, que os tratou em conjunto, principalmente no inciso X do artigo 5º, que assim dispõe:

'[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].'

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção.

Do mesmo modo, os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.

[...]

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. [...] (LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>).

Sobre o tema, mencionam-se julgados deste egrégio Tribunal de Justiça:

Danos morais. Prestação de serviços de telefonia. Suspensão irregular. Ilícito moral. Caracterização. Suspensão abrupta dos serviços de telefonia móvel associada à reiterada cobrança indevida de valores denota ilícito passível de reparação moral. Aos litigantes não é dado inovar a lide em sede recursal. Por corolário, resta processualmente defeso à parte apelante, depois de já definido o objeto litigioso, pretender o exame da lide sob aspectos não oportunamente deduzidos e, como tal, não enfrentados na decisão recorrida (TJMG

- Apelação Cível nº 1.0040.13.006751-1/001 - Relator: Des. Saldanha da Fonseca - DJ de 18.05.2016).

Apelação cível. Ação de indenização. Empresa de telefonia. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Responsabilidade objetiva. Art. 14 do CDC. Bloqueio indevido de terminal telefônico. Defeito na prestação dos serviços. Caracterização. Danos morais. Configuração. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução. Não cabimento. - A relação existente entre as partes tem cunho consumerista, visto que a autora figura como consumidora e a parte ré como prestadora de serviços, devendo a matéria ser apreciada com fulcro na Lei nº 8.078/90, com análise da responsabilidade civil sob a ótica objetiva, conforme disposto no art. 14. Assim, somente se exime a recorrente de indenizar os danos causados à recorrida, caso obtenha êxito em demonstrar que não houve defeito na prestação do serviço, ou que a cliente tenha sido a única responsável pelo ocorrido, ou, ainda, que o prejuízo decorreu exclusivamente de ato de terceiro, sem que tenha ocorrido para o evento (art. 14, § 3º, II, CDC). Ocorrendo o bloqueio indevido da linha telefônica da requerente, entendo que se encontra evidenciada nos autos a alegada falha na prestação de serviços, sendo abusiva a conduta perpetrada pela requerida, o que impõe a sua responsabilidade civil, conforme o disposto no art. 14 do CDC. O bloqueio de número de telefone não constitui apenas um dissabor, visto que, nos dias de hoje, os serviços de telefonia são de fundamental importância, sendo imprescindíveis para a manutenção de contatos profissionais e, até mesmo, com os próprios familiares. Assim, a toda evidência, não há como negar que a suspensão de tais serviços, de forma injustificada, causou transtornos significativos à requerente que ultrapassam os limites do mero aborrecimento cotidiano. Tenho, portanto, que se encontra configurado o dano moral, pois este decorre simplesmente da revolta, da angústia, mal-estar, do sofrimento e abalo psicológico, ou mesmo desconfiança quanto ao bom nome da pessoa física ou jurídica, em razão do bloqueio de terminal telefônico, levando a crer que se trate de mau pagador. No tocante ao *quantum* indenizatório, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores de indenização. Em caso de dano moral, é necessário ter-se sempre em mente que a indenização deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para a ré, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para a parte autora, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida (TJMG - Apelação Cível nº 1.0647.14.007086-1/001 - Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha - DJ de 12.04.2016).

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Suspensão indevida de serviços de telefonia e internet. Danos morais configurados. - Para a caracterização dos danos morais, é necessária a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa. No presente caso, restaram caracterizado os requisitos para a incidência de danos morais. - A impossibilidade de realizar pesquisas na internet, bem como de entrar em contato com a família ultrapassa os limites da razoabilidade, não podendo tal questão ser tratada como mero aborrecimento. O constrangimento sofrido pela apelante não trata apenas de um dissabor, mas de verdadeiro dano moral, que merece ser compensado. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.14.026964-1/001 - Relatora: Des.ª Shirley Fenzi Bertão - DJ de 23.11.2015).

Indenização. Falha na prestação dos serviços. Empresa de telefonia. Suspensão dos serviços. Danos morais. Indenização devida. Fixação. Caráter pedagógico. - Comprovado nos autos que a má prestação de serviços ocasionou a interrupção do serviço de telefonia ao consumidor, culminando no bloqueio de linha telefônica, patente é o dever da empresa de telefonia de reparar os danos causados. - Para a fixação da indenização por dano moral, esta deve alcançar um valor que sirva de punição para o ofensor, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.14.038641-1/002 - Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata - DJ de 28.08.2015).

Apelação cível. Empresa de telefonia. Falha na prestação dos serviços. Cobrança indevida. Suspensão dos serviços. Dano moral. Configuração. Indenização. Redução. Cabimento. Juros de mora. Citação. Responsabilidade contratual. - Caracterizada a falha na prestação de serviços telefônicos que impediu o consumidor adimplente de utilizar temporariamente sua linha telefônica, há que se reconhecer o direito à indenização por danos morais. - No arbitramento do valor da indenização por dano moral, há que se considerar a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano causado, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuidando-se para que a indenização não propicie o enriquecimento sem causa do recebedor, bem como não se mostre irrisória a ponto de afastar o caráter pedagógico que é inerente à medida. - Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora, relativos à indenização por dano moral, devem ser computados a partir da citação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0105.12.032906-2/001 - Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira - DJ de 28.07.2015).

Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenizatória. Telefonia. Débito inexistente. Suspensão dos serviços. Conduta negligente. Danos morais configurados. *Quantum*. Juros de mora. Termo inicial. 1) Considera-se abusiva a suspensão dos serviços de telefonia, em razão de débito já quitado. 2) A suspensão indevida dos serviços de telefonia causa ao consumidor momentos de angústias e incertezas, ensejando, inclusive, reparação pelos danos morais. 3) A dosagem da indenização por danos morais obedece ao critério do arbitramento judicial, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se, ainda, em conta o caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. 4) Consoante precedentes do STJ, em se tratando de responsabilidade de natureza contratual, o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à data da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil de 2002 (TJMG - Apelação Cível nº 1.0313.11.031624-4/001 - Relator: Des. Marcos Lincoln - DJ de 07.07.2014).

Relativamente ao valor da indenização, para o seu arbitramento devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como também a extensão da ofensa sofrida pela vítima, a condição financeira do ofensor e o grau de reprovação da conduta ilícita.

Maria Helena Diniz esclarece que,

na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do

agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Acrescenta que, na reparação do dano moral, o juiz determina por equidade, 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. Salienta que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória, não se podendo negar sua função: 1 - penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e 2 - compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que reputa convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento. Conclui que fácil é denotar que o dinheiro não terá, na reparação do dano moral, uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter, concomitantemente, satisfatório para a vítima e lesados; e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional (Entrevista publicada na *Revista Literária de Direito*, n. 9, p. 7-14, jan./fev. 1996).

Apreende-se da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira que, na reparação do dano moral, estão conjugados dois motivos ou duas concausas:

I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 317-318).

Carlos Alberto Bittar também ensina que, na fixação do *quantum* devido, a título de dano moral, deve o julgador atentar para:

a) as condições das partes; b) a gravidade da lesão e sua repercussão; e c) as circunstâncias fáticas. Ressalta que lhe parece de bom alvitre analisar-se primeiro: a) a repercussão na esfera do lesado; depois, b) o potencial econômico-social do lesante; e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização*. *RJTASP*, v. 147, p. 11, set./out. 1994).

A indenização por dano moral, embora não possa consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática do ato danoso, também não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado.

Observados, neste caso, os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e suas repercussões, bem como com as condições pessoais das partes, diviso como justo o arbitramento da indenização no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Trata-se de imposição que possibilita ao apelante a obtenção de uma satisfação reparatória do agravo moral sofrido e que consubstancia medida pedagógica à apelada, para que proceda à revisão dos seus procedimentos nas relações jurídico-comerciais empreendidas e nas que venha a empreender.

A jurisprudência é apropositada:

Apelação cível. Direito privado não especificado. Serviços de telefonia móvel. Plano corporativo. Suspensão injustificada dos serviços. Cobranças indevidas. Dever de indenizar. Preliminar de ilegitimidade passiva. - Tratando-se de ação em que se discute a ilicitude no agir da demandada em suspender de forma indevida os serviços de telefonia prestados ao consumidor, que aderiu aos serviços por meio de plano corporativo firmado entre a ré e o Município de Rio Grande, presente a legitimidade da Vivo para figurar no polo passivo do feito. Suspensão indevida dos serviços. - Evidenciada a ilegalidade na conduta da ré, que procedeu à suspensão dos serviços de telefonia prestados ao autor, sem que este tenha dado qualquer motivo para tanto, já que devidamente adimplidos os valores devidos. Hipótese em que a requerida não logrou comprovar suas alegações de que o Município de Rio Grande não teria cumprido com a obrigação de pagamento e que, por isso, teriam sido suspensos os serviços fornecidos aos aderentes do plano corporativo. Dever de indenizar configurado. *Quantum* indenizatório. Caso que recomenda a majoração da verba indenizatória para o montante de R\$5.000,00, a fim de acirrar-se o aspecto punitivo/pedagógico da sanção pecuniária e melhor reparar-se o mal infligido ao consumidor. Juros de mora. Incidência a contar da data da citação, haja vista tratar-se de ilícito derivado de relação contratual. Preliminar repelida. Apelação do autor provida e recurso da ré desprovido (TJRS - Apelação Cível nº 70049583057 - Relatora: Des.ª Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout - DJ de 19.08.2013).

Com essas considerações, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido inicial e condenar a ré/apelada a pagar ao autor/apelante o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais, atualizado monetariamente, com base nos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, desde a publicação do acórdão, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, bem como a arcar com as custas processuais, incluídas as recursais, e os honorários advocatícios de sucumbência, os quais, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor, arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de indenização por dano material - Batida na traseira - Culpa presumida - Presunção de culpa - Situação de emergência - Sinalização de advertência - Termo inicial - Juros moratórios

Ementa: Apelação cível. Indenização danos materiais. Acidente de trânsito. Colisão na traseira. Veículo parado na pista de rolamento. Rodovia. Local inadequado e desprovido de acostamento. Dever de sinalização. Causa determinante para o evento danoso.

- A culpa do condutor do veículo que colidiu na traseira do outro é presumida, podendo ser elidida, desde que provado que a causa determinante para o acidente é do veículo que parou em local não permitido.

- Constitui causa determinante para o evento danoso a imprudência e imperícia do condutor que para o veículo na pista de rolamento, em local sem acostamento, deixando, ainda, de proceder à devida sinalização, culminando no abalroamento na sua traseira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.183469-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Planex S.A. Consultoria Planejamento e Execução; 2º) Osvaldo Ferreira de Araujo - Apelados: Osvaldo Ferreira de Araujo, Planex S.A. Consultoria Planejamento e Execução - Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO 1º RECURSO E DAR PROVIMENTO AO 2º RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - Sérgio André da Fonseca Xavier - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelações interpostas por Planex S.A. Consultoria de Planejamento e Execução e Osvaldo Ferreira de Araújo contra sentença de f. 209/213 que, na "ação de indenização por dano material", movida pela 1ª apelante contra o 2º apelante, julgou improcedente o pedido inicial e procedente a reconvenção, condenando a autora/1ª apelante a pagar ao réu/2º apelante o valor de R\$9.899,00, corrigido monetariamente desde a época do fato e juros de mora de 1% ao mês após o trânsito. Em consequência, condenou a 1ª apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso (f. 214/220), a 1ª apelante alega:

O 2º apelante não respeitou a sinalização de velocidade máxima permitida no local do acidente e, por esse motivo, colidiu na traseira do veículo da 1ª apelante.

O pisca alerta e o giroflex do veículo da 1ª apelante estavam ligados, afastando a hipótese de não sinalização.

No momento do acidente, chovia, sendo que o 2º apelante deveria ter ainda mais cuidado e atenção ao dirigir.

Há presunção de culpa daquele que bate na traseira de outro veículo, o que é o caso dos autos.

Conforme boletim de ocorrência, a imprudência e imperícia do 2º apelante foram os motivos determinantes da colisão.

Requer seja dado provimento ao recurso, reformando-se a sentença recorrida, julgando procedente o pedido inicial.

Por seu turno, o 2º apelante em seu recurso alega (f. 222/228):

Os juros de mora devem incidir a partir da data do acidente, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Requer seja reformada parcialmente a sentença recorrida, para que os juros de mora incidam a partir da data do acidente.

O 2º apelante apresentou contrarrazões (f. 232/242), pugnando pela manutenção da sentença recorrida. O 1º apelante não apresentou contrarrazões (f. 251).

Conheço dos recursos, uma vez que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Os recursos serão julgados conjuntamente.

Conforme boletim de ocorrência (f. 24/26), no dia 20.01.2010 o veículo de propriedade da 1ª apelante, Gol Power 2007/2007, placa HFS 0627, encontrava-se parado, momento em que o veículo conduzido pelo 2º apelante, Pálio prata, placa HAG 5322, bateu em sua traseira.

A autora/1ª apelante alega na inicial que o veículo conduzido pelo seu empregado estava parado às margens da pista de rolamento, com o giroflex ligado, quando foi abalroado em sua traseira pelo veículo conduzido pelo réu, que trafegava em velocidade acima da permitida para o local e também não respeitou a sinalização. Em razão da colisão, o veículo da 1ª apelante caiu num barranco à margem da rodovia.

Por seu turno, o 2º apelante alega que, no momento do acidente, o veículo de propriedade da 1ª apelante encontrava-se parado na pista de rolamento, em uma curva, sendo que no local não havia acostamento e também qualquer sinalização anterior na pista, sendo que a via é de mão dupla e proibida a ultrapassagem.

Afirma, ainda, que, no momento do acidente, não foi possível desviar para a contramão, pois vinha um caminhão em sentido contrário, e também não houve tempo para parar o veículo, ocorrendo a colisão.

Verifica-se que a culpa de quem bate na traseira de outro veículo é presumida, nos termos do art. 29, II, do CTB, *in verbis*:

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: [...]

II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas.

Todavia, a culpa poderá ser elidida se houver prova de que o evento danoso foi provocado pelo veículo da frente.

Nesse caso, as fotografias de f. 118/121 demonstram claramente que no local do acidente não há acostamento, ao contrário do que alega a 1ª apelante, tratando-se de pista única.

A testemunha Marília Albuquerque de Abreu, engenheira civil especializada em segurança viária, arrolada pela 1ª apelante e que se encontrava dentro do Gol de propriedade da mesma no momento do acidente, esclarece (f.186/187):

[...] a depoente se encontrava no interior do veículo gol, quando aconteceu o acidente; o veículo estava parado com a depoente dentro, no lugar do passageiro, ao lado do motorista, que também estava dentro do veículo; a depoente estava ali para fazer levantamento das placas de sinalização na rodovia; o carro estava completamente parado, numa faixa de segurança, na estrada, não necessariamente acostamento, ou seja, essa faixa é menos do que a largura de um veículo, de modo que este fica com uma parte na pista de rolamento, onde os outros carros passam; [...] chovia um pouco, mas não atrapalhava a visibilidade dos motoristas; o fato ocorreu durante o dia, por volta das quinze horas; o pisca alerta do gol também estava ligado; fora do veículo não foi feita nenhuma sinalização, porque estava chovendo; o carro fazia paradas rápidas em toda a rodovia, pois as placas eram fotografadas, saindo logo em seguida; portanto, no momento do acidente, estavam parados ali há um ou dois minutos; [...] de fato, à frente do local do acidente, tinha um ponto de ônibus, distante entre cinquenta a cem metros; trata-se do mesmo local mostrado nas fotografias de folhas 118, dos autos, ora exibidas à depoente; reconhece que se o veículo gol tivesse sido estacionado no mencionado ponto de ônibus, os riscos de acidentes no local diminuiriam; [...]

Portanto, resta claro que a 1ª apelante parou parte do veículo sobre a pista de rolamento, sendo que poderia ter parado com segurança mais à frente, conforme esclareceu a engenheira civil, especialista em segurança viária.

Além disso, o veículo só poderia parar no leito viário em situação de emergência, conforme determina o art. 46 do CTB, o que não era o caso, veja-se:

Art. 46. Sempre que for necessária a imobilização temporária de um veículo no leito viário, em situação de emergência, deverá ser providenciada a imediata sinalização de advertência, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

Por fim, o condutor do veículo de propriedade da 1ª apelante não providenciou a imediata colocação do triângulo de sinalização à distância mínima de 30 metros da parte traseira, nos termos da Resolução nº 036/98, do CONTRAN, que estabelece a forma de sinalização de advertência para os veículos que, em situação de emergência, estiverem imobilizados no leito viário, nos termos do art. 46 do Código de Trânsito Brasileiro, senão vejamos:

Art.1º O condutor deverá acionar de imediato as luzes de advertência (pisca-alerta) providenciando a colocação do triângulo de sinalização ou equipamento similar à distância mínima de 30 metros da parte traseira do veículo.

Parágrafo único. O equipamento de sinalização de emergência deverá ser instalado perpendicularmente ao eixo da via, e em condição de boa visibilidade.

Por outro lado, a 1ª apelante não provou suas alegações de que o 2º apelante dirigia em velocidade acima da permitida para o local no momento do acidente ou que agiu com imperícia ou imprudência.

O certo é que a 1ª apelante deu causa ao acidente, pois parou o veículo na pista de rolamento, sem colocar a sinalização devida. Além disso, poderia ter parado com segurança um pouco mais à frente, conforme afirmou a testemunha arrolada pela própria 1ª apelante, que é engenheira civil especializada em segurança viária.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

Ementa: Indenização. Acidente trânsito. Autor parado na pista. Abalroamento traseiro. Ausência de sinalização. Culpa exclusiva do autor da ação indenizatória. Indeferimento. - Fundando-se o caso dos autos na Teoria da Responsabilidade Civil Extracontratual (subjetiva), é indispensável a demonstração da culpa da parte requerida, para a caracterização do ato ilícito. Aquela, em sentido restrito, configura-se como sendo a negligência, imprudência ou imperícia em relação ao direito alheio. Nos termos do art. 46 do Código de Trânsito Brasileiro, sempre que houver necessidade de imobilização temporária do veículo deverá ser providenciada pelo condutor a imediata sinalização de advertência. Mesmo tendo o réu abalroado a traseira do veículo conduzido pelo autor, ainda assim não pode ser responsável pelo evento, tendo em vista que o contexto probatório dos autos é claro ao indicar que o requerente ao desviar de um buraco vindo a permanecer parado na pista de rolamento, não tendo providenciado sinalização capaz de advertir ou simplesmente avisar da existência de situação de risco, não merece qualquer censura a sentença hostilizada, eis que a parte ré não contribuiu para a ocorrência do acidente, que se deu por culpa exclusiva do autor (TJMG - Apelação Cível 1.0592.13.000529-7/001, Rel. Des.ª Mariângela Meyer, 10ª Câmara Cível, j. em 21.06.2016, publicação da súmula em 01.07.2016).

Quanto ao termo inicial dos juros moratórios sobre o valor da condenação, razão assiste ao 2º apelante. Nos termos da Súmula nº 54 do STJ, tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir da data do evento danoso, veja-se:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação Indenizatória. Acidente de trânsito. Danos materiais. Legitimidade passiva. Reexame. Súmula 7/STJ. Juros de mora. Súmula 54/STJ. Agravo regimental não provido. 1. Rever os fundamentos do acórdão recorrido, a fim de acolher o pedido de ilegitimidade da agravante, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias dos autos, com o revolvimento de provas, procedimento vedado nesta via recursal. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 2. 'Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.' - Súmula n.º 54/STJ. 3. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 533.555/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 24.02.2015, DJe de 03.03.2015).

Ante o exposto, nego provimento ao 1º recurso e dou provimento ao 2º recurso para determinar que os juros moratórios sobre o valor da condenação incidam a partir da data do acidente. Quanto ao mais, mantenho a bem-lançada sentença recorrida.

Custas recursais, pelo 1º apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VASCONCELOS LINS e MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO 1º RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO 2º RECURSO.

...

**Execução provisória da sentença -
Penhora - Bens do cônjuge do executado havidos
por herança - Regime de casamento - Comunhão
universal de bens - Ausência de cláusula
de incomunicabilidade - Constrição judicial
ilegal de bens de terceiro - Inocorrência**

Ementa: Agravo de instrumento. Execução provisória de sentença. Penhora de bens do cônjuge do executado. Herança. Regime de casamento. Comunhão universal de bens. Cláusula de incomunicabilidade. Ausência. Constrição judicial ilegal de bens de terceiro. Não configuração.

- Os bens penhorados pertencentes ao cônjuge do executado por herança, mas transmitidos sem expressa cláusula de incomunicabilidade, integram o patrimônio do executado se à época da transmissão ambos já eram casados sob o regime da comunhão universal de bens, razão pela qual não há falar em constrição judicial ilegal de bens de terceiro estranho à lide.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.06.234684-6/008 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Milton Sergio Ourívio - Agravado: Manoel Roberto Domingues - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Milton Sérgio Ourívio contra a decisão interlocutória (doc. 05), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de execução provisória de sentença proposta por Manoel Roberto Domingues em face de Roberto Antônio de Camargo Lorenzetto, Cecília Sanchhetto Lorenzetto, Gelio Lourenço Valério, Maria Aparecida Pereira Valério e do ora agravante, determinou a lavratura do termo de penhora.

O agravante, em suas razões recursais (doc. 01), afirma, em síntese, que a decisão é nula, pois deferiu pedido de penhora do único imóvel de sua esposa, que nem sequer integra a lide; que a decisão deverá ser anulada para que sua mulher seja citada e passe a integrar a relação processual a fim de se defender da aludida penhora; que terceiros não podem ser responsabilizados por dívidas que não contraíram, sob pena de violação à segurança jurídica. Tece outras considerações, cita artigo de lei, jurisprudência, requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo e, ao final, requer o seu provimento para anular a decisão agravada para que seja retirada a penhora do imóvel.

Efeito suspensivo indeferido no doc. 28.

Contraminuta no doc. 29, infirmado-se expressamente as razões do agravo.

Preparo regular nos docs. 03 e 04.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Tendo em vista que a preliminar de nulidade da decisão se confunde com o mérito do recurso interposto, passo ao seu exame.

Mérito.

O ponto de inconformismo do agravante se refere à necessidade de se declarar nula a decisão que determinou a lavratura do termo de penhora sobre imóveis de sua esposa, terceira estranha à lide, devendo ela ser citada para exercer o seu direito legal de ampla defesa.

Em um primeiro juízo de cognição sumária, tem-se a impressão de que o agravante estaria pleiteando direito alheio em nome próprio, o que violaria o art. 18 do CPC/15, de sorte a concluir-se pelo não conhecimento

de ofício do recurso por ausência de ilegitimidade ativa, já que o instrumento processual cabível seriam os embargos de terceiro previstos no art. 674, § 2º, I, CPC/15, conforme jurisprudência deste TJMG:

Agravo de instrumento. Ação de execução. Fraude à execução. Não configuração. Bens alienados antes da citação no processo. Alegação de direito alheio em nome próprio. Vedação conforme art. 6º do CPC. Recurso improvido. [...] - Ora, se, no entender do agravante, aquele é o verdadeiro titular do direito de propriedade, apenas a ele é dado o direito de provocar o Poder Judiciário, para pleitear a defesa de tal prerrogativa, o que deve ser feito por meio de embargos de terceiro (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0177.09.010407-2/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 29.10.2009, p. em 18.11.2009).

Todavia, este não é o caso deste recurso, pois a solução da lide neste grau recursal encontra-se no regime de casamento do agravante com sua esposa, Sra. Maria Heloiza Santos Ourivio.

Ora, observa-se tanto da Matrícula nº 11.986, como da Matrícula nº 13.359, ambas do cartório da Comarca de Santa Bárbara/MG, que os cônjuges são casados pelo regime da comunhão universal de bens.

Ademais, após atenta análise dos dois documentos, afigura-se que ambos os imóveis são fruto de herança recebida pela morte dos genitores da Sra. Maria Heloiza Santos Ourivio, os quais somente não comunicariam ao agravante se houvesse cláusula de incomunicabilidade, o que não é o caso.

Isso é o que determinava o art. 263, XI, do CC/16, vigente à época do casamento. Veja-se:

Art. 263. São excluídos da comunhão: [...]

XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723);

Assim, os bens da herança somente comportam incomunicabilidade quando expressa e formalmente constituído esse gravame pelo *de cujus*, nos termos dos arts. 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil de 1916, complementados por dispositivos constantes da Lei de Registros Públicos.

Uma vez inexistente qualquer cláusula de incomunicabilidade quanto a ambos os imóveis, não há como afastar a meação incidente sobre os bens herdados por sua esposa na constância do casamento sob o regime da comunhão universal de bens, de modo que eles integram o patrimônio do agravante, o que afasta a alegação de constrição judicial ilegal de bens de terceiro.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ e deste TJMG:

Direito internacional privado e civil. Partilha de bens. Separação de casal domiciliado no Brasil. Regime da comunhão universal de bens. Aplicabilidade do direito brasileiro vigente na data da celebração do casamento. Comunicabilidade

de todos os bens presentes e futuros com exceção dos gravados com incomunicabilidade. Bens localizados no Brasil e no Líbano. Bens no estrangeiro herdados pela mulher de pessoa de nacionalidade libanesa domiciliada no Brasil. Aplicabilidade do direito brasileiro das sucessões. Inexistência de gravame formal instituído pelo *de cujus*. Direito do varão à meação dos bens herdados pela esposa no Líbano. Recurso desacolhido.

I - [...] II - O regime de bens do casamento em questão é o da comunhão universal de bens, com os contornos dados à época pela legislação nacional aplicável, segundo a qual, nos termos do art. 262 do Código Civil, importava 'a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas', excetuando-se dessa universalidade, segundo o art. 263-II e XI do mesmo Código 'os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar', bem como 'os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade'. III - [...] IV - Não há incomunicabilidade dos bens da herança em tela, sendo certo que no Brasil os bens da herança somente comportam incomunicabilidade quando expressa e formalmente constituído esse gravame pelo *de cujus*, nos termos dos arts. 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil, complementados por dispositivos constantes da Lei de Registros Públicos. V - [...] (REsp 275.985/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 17.06.2003, DJ 13.10.2003, p. 366).

Ementa: Ação anulatória de partilha de bens. Desnecessidade de ajuizamento de ação rescisória. Simulação. Herança por um dos cônjuges de outro imóvel. Casamento em regime de comunhão universal. Ausência de cláusula de incomunicabilidade. Propriedade do casal. Penhora na justiça trabalhista. Coisa julgada não verificada. Simulação caracterizada. - [...] - O bem herdado que não possui cláusula de incomunicabilidade passa a integrar o patrimônio de quem se casou pelo regime de comunhão universal de bens, sem qualquer restrição, conforme prevêm os arts. 1.667 e 1.668, inciso I, do Código Civil. - [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0144.07.021192-1/002, Rel. Des. Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, j. em 12.09.2012, p. em 25.09.2012).

Nessas condições, não há falar em nulidade da decisão que determinou a lavratura do termo de penhora dos imóveis em questão, razão pela qual deverá ser mantida incólume.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ ARTUR HILÁRIO e MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Transporte irregular de passageiros - Apreensão
de veículo - Ressarcimento - Despesas
com transbordo de passageiros -
Transporte clandestino**

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Ônibus de propriedade da parte ré apreendido por agente público. Transbordo dos passageiros. Requisição emitida pelo DER/MG à empresa autora. Ressarcimento dos gastos com o transbordo. Direito da parte autora e responsabilidade da parte ré.

- Comprovado que a empresa autora foi requisitada pelo DER/MG para a realização do transbordo dos passageiros que se encontravam no ônibus de propriedade da parte ré, que foi apreendido por aquele órgão público por prática de infração, há que se reconhecer o direito da primeira de ser ressarcida, pela segunda, dos gastos respectivos e devidamente comprovados.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.282333-9/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leopoldino José
de Sousa - Apelada: Empresa Gontijo Transportes Ltda.
- Relator: DES. ARNALDO MACIEL**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Leopoldino José de Sousa contra a sentença de f. 116/120, proferida pelo MM. Juiz Sebastião P. dos Santos Neto, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada pela empresa Gontijo Transportes Ltda., para condenar o apelante a pagar à apelada a quantia de R\$6.929,45, acrescida de correção monetária desde o ajuizamento da ação e de juros de mora desde a citação, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas e dos honorários, estes fixados em 15% do valor da condenação, mas suspendendo as cobranças por reconhecer-lhe os benefícios da assistência judiciária.

Nas razões recursais de f. 127/139, suscita o apelante a preliminar de ilegitimidade passiva e aduz, quanto ao mérito, que os documentos apresentados teriam comprovado que o Juízo da Vara de Fazenda o teria isentado do pagamento do transbordo, cobrado nesta ação, e reconhecido a ilegalidade da apreensão do seu veículo, afirmando ainda que não teria realizado

transporte clandestino de passageiros e que deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade da Lei 19.445/11.

Intimada, apresentou a apelada as contrarrazões de f. 140/151, pugnando pelo não provimento do recurso aviado.

Recurso isento de preparo em razão da assistência judiciária que ampara o apelante.

Presentes os pressupostos processuais, conheço do recurso e passo à sua análise.

Prefacialmente, faço consignar que o julgamento do presente processo deverá se submeter às normas do novo Código de Processo Civil de 2015, considerando a data da publicação da decisão que motivou a interposição do recurso ora analisado, em observância ao Enunciado 54 deste egrégio Tribunal de Justiça e à regra insculpida no art. 14 da nova lei.

Preliminar.

Ilegitimidade passiva.

Analisando a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo apelante, constata este Relator que ela se confunde com o próprio mérito da causa e deverá ser juntamente com este apreciada.

Mérito.

Depreende-se dos autos que o ônibus de placa BTT-4236, de propriedade do apelante, foi apreendido pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER/MG) nos dias 12.06.12 e 24.08.12, com fundamento na realização de operação delituosa (transporte irregular de passageiros, ante a ausência de autorização, permissão ou concessão), em decorrência de que foi a empresa apelada requisitada pelo mesmo Órgão para dar continuidade às viagens, realizando o transbordo dos passageiros que haviam inicialmente tomado o ônibus do apelante, operações estas que teriam gerado despesas para a apelada da ordem de R\$6.929,45, cuja restituição busca por meio desta ação.

A despeito das insistentes alegações tecidas pelo apelante, tenho por irretocável a bem lançada decisão de 1º grau.

De pronto, importa destacar que a presente ação não comporta qualquer discussão acerca da regularidade do ato de apreensão realizado por agente do DER/MG e, muito menos, quanto à constitucionalidade da Lei nº 19.445/11, na medida em que a discussão posta nos autos se restringe ao direito da empresa apelada de ser ressarcida pelos gastos advindos do transbordo dos passageiros inicialmente transportados pelo apelante, em função da apreensão do seu veículo por agente público, sendo certo que eventual irregularidade praticada pelo órgão público deverá ser questionada por ação própria e competente.

Aliás, válido ressaltar que nem mesmo a decisão proferida na Vara de Fazenda Pública Estadual e Autarquias desta Capital, cuja cópia consta de f. 66/83, influirá na pretensão ora discutida, visto que se limitou a analisar o direito do ora apelante de ter o seu veículo liberado

pelo DER/MG, mas, em momento algum, decidiu, como de fato não poderia, sobre a possibilidade de a ora apelada cobrar o ressarcimento do transbordo realizado.

De tal sorte, ainda que se pudesse considerar equivocada a apreensão do veículo do apelante, realizada por agente do DER/MG, certo é que tal questão não terá interferência no eventual direito da apelada ao ressarcimento pretendido e que motivou o ajuizamento desta ação, sendo, justamente por tais razões, inconteste a legitimidade do apelante para figurar no polo passivo desta ação.

Feita a ressalva acima, cumpre verificar a pertinência da pretensão autoral, questão que é facilmente solucionada pela análise dos documentos de f. 28/33.

Isso, porque tais documentos comprovaram a ordem/requisição emitida pelo DER/MG à apelada para a realização do transbordo dos passageiros do ônibus de propriedade do apelante, em virtude da apreensão embasada na prática de transporte ilegal de passageiros, porquanto desprovida de concessão, permissão ou autorização, nos dias 12.06.2012 e 24.08.12, assim como comprovaram os valores que teve a apelada que despendar para a realização dos aludidos transbordos.

Importa salientar que tais documentos, e as informações nele contidas, não foram alvo de qualquer questionamento e, muito menos, de contraprova por parte do apelante, o qual se limitou a tecer infundadas alegações, questionando, exclusivamente, a regularidade do ato de apreensão, mas não conseguindo trazer aos autos quaisquer elementos capazes de desconstituir o direito da apelada ao recebimento do crédito pretendido.

A respeito do direito da empresa que realizou o transbordo ao ressarcimento dos gastos correspondentes, outro não é o posicionamento deste eg. TJMG:

Apelação cível. Ação de cobrança. Legitimidade passiva ad causam. Apreensão de veículo de propriedade da ré. Transporte irregular. Necessidade de transbordo dos passageiros pela empresa autora. Ressarcimento. Responsabilidade. - A verificação da legitimidade das partes é realizada *in status assertionis*, ou seja, de acordo com a pretensão deduzida na inicial. Demonstrada, nos autos, a responsabilidade da empresa requerida e a necessidade de realização do transbordo dos passageiros que foi efetuado pela empresa autora, esta deve ser ressarcida pelas despesas correspondentes, nos termos da Resolução 233 da ANTT (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.209957-9/001, Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, j. em 09.03.2016, p. em 18.03.2016).

Apelação cível. Ação de cobrança. Legitimidade passiva configurada. Despesas com transbordo de passageiros de empresa de transporte que teve veículo apreendido. Dano material. Responsabilidade do infrator. Adequação. Honorários advocatícios de sucumbência. Critérios de arbitramento. - I - Uma vez que o transbordo de passageiros foi ocasionado pela apreensão do veículo da requerida a mesma deve ser considerada parte legítima para figurar no polo passivo de ação que visa a indenização por danos materiais, decorrente do transbordo de seus passageiros. II - É do infrator a responsabilidade pelo pagamento das despesas efetuadas

pela empresa requisitada com a continuação do transporte dos passageiros daquela, mesmo que a requisição do veículo tenha ocorrido por determinação da autoridade policial. III - À luz do art. 20 do CPC, nas causas em que há condenação, são devidos, pelo vencido, ao vencedor, honorários advocatícios de sucumbência, em quantia a ser arbitrada nos moldes do parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, para bem remunerar o trabalho do profissional atuante na demanda (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.288897-3/001, Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 15.03.2016, p. em 17.03.2016).

Frente às considerações explanadas, resta evidente o direito da apelada de ser ressarcida pelo apelante da importância de R\$6.929,45, acrescida de correção monetária e de juros de mora, concernentes aos gastos despendidos com o transbordo dos passageiros do ônibus de propriedade do apelante, tal como certamente reconhecido pelo digno Juiz primevo.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho, na íntegra, a respeitável decisão hostilizada.

Tomando-se por base o que preceitua o art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para o importe total de 17% (dezesete por cento) do valor da condenação, verba esta que, nos termos da sentença de 1º grau, deverá ser suportada pelo apelante, o qual deverá arcar ainda com as custas recursais, mas ficando suspensas as cobranças ante a assistência judiciária que lhe foi concedida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOÃO CANCIO e SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ação de reparação por danos morais e materiais -
Relação de consumo - Responsabilidade objetiva -
Resultado errado de exame - Contraprova - Ônus
da prova - Laudo de exame laboratorial**

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Exame laboratorial. Resultado falso positivo de germe isolado em urina. Dano moral. Não comprovado. Dever de indenizar. Afastado.

- O resultado falso positivo, em exame laboratorial, de germe isolado em urina, por si só, é insuficiente para gerar dano moral, que deve ser cabalmente demonstrado por não se tratar de dano presumível.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.09.316734-1/001 -
Comarca de Governador Valadares - Apelante: Ivanete
Ribeiro de Oliveira - Apelado: Centro de Hematologia
Farreras Valenti Ltda. - Relator: DES. JOSÉ DE CARVALHO
BARBOSA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2016. - José de Carvalho Barbosa - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Ivanete Ribeiro de Oliveira, nos autos da ação de reparação por danos morais e materiais movida em face de Centro de Hematologia Farreras Valenti Ltda., perante o Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, tendo em vista a sentença de f. 133/135, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, impondo à autora, ora apelante, ônus sucumbenciais consistentes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$600,00, suspendendo a exigibilidade, ante a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Em suas razões recursais de f. 136/138, defende a autora/apelante o erro de diagnóstico, alegando que, “se o exame do dia 11.02.2009 foi positivo com a presença da bactéria, sendo que o exame do outro laboratório foi negativo, e finalmente o exame 19 dias após, feito também pela apelante foi negativo, provado que o primeiro estava errado”.

Aduz ser enfermeira e que, diante do resultado do exame de urina a que se submeteu sua filha e sendo conhecedora da gravidade da presença do germe isolado *escherichia coli*, entrou em completo desespero, vindo até a pedir demissão de seu emprego para cuidar da criança.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com o reconhecimento do dever de indenização do réu/apelado diante do resultado falso positivo.

Ausente o preparo, por litigar a apelante sob o pálio da gratuidade judiciária, concedida em primeiro grau, à f. 25.

Contrarrazões apresentadas às f. 141/143.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia posta a aferir se o laboratório réu tem o dever de indenizar os danos morais alegados pela autora, em razão de resultado falso positivo em exame de urina realizado por sua filha, menor de idade.

Em sua peça de ingresso, alega a autora ter sido surpreendida com o resultado do exame de urina realizado por sua filha, em 11.02.2009, que apresentou o germe isolado *escherichia coli* e que, por ser enfermeira, tinha conhecimento da gravidade de tal germe, ficando em completo desespero.

Aduz que se viu obrigada a pedir demissão de seu emprego, em 1º.04.2009, para cuidar de sua filha “exatamente por saber da gravidade do problema”.

Notícia que, como sua filha não apresentou sintomas de diarreia e vômito, a autora resolveu, em 19.06.2009, fazer novos exames, tendo o resultado positivo se repetido.

Assevera ainda que, ao realizar o mesmo exame em outro laboratório, foi colhido resultado negativo acerca da presença da bactéria no organismo de sua filha.

Em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, entendo, assim como o douto Julgador de primeiro grau, que não restou configurada a obrigação de indenizar.

De início, é importante consignar que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, figurando o laboratório réu como prestador de serviços e a autora como consumidora, atraindo a incidência das regras esculpidas no CDC, em especial a da responsabilidade objetiva, prevista em seu art. 14.

E, sabe-se, realmente, que, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, para que haja o dever de reparar, basta que o consumidor comprove a ocorrência de um dano e o seu nexo de causalidade com a conduta do prestador de serviços, independentemente da aferição de culpa.

Dispensável, assim, analisar se o resultado apresentado pelo laboratório réu, inquinado de “falso”, decorreu de conduta culposa dele, réu, ou seja, se houve falha no serviço por ele prestado, capaz de gerar o dever de reparar eventual dano daí decorrente.

Contudo - independentemente de qualquer aferição sobre o fato de ser ou não “falso” ou errado o discutido resultado do exame -, da análise do conjunto probatório não se verifica a existência de qualquer elemento de prova no sentido de que tal fato (resultado falso ou errado de exame) teria ensejado dano de natureza moral para a autora, que não é presumido, não sendo demonstrada qualquer ofensa à honra, humilhação, sofrimento ou grande transtorno.

Alega a autora que, em razão do resultado positivo apresentado pelo laboratório réu, entrou em completo desespero, por ter ciência da gravidade da presença do germe *escherichia coli* no organismo de sua filha.

Ocorre que nenhuma prova fez nesse sentido.

Da mesma forma, nenhuma prova veio aos autos acerca da alegação de que, em razão do resultado falso positivo, teria a autora, em 1º.04.2009, pedido demissão de seu emprego para cuidar de sua filha, a tanto não bastando os documentos de f. 19/24, que apenas demonstram a data da rescisão do contrato de trabalho, que pode ter ocorrido por motivos outros.

Mesmo porque, conforme se vê do documento de f. 59/60, foi a filha da autora submetida a uma contraprova, no dia 02.03.2009 - ou seja, 20 dias depois de realizado o primeiro exame - no mesmo laboratório réu, tendo o resultado dado negativo para a presença do germe isolado *escherichia coli*.

E, diante do resultado negativo obtido em contraprova realizada pelo mesmo laboratório, não havia motivos para o alegado pedido de demissão da autora, para o fim de cuidar de sua filha.

Importante salientar, por oportuno, que a realização de referida contraprova foi omitida pela autora em sua peça de ingresso, dela não fazendo qualquer menção, tendo tal documento somente vindo aos autos por ensejo da contestação apresentada pelo laboratório réu.

De se registrar, ademais, que o exame laboratorial, em regra, não pode ser considerado como prova absoluta dos resultados ali indicados, pois suscetível aos chamados resultados falsos positivos ou falsos negativos, sendo necessária a realização de outros tipos de exames para a confirmação de possíveis doenças.

A par disso, verifica-se que do exame questionado consta, expressamente, a seguinte ressalva, em letras de caixa-alta - *verbis*:

Os valores dos testes de laboratório sofrem influência de estados fisiológicos, patológicos, uso de medicamentos e outros dados clínicos. Somente seu clínico tem condições de interpretar corretamente esses resultados.

De grande valia, ainda, a transcrição de trecho do depoimento prestado pela única testemunha ouvida pelo douto Juiz de primeiro grau, no sentido de que os resultados obtidos em exames laboratoriais estão sujeitos a alterações por fatores diversos:

[...] que o depoente é o responsável pela assinatura do exame de f. 18/19; [...] que o exame de f. 18 é de cultura de urina, que as idades que têm o maior índice de infecção de urina são crianças abaixo de 10 e pessoas com mais de 70 anos; que o percentual mais alto de ser encontrado em crianças é o germe da *escherichia coli* na urina, que tal contaminação pode ocorrer pela realização de assepsia na criança vindo da região anal após defecar em direção aos órgãos genitais. (Depoimento prestado por Geraldo Magela Mourão, f. 122).

Vê-se, dessa forma, que o dever de indenizar deve mesmo ser afastado, independentemente da existência de defeito no serviço prestado pelo laboratório réu, porque, conforme já foi dito, inexistem provas dos prejuízos efetivamente sofridos pela autora, não constituindo hipótese de dano moral puro ou presumido.

A respeito do ônus da prova:

Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo (art. 333, CPC). Adotou o nosso CPC a concepção estática do ônus da prova, que é distribuído a priori, sem a observância das peculiaridades do caso concreto (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Edições Podvim: 2007, v. 2, p. 55).

Em casos análogos, decidiu este Tribunal:

Apelação cível. Ação de indenização. Laudo de exame laboratorial. Erro de resultado. Não comprovação. Dano moral

não configurado. - Inexistindo elementos capazes de imputar a adoção de qualquer conduta culposa por parte do laboratório de patologia responsável pelo laudo do exame realizado na filha da apelante, bem como não tendo esta última conseguido comprovar a ocorrência dos danos morais suscitados nem os fatos constitutivos do direito pretendido, ausente se encontra o dever de indenizar por parte daquele (Apelação Cível 1.0261.14.006294-2/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 22.03.2016, p. em 30.03.2016).

Apelação cível. Indenização por danos morais e materiais. Ataque aos fundamentos da sentença. Recurso conhecido. Resultado errado de exame laboratorial. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Falta de prova de dano de cunho moral. Imprescindibilidade de comprovação da extensão do dano material. Pedido com base em presunção. Fato constitutivo do direito. Ônus da prova da parte autora. - A repetição parcial de teses da inicial, nas razões recursais, não macula o recurso, principalmente quando tratar-se de sentença de improcedência do pedido, o que evidencia o interesse do recorrente em reafirmar suas teses em fase recursal. Os danos morais indenizáveis são aqueles que atingem o âmbito íntimo da vítima, e não meros aborrecimentos. Para a procedência do pedido de indenização, por danos materiais, dada a natureza do instituto, exige-se a prova precisa e concreta do prejuízo, que não comporta condenação com base em presunção ou expectativa de dano. Cabe ao autor a prova do fato constitutivo do direito pretendido, sob pena de improcedência do pedido (Apelação Cível 1.0024.12.315393-4/002, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, j. em 05.11.2015, p. em 13.11.2015).

Apelação cível. Reparação civil. Variação dos resultados de exames laboratoriais. Legitimidade passiva configurada. Danos morais. Inexistência. Meros aborrecimentos. - A legitimidade das partes pressupõe a existência de um vínculo entre o autor da ação, a pretensão controvertida e a parte ré. Para que se possa verificar a existência desse vínculo, desnecessário que se configure, ao final, a relação jurídica descrita pela parte autora, bastando que se vislumbre o vínculo entre a pretensão deduzida em juízo e as partes da ação. Reformada a sentença que extinguiu o processo sem enfrentamento do mérito, e estando o feito em condições de ser decidido, pode o Tribunal julgá-lo desde logo (art. 515, § 3º, do CPC). A divergência/variação dos resultados dos exames laboratoriais, por si só, não dão azo à reparação por dano moral, mormente quando dele não se extrai o diagnóstico de leucemia (Apelação Cível 1.0114.12.002235-4/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 30.04.0015, p. em 08.05.2015).

Logo, não se desincumbindo a autora do ônus que lhe impõe o art. 333, I, do CPC/73, de produzir prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, impossível o acolhimento da sua pretensão, já que os danos morais na presente hipótese não podem ser presumidos.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade, todavia, ante a concessão, em primeiro grau, dos benefícios da gratuidade judiciária.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Acompanho o douto Relator na íntegra do seu judicioso voto.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Contrato de distribuição - Indenização - Perdas e danos - Prazo indeterminado - Resilição unilateral - Prévia notificação - Exigência de investimento - Ônus da prova

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Perdas e danos. Contrato de distribuição. Ausência de regulamentação. Contrato verbal. Regras gerais. Código Civil. Resilição unilateral. Arts. 472 e 473. Possibilidade. Contrato por prazo indeterminado. Prévia notificação. Exercício regular de direito. Perdas e danos. Afastada. Investimentos realizados. Exigência do fornecedor/fabricante. Condição não comprovada. Danos morais. Inexistência de ato ilícito.

- O contrato de distribuição é atípico, não possuindo regramento legal específico, devendo-se aplicar nesses casos a teoria geral dos contratos, notadamente porque o Superior Tribunal de Justiça afastou recentemente a aplicação, ainda que analógica, da Lei nº 6.729/1979, que disciplina a concessão comercial de veículos automotores aos casos de contrato de distribuição.

- A resilição unilateral de contrato encontra previsão nos arts. 472 e 473 do Código Civil, sendo admitida nos casos de contrato por prazo indeterminado.

- Configura exercício regular de direito a resilição unilateral de contrato por prazo indeterminado, notadamente quando procedida pela prévia notificação da parte adversa.

- Em se tratando de nítida relação comercial, deve-se pressupor a condição de igualdade estabelecida entre as partes, que atuam no exercício de atividade empresarial. Precedente do STJ.

- É ônus da parte requerente comprovar que, no momento da contratação, a fornecedora/fabricante condicionou a distribuição dos produtos à realização de investimentos pelo distribuidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.09.581893-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Daniel Francisco Cano, Rosângela Miranda Carrijo Cano, Confetto Fornace Comercio Distribuição de Produtos Alimentícios e outros - Apelada: Levapan do Brasil Indústria, Comércio,

Importação e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. - Relatora: DES.ª MARIÂNGELA MEYER

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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. *Mariângela Meyer* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - Trata-se de apelação cível interposta por Confetto e Fornace Comércio e Distribuição de Produtos Alimentícios Ltda. e outros contra a sentença de f. 1.388/1.392, prolatada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia que, nos autos da "ação indenizatória por perdas e danos, danos à imagem, danos morais, nulidade de rescisão contratual" ajuizada em face de Levapan do Brasil Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os requerentes ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade em virtude da gratuidade judiciária deferida à parte autora.

Inconformados, os apelantes informam ter pleiteado a reparação pelos danos sofridos em razão da rescisão unilateral e ilícita do contrato de distribuição realizado com a apelada. Discorrem sobre o contrato de distribuição.

Dizem que o Julgador *a quo* não se ateu à prova constante nos autos, visto que teriam sido comprovados os prejuízos decorrentes da rescisão contratual. Noticiam terem feito inúmeros investimentos para atender às exigências de comercialização dos produtos da apelada.

Entendem que a requerida praticou comportamento contraditório, deixando de observar a regra da boa-fé objetiva. Defendem que, ainda que a apelada não tenha assinado a Cessão de Direitos de Distribuição, firmada entre a Formipam e a Confetto (primeira apelante), tinha ciência do referido pacto e anuiu expressamente com a continuidade no fornecimento dos produtos.

Reiteram que seria necessário um período mínimo para obter lucros, tendo em vista que fez altos investimentos no início de suas atividades para atender às exigências da recorrida, já que os produtos eram distribuídos com exclusividade pela primeira recorrente. Salientam que o Magistrado primevo desconsiderou o conjunto probatório constante nos autos. Citam a conclusão obtida no laudo pericial, que aponta os prejuízos sofridos pela primeira apelante.

Argumentam que a prova testemunhal colhida ratifica a existência de contrato entre as partes, bem como a responsabilidade da recorrida pelos prejuízos decorrentes do investimento e estruturação da empresa para poder comercializar os produtos da Levepan (apelada). Ressaltam terem sofrido danos morais pela indevida negativação do nome dos recorrentes.

Asseveram ser devida a indenização pelo “Fundo de Comércio” na medida em que a primeira apelante captou novos clientes por meios próprios, sendo lesada pela rescisão do contrato.

Requerem seja dado provimento ao apelo, julgando-se procedentes os pedidos iniciais para condenar a apelada a ressarcir os prejuízos materiais e morais sofridos pelos recorrentes.

Contrarrazões recursais apresentadas pela apelada às f. 1.430/1.444, sustentando a litude da rescisão contratual promovida, na medida em que realizou a prévia notificação e concedeu aviso prévio de 90 dias à primeira recorrente, que nem sequer respondeu à referida notificação. Defende ainda que não há provas nos autos dos danos sofridos pelos autores. Aduz que também não restou demonstrado que os investimentos realizados decorreram de exigência ou imposição da apelada. Reitera não terem sido comprovados os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade civil da apelada. Pontua que a perícia não encontrou danos materiais indenizáveis, mas sim despesas relativas ao regular funcionamento da empresa, tratando-se de investimentos próprios inerentes ao risco do negócio. Por tudo isso, pugna seja negado provimento ao recurso.

Relatado, examino e, ao final, decido.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado o preparo, em virtude da gratuidade judiciária deferida à parte recorrente.

Conheço do apelo, presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Recebo a apelação nos termos do art. 1.012 do NCPC.

Cinge-se a controvérsia dos autos a apurar-se a eventual responsabilidade civil da apelada pelos danos supostamente sofridos pelos recorrentes em decorrência da rescisão do contrato de distribuição existente entre as partes.

Os apelantes, em suma, afirmam que adquiriram o direito de distribuir com exclusividade os produtos fornecidos pela apelada na região de Uberlândia/MG mediante instrumento de cessão de direitos firmado com a empresa Formipan. Sustentam que tiveram de fazer diversos investimentos para atender às exigências de qualidade do mercado e da própria apelada. Noticiam que, após a alteração da administração da apelada, com a adoção de uma nova política de crédito, não conseguiu honrar com as condições anteriormente ofertadas aos seus clientes. Alegam que foram surpreendidos com uma notificação extrajudicial da requerida, pleiteando

a rescisão unilateral e abusiva do contrato. Assim, os apelantes entendem fazer jus à reparação pelos danos decorrentes de tal ato, que inviabilizou a atividade comercial que exerciam.

A apelada, lado outro, argumenta que não anuiu com o contrato de cessão de direitos firmado entre Formipan e a primeira apelante. De igual modo, ressalta que jamais conferiu direito de exclusividade a qualquer dessas empresas na distribuição de seus produtos. Afirma não ter feito qualquer exigência para atuação da primeira requerente, tampouco tinha ingerência nas decisões comerciais desta. Diz que as dificuldades apresentadas pelos recorrentes são decorrentes de planejamento e gestão ineficientes. Relata, ainda, que a rescisão não foi imotivada, mas sim em função de atrasos reiterados nos pagamentos dos produtos e desempenho ruim nas vendas, como explicitado na notificação enviada aos requerentes. Com base nisso, conclui ter agido em exercício regular de direito, não podendo ser responsabilizada por quaisquer prejuízos sofridos pelos recorrentes.

Isso posto, dedico-me ao exame da controvérsia posta pelas partes.

De início, cumpre frisar que o “Contrato de Cessão de Direito de Distribuição” firmado entre a primeira requerente e a empresa Formipan Comercial Atacadista Ltda. (f. 74/75) não contou com a anuência da requerida, de forma que as condições nele estipuladas não se aplicam à apelada.

As partes firmaram um ajuste verbal, não havendo qualquer contrato escrito assinado entre requerentes e requerida, o que dificulta a própria delimitação dos direitos e obrigações das partes.

E, ainda, é de se destacar a inexistência de regramento legal específico disciplinando o contrato de distribuição.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, em artigo dedicado ao tema, traz importante distinção entre o contrato de agência - disciplinado no Código Civil (art. 710 e segs.) - e o contrato de distribuição, o qual seria atípico, senão vejamos:

A colaboração da produção industrial no mercado raramente se faz, no mundo atual, por negociação direta entre produtos e consumidor. Quase sempre se estabelece uma intermediação entre empresários, formando-se uma cadeia de negócios, que envolve sucessivas compra-e-vendas: uma empresa vende a matéria prima ao fabricante; este a transforma em manufaturados, que em seguida são vendidos aos atacadistas; estes, por sua vez, os vendem aos varejistas que, no fecho da cadeia econômica, os revendem ao consumidor final.

[...]

Se a articulação entre produtores e revendedores assume o feitiço de uma convenção duradoura, tem-se o contrato de distribuição, que pode ser simples ou complexo. Na sua manifestação mais simples, a distribuição se exterioriza como contrato de fornecimento: o produtor se obriga a fornecer certo volume de determinado produto, e o revendedor se obriga a adquiri-lo, periodicamente. Não há uma remuneração direta

entre fornecedor e revendedor. Este se remunera com o lucro que a revenda dos produtos lhe proporciona. O fornecedor, por sua vez, não exerce interferência alguma na gestão do negócio do revendedor.

[...]

Todas as formas de contrato de distribuição - fornecimento ou concessão - distinguem-se do contrato de agência em dois aspectos básicos: a autonomia e a remuneração da intermediação. O agente (representante comercial) não pratica o negócio de colocação dos produtos do representado em nome próprio; atua apenas em nome e por conta do representado. Já o concessionário ou revendedor, torna-se o dono da mercadoria que o fornecedor lhe transfere, e a negocia com o consumidor em nome próprio e por sua própria conta.

[...]

O contrato de distribuição em nome próprio (a concessão comercial) continua sendo atípico, mesmo porque a infinita variedade de convenções que os comerciantes criam no âmbito da revenda autônoma torna quase impossível sua redução ao padrão de um contrato típico. Apenas para o caso dos revendedores de veículos é que, pelas características e relevância do negócio, o legislador houve por bem tipificar o contrato de concessão comercial (Lei nº 6.729/79).

Outra distinção que se fez com nitidez entre o contrato de agência e o contrato de revenda (distribuição por conta próprio, ou concessão comercial), situa-se na remuneração do intermediário do processo de circulação dos produtos. O agente (mesmo quando exerce a distribuição) é remunerado, quanto ao serviço de intermediação, pelo fornecedor (o representado), segundo o volume e o preço das operações agenciadas. O concessionário nada recebe do fornecedor pela colaboração exercida na colocação de seus produtos. A remuneração que alcança se traduz nos lucros que a revenda lhe proporciona.

Em suma, não é a operação econômica da distribuição que distingue a agência da concessão comercial. Há distribuição (ou pode haver distribuição) tanto por meio de contrato de agência como do contrato de concessão comercial. Distribuição é um gênero que corresponde aos vários tipos de contrato de colaboração empresarial. A distribuição, porém, pode realizar-se por conta do fornecedor ou por conta do próprio distribuidor. Se não há venda e revenda de produtos, o contrato fica no plano da agência; se há, entra-se no âmbito da concessão comercial. E, assim, distingue-se a distribuição por conta alheia (mera preposição, sem independência jurídica do agente) da distribuição por conta própria (concessão comercial) (THEODORO JR., Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Edição 42/2002, p. 129/163).

Portanto, a ausência de regulamentação exige que se aplique ao caso concreto a teoria geral dos contratos, notadamente porque o Superior Tribunal de Justiça afastou recentemente a aplicação, ainda que analógica, da Lei nº 6.729/1979, que disciplina a concessão comercial de veículos automotores aos casos de contrato de distribuição.

Veja-se o citado julgado:

Recurso especial. Direito civil e processual civil. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Ação indenizatória. Contrato de distribuição de bebidas. Não renovação. Validade de cláusula contratual. Ato ilícito. Inexistência. Dever de indenizar. Não configuração. Lei nº 6.729/1973 (Lei

Ferrari). Inaplicabilidade. 1 - Ação indenizatória promovida por empresa distribuidora em desfavor da fabricante de bebidas objetivando reparação por danos materiais e morais supostamente suportados em virtude da opção da requerida - manifestada em outubro de 1999 com amparo em cláusula contratual expressa - por não renovar o contrato de distribuição que mantinha com autora, de modo formal, desde março de 1983. 2 - Acórdão recorrido que, reconhecendo a abusividade da cláusula contratual autorizativa da denúncia do contrato por qualquer das partes, concluiu pela procedência parcial do pleito autoral indenizatório, condenando a fabricante a reparar a distribuidora por seu fundo de comércio e clientela, bem como pelas despesas por ela suportadas com a eventual rescisão contratos de trabalho e, finalmente, pelos lucros cessantes tratados no art. 24, inciso III, da Lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari). 3 - Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, é impossível aplicar, por analogia, as disposições contidas na Lei nº 6.729/1979 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, haja vista o grau de particularidade da referida norma, que, como consabido, estipula exclusiva e minuciosamente as obrigações do cedente e das concessionárias de veículos automotores de via terrestre, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes contratantes em casos tais. 4 - A não renovação de contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos, após expirado o termo final da avença, com amparo e perfeita observância de expressa e válida cláusula que assegura a ambas as partes contratantes o direito de não mais prorrogar tal relação, não constitui ato ilícito gerador do dever de indenizar. Precedentes. 5 - É descabido falar em nulidade de cláusula contratual por mera presunção de má-fé de uma das partes contratantes que não se confirma com o exame dos fatos e das provas produzidas nos autos. 6 - Recurso especial da fabricante provido (e-STJ f. 2.279/2.300) e recurso especial da distribuidora e de seus respectivos sócios prejudicado (e-STJ f. 2.458/2.459) (REsp 1494332/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 04.08.2016, DJe de 13.09.2016).

Tem-se, assim, que as partes ajustaram verbalmente um contrato em que a requerida se obrigou a fornecer seus produtos à primeira requerente (Confetto), para que esta os revendesse na região de Uberlândia por prazo indeterminado.

Quanto à rescisão contratual, entendem os requerentes que tal ato teria sido ilícito, porquanto a requerida teria violado a boa-fé objetiva ao extinguir o contrato, depois de a primeira requerente ter feito altos investimentos para a distribuição dos seus produtos.

Como já dito, tendo em vista a ausência de regulamentação específica, aplicam-se ao presente caso as regras da teoria geral dos contratos.

Nesse passo, a resilição unilateral de contrato encontra previsão nos arts. 472 e 473 do Código Civil, sendo admitida nos casos de contrato por prazo indeterminado.

Nesse sentido nos ensina Carlos Roberto Gonçalves: Segundo Orlando Gomes, a faculdade de resilição unilateral é suscetível de ser exercida: a) nos contratos por tempo indeterminado; b) nos contratos de execução continuada, ou periódica; c) nos contratos em geral, cuja execução não

tenha começado; d) nos contratos benéficos; e) nos contratos de atividade. A rescisão é o meio próprio para dissolver os contratos por tempo indeterminado. Se não fosse assegurado o poder de resiliir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo se o outro não concordasse.

[...]

A rescisão unilateral independe de pronunciamento judicial e produz efeitos *ex nunc*, não retroagindo. Para valer, deve ser notificada a outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, destarte, declaração receptícia da vontade. Em princípio, não precisa ser justificada, mas em certos contratos exige-se que obedeça à justa causa. Nestas hipóteses a inexistência de justa causa não impede a rescisão do contrato, mas a parte que resiliu injustamente fica obrigada a pagar, à outra, perdas e danos (*Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 206).

Portanto, não se tem dúvidas de que a rescisão do contrato, no presente caso, foi lícita, porquanto houve a notificação extrajudicial da primeira apelante cientificando-a acerca da intenção de resolver o contrato, no prazo de 90 dias - f. 83/84.

Ademais disso, na referida notificação a requerida aponta como causa da rescisão contratual a inadimplência da primeira apelante, bem como a queda na aquisição dos produtos e a intenção de implantar um distribuidor exclusivo na região.

Em relação à inadimplência, verifico que a primeira apelante (Confetto Forno Comércio e Distribuição de Produtos Alimentícios) havia deixado de pagar dois títulos emitidos pela apelada (f. 128/133), o que ensejou a suspensão dos pagamentos a prazo concedidos pela apelada.

Inclusive a prova testemunhal corrobora que a primeira requerente (Confetto) deixou de efetuar o pagamento de títulos no vencimento:

que se recorda que, no período em que esteve prestando serviço na tesouraria da empresa requerente, ela teria deixado de efetuar, em três ocasiões, o pagamento pontual dos débitos para com a empresa requerida (Gilberto Rezende de Oliveira, depoimento de testemunha da parte autora, f. 1.329).

E mais, em caso de inadimplência, era procedimento padrão da requerida condicionar o fornecimento de produtos ao pagamento à vista para os inadimplentes.

Vejamos as testemunhas ouvidas em juízo:

que as compras efetuadas com a empresa requerida são a prazo, sendo concedido o prazo de 28 dias para quitação dos produtos então adquiridos; que nunca esteve inadimplente com a empresa requerida, sendo que o prazo que lhe foi concedido para as aquisições de produtos sempre foi de 28 dias; que, em caso de inadimplemento com a empresa requerida, tem conhecimento de que ela somente vende seus produtos à vista para o inadimplente (Leonardo Aparecido de Freitas, testemunha da parte requerida, f. 1.330).

que o prazo de pagamento dos produtos comercializados pela empresa Levapan leva em consideração a pontualidade do empresário que o adquire; que já ficou inadimplente com

a empresa Levapan, sendo que, como forma de ajuste de seu débito, ficou conveniado que somente poderia adquirir os produtos à vista, tendo sido ajustado também que, com relação ao débito pendente, toda vez que adquirisse produtos para pagamento à vista, depositaria no mínimo 20% do valor da fatura como forma de amortização de sua dívida; que, quando quitou seu débito, foi restabelecido o prazo de 28 e 35 dias para as aquisições de produtos da empresa Levapan; que a prática da empresa requerida, de só vender à vista para os inadimplentes, é comum à política do mercado, inclusive é o que pratica em sua empresa (Luciano Melo Silva, testemunha da parte requerida, f. 1.331).

Portanto, sob qualquer aspecto que se observar, deve-se considerar como lícita a rescisão de contrato realizada pela requerida, seja porque havia justa causa, seja porque foi procedida a notificação prévia da primeira recorrente (Confetto).

No que tange às perdas e danos, segundo alegam os recorrentes, a requerida teria feito exigências para a distribuição de seus produtos, as quais demandaram alto investimento, razão por que não poderia ter rescindido unilateralmente o contrato.

Contudo, cumpre salientar que, por se tratar de nítida relação comercial, deve-se pressupor a condição de igualdade estabelecida entre as partes, que atuam no exercício de atividade empresarial.

Esse foi inclusive o entendimento adotado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante:

Recurso especial. Direito civil. Contrato verbal de distribuição. Concessão de descontos no momento da avença. Alteração da política de preços. Alegação de o negócio ter se tornado inviável. Descontos como mera liberalidade. Inexistência de má-fé contratual. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1 - Não há violação ao art. 535, II, do CPC, pois, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. 2 - Nos termos da doutrina, o contrato de distribuição é bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa (FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 116). 3 - Não se concebe a fixação imutável de preço do produto a ser distribuído, na medida em que este se sujeita a inúmeras variantes, como o preço dos insumos, o custo industrial (impostos, encargos trabalhistas, dentre outras) e a situação de mercado. 4 - A prática dos descontos é parte de uma trama estratégica de mercados e significa sempre uma liberalidade de quem os concede, resultando dessa assertiva a não obrigatoriedade de sua continuidade e a possibilidade de serem suprimidos quando assim julgar conveniente o fornecedor, tomando como base seu plano de desenvolvimento. 5 - O contrato de distribuição é avençado entre profissionais, pessoas que, no discernimento, e quanto à capacidade de

decisão, devem ser tratadas como iguais, em perfeitas condições de analisar a conveniência de cada uma das cláusulas, de negociá-las na medida do possível, de recusá-las ou de vir mesmo a não contratar. 6 - A cessação dos descontos oferecidos no momento da contratação não pressupõe a má-fé do fornecedor, tampouco significa intenção de rescisão do contrato de distribuição, não exigindo, para tanto, aviso prévio por parte do fornecedor. 7 - Não há comprovação da divergência (art. 266, § 1º, do RISTJ) quando não realizado o cotejo analítico entre os arestos confrontados, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes, não sendo suficiente a mera transcrição de ementas. 8 - Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1412658/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 01.12.2015, DJe de 01.02.2016).

Ora, ao ingressar em um ramo empresarial, é evidente que os empresários se sujeitam às regras do mercado, bem como aos riscos do negócio, inerentes ao exercício de qualquer atividade comercial, além de terem de fazer investimentos para poder exercer suas atividades.

No caso em comento, entendo que, a despeito das alegações dos recorrentes, não restou demonstrado que a requerida exigiu destes quaisquer investimentos para a distribuição de seus produtos.

Ao contrário, ao que tudo indica, os investimentos feitos eram inerentes ao próprio exercício da atividade a que os recorrentes se propuseram a desempenhar, assumindo os riscos do empreendimento.

É o que se extrai das provas testemunhais colhidas:

que se recorda que a empresa requerente, para comercializar os produtos da Levapan, teve que adquirir caminhão, veículo de entregas e câmara fria, além dos computadores e materiais de escritórios necessários à condução da venda dos produtos; que a requerente na gestão de atendimento ao seu público, teve que locar um imóvel no estado de Goiás, na região de Caldas Novas, de modo que um funcionário pudesse ali se instalar para melhor intermediar as relações da requerente com os adquirentes dos produtos que distribuía; (Rewry Gouveia Menezes - testemunha da parte autora, f. 1.328).

que a empresa requerente adquiriu um caminhão F-4.000 com caixa térmica para transporte do fermento, uma camionete de pequeno porte para efetuar entregas em Uberlândia e uma câmara fria para depósito dos produtos; esclarece que, com relação à câmara fria, era utilizada com a finalidade de depósito de fermento, em quase toda a sua integralidade; (Gilberto Rezende de Oliveira, testemunha da parte autora, f. 1.329).

que é empresário no ramo de comercialização de produtos de panificadora da cidade de Bebedouro-SP e região; que atua há 11 anos neste ramo de atividade comercial; que comercializa produtos da Levapan, porém não possui exclusividade em sua região na comercialização dos produtos da referida empresa; [...] que para comercialização dos produtos da Levapan não são exigidos equipamentos especiais, à exceção do fermento, que exige câmara fria ou freezer; (Leonardo Aparecido de Freitas, testemunha da parte requerida, f. 1.330).

Verifica-se, pois, que os alegados investimentos realizados pela primeira requerente (Confetto) vinham a ser, em verdade, de máquinas e equipamentos necessários ao próprio exercício da atividade em que ingressou, frise-se, espontaneamente, não havendo qualquer indício de que a requerida teria estabelecido exigências para a comercialização/distribuição de seus produtos.

Nesse sentido, inclusive, foi a conclusão do perito do Juízo:

Por fim, ao analisarmos o balanço patrimonial, a empresa Confetto e Fornace, para iniciar suas atividades empreendeu o valor de R\$211.182,59 (duzentos e onze mil cento e oitenta e dois reais e cinquenta e nove centavos), aplicando este recurso na aquisição de máquinas e equipamento, veículos, cessão de direito de representação.

Nos autos não há comprovação documental que a empresa Levapan impôs qualquer condição a Confetto para adequação de mercado (f. 515).

Portanto, não se pode imputar à apelada a responsabilidade pelos investimentos iniciais realizados pelos apelantes, porquanto estes não se desincumbiram do ônus de comprovar que efetivamente houve condicionamento da distribuição dos produtos aos referidos investimentos.

E, mais do que isso, nem sequer se pode afirmar que tais equipamentos eram utilizados exclusivamente na distribuição dos produtos da requerida, tendo em vista que a primeira recorrente (Confetto), conforme se infere dos depoimentos colhidos nos autos, trabalhava com outros produtos, que não pertenciam à requerida.

Vejamos excertos dos referidos depoimentos:

que acredita que a empresa requerente mantinha sua movimentação comercial com produtos Levapan em torno de 70% a 80%, esclarecendo, conforme dito anteriormente, que outros produtos eram comercializados/distribuídos pela autora (Rewry Gouveia Menezes - testemunha da parte autora, f. 1.328).

que a empresa requerente representava produtos da Levapan, assim como também de outras empresas; que pode afirmar que os produtos da Levapan eram o carro-chefe da comercialização/distribuição empreendida (sic) pela empresa requerente; que a assertiva anterior se baseia no fato de que o produto que mais era negociado pela empresa requerente era o fermento, sendo que este era de origem da marca Levapan (Gilberto Rezende de Oliveira, testemunha da parte autora, f. 1.329).

que foi algumas vezes ao depósito da empresa requerente, sendo que o Sr. Eduardo, que trabalhava na referida empresa, também chegou a visitar a sua empresa; esclarece que tais visitas se deram em razão de que chegou a vender produtos para empresa requerente, como também chegou a comprar produtos dela ou mesmo a emprestar alguns produtos; que pode constatar que a empresa requerente, além de produtos da Levapan, também comercializava produtos de outras empresas (Luciano Melo Silva, testemunha da parte requerida, f. 1.331).

Assim, não se pode imputar à apelada a responsabilidade pelos investimentos feitos para o exercício da atividade empresarial da primeira requerente (Confetto), na medida em que não há provas de que foram exigidos pela fornecedora dos produtos.

No que tange aos danos morais, também não tem razão de ser a pretensão dos requerentes, tendo em vista que, como visto, não restou comprovada a prática de qualquer ato ilícito por parte da apelada, tendo sido realizada a rescisão de contrato de forma legal e em regular exercício de direito.

Por fim, o pleito dos recorrentes de serem indenizados pelo fundo de comércio, em razão da ampliação dos pontos de venda, configura notória inovação recursal, na medida em que não constou tal pedido na peça exordial, tampouco foi debatido em primeiro grau.

Enfim, por todo o exposto, tenho que a sentença apelada se mostra acertada, não merecendo reparos, tendo em vista que a rescisão do contrato firmado entre as partes fora legítima, não havendo falar em responsabilidade da apelada por ato ilícito.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença primeira.

Custas recursais, pelos apelantes, bem como majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 11, NCPC), suspensão a exigibilidade em virtude da gratuidade judiciária deferida à f. 415.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - Negaram provimento ao recurso.

...

Recolhimento das custas - Pedido de justiça gratuita - Ato incompatível - Veículo furtado - Cláusula limitativa do risco - Incremento do risco - Seguro - Princípio da boa-fé

Ementa: Ação de cobrança. Furto de veículo. Chave na ignição. Agravamento do risco. Negativa de pagamento da indenização securitária. Legalidade. Recurso conhecido e provido.

- Comprovada a desídia do segurado por boletim de ocorrência, o qual goza de presunção *juris tantum* de veracidade, corroborada por depoimentos de testemunhas, resta claro o nexo de causalidade entre a conduta do segurado e o furto, ficando isenta a seguradora do pagamento da indenização, conforme cláusula expressa de exclusão prevista no manual do segurado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0319.13.003557-3/001 - Comarca de Itabirito - Apelante: Milton Antunes dos Santos - Apelada: Sul América Companhia Nacional de Seguros - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Milton Antunes dos Santos, contra a r. sentença de f. 185/186, proferida nos autos da ação de cobrança c/c com indenização, ajuizada pelo apelante em face da apelada, Sul América Companhia Nacional de Seguros, por via da qual o MM. Juiz sentenciante julgou improcedente o pedido inicial e condenou o requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado, busca o apelante a reforma da decisão, argumentando, em preliminar, que, apesar de ter efetuado o preparo do recurso, se encontra impossibilitado de arcar com os honorários arbitrados, razão pela qual pugna pela concessão da gratuidade judiciária.

Sustenta que as provas testemunhais são suficientes para a procedência do pedido, já que o autor não agiu de má-fé ao deixar as chaves na ignição e não houve o agravamento intencional, tratando-se tão somente de um descuido não habitual.

Colaciona diversos julgados que corroboram a sua tese e, ao final, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença singular, julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

Preparo regular à f. 199.

Contrarrazões acostadas às f. 203/220.

Eis o relato do essencial.

Presentes os seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Considerando, preliminarmente, o pedido de justiça gratuita e que, em qualquer momento processual, pode a parte pleitear esse benefício legal, bastando para tanto pedido expresso, farei a análise.

A meu ver, o recolhimento das custas é ato incompatível com o pedido de justiça gratuita, já que se contrapõe à alegação de ausência de condições para arcar com as despesas processuais.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça:

Ação de execução de obrigação de fazer. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Ausência de comprovação de sua hipossuficiência financeira. Impossibilidade de deferimento. Pagamento do preparo. Ato incompatível. - A presunção de pobreza imposta pelo art. 4º da Lei nº 1.060/50 não é absoluta, e, assim, o pagamento do preparo de recurso é ato incompatível com quem alega não ter condições de suportar as custas dos processos. - Não comprovando a pessoa jurídica sua efetiva hipossuficiência financeira, resta impossibilitada a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Agravo não provido (TJMG - Processo nº 1.0525.07.122345-3/001 - Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira - j. em 27.11.2007) (Extraído do site: <www.tjmg.gov.br>).

Justiça gratuita. Recolhimento de custas. Ato incompatível com o pedido. - Se a parte pratica ato incompatível com o afirmado estado de pobreza, efetuando o pagamento das custas prévias, não se lhe podem ser deferidos os benefícios da justiça gratuita (TJMG - Processo nº 1.0701.06.162871-8/001 - Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - j. em 06.02.2007) (Extraído do site: <www.tjmg.gov.br>).

Assim, infere-se que, tendo o apelante condição de efetuar o preparo do presente recurso, poderá suportar as demais despesas decorrentes do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, não se justificando, dessa forma, a concessão da assistência judiciária postulada.

Com tais considerações, indefiro o pedido preliminar. Mérito.

Tem-se dos autos que Milton Antunes dos Santos firmou contrato com Sul América Companhia Nacional de Seguros, visando garantir eventuais danos, roubo e furto do veículo, marca GM/D20, Custom de Luxe, 2003, placa GMD-4342, de sua propriedade.

No dia 16.05.2013, o autor estacionou seu veículo em frente à sua empresa para apanhar dinheiro para abastecê-lo, tendo se deparado com um cliente que aguardava atendimento, permanecendo no interior do estabelecimento por cerca de 30 minutos.

Na oportunidade, o veículo foi furtado, encontrando-se aberto e com as chaves na ignição.

Ante a negativa de ressarcimento pela seguradora ré, o autor, ora apelante, ajuizou contra ela ação de cobrança dos danos sofridos.

A seguradora se negou a pagar, considerando a excludente do manual do segurado, descrita no item 2.13, vigente a partir de 17.06.2012.

Afirma o autor não ter agido de má-fé e tampouco contribuído para o agravamento do resultado.

Vislumbra-se da cláusula 2.13 do manual do segurado:

2.1. Quando o segurado perde seus direitos.

[...]

O segurado está obrigado a comunicar à sociedade seguradora, logo que saiba, qualquer fato suscetível de agravar o risco coberto, sob pena de perder o direito à indenização, se ficar comprovado que silenciou-se de má-fé.

Se a inexistência ou omissão nas declarações não resultar da má-fé do segurado, a Sul América poderá:

[...]

b) por ação ou omissão, agravar intencionalmente o risco objeto do contrato; exemplificativamente como: deixando a chave no interior do veículo, deixando de trancá-lo, dirigindo-o sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; [...].

Com efeito, estando prevista expressamente cláusula limitativa do risco, e não se cogitando ser ela abusiva, insta verificar a sua ocorrência.

O fato encontra-se anotado no boletim de ocorrência policial (f. 20/23 cópias), de onde se extrai do campo histórico da ocorrência o seguinte:

[...] que teria deixado o veículo aberto e a chave no contato (ignição); que, após, aproximadamente, 30 ou 40 minutos, ao olhar onde estava o veículo, notou a sua falta; que seu veículo havia sido furtado [...].

Os depoimentos colhidos, às f. 147/148, apontam que o autor deixou as chaves na ignição, embora não o tenha feito de má-fé.

Apesar de não ter o apelante agido com a intenção de possibilitar maior chance de ocorrência do risco coberto, aumentando a responsabilidade do segurador, o fez alterando a relação contratual predeterminada na celebração do contrato de seguro, prevista na apólice.

Ressalto que o art. 768 do Código Civil determina que: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.”

Essa norma deve ser compreendida em seus exatos termos.

A expressão “agravar intencionalmente” tem o significado de tornar mais grave, com intenção de o fazer, razão pela qual devem ser observados os efeitos desses atos para o agravamento do risco. Cumpre salientar que o segurado não desejou a ocorrência do risco, fato que levaria à perda da boa-fé e do equilíbrio contratual entre as partes.

Destarte, a meu sentir, dúvidas não restam quanto ao fato de ter o autor agido com desídia, ao deixar seu veículo aberto e com as chaves por, aproximadamente, 40 minutos, tempo que, lamentavelmente, aumentou o risco para a ocorrência do furto.

Caberia ao autor, ao ter conhecimento de que o veículo permaneceria em situação vulnerável ao furto por um tempo maior do que o previsto, ter se dirigido até lá para buscar a chave e trancá-lo; porém, não o fez, assumindo os riscos e a responsabilidade de sua conduta, o que ora busca transferir à ré.

A propósito:

Apelação cível. Ação de cobrança. Indenização securitária. Furto de trator e de implemento agrícola acoplado. Prestação de informação inverídica acerca da utilização no momento

da celebração do contrato de seguro. Ofensa ao princípio da boa-fé. Trator deixado, a pedido de preposto da seguradora, com as chaves na ignição, para pernoite em pátio aberto de lava a jato. Causa eficiente do furto. Agravamento do risco. Comprovação. Pagamento do capital segurado. Fato impeditivo. Obrigação de indenizar não configurada. - Tendo em vista que a autora omitiu, quando da celebração da apólice, informações relevantes acerca da utilização dos bens segurados, tal conduta, considerando a natureza do negócio jurídico, configura inconscusa infringência ao princípio da boa-fé. - É de convir que a legislação civil pátria impõe aos contratantes, tanto na fase pré-contratual, como também na conclusão e execução do contrato, a observância de um parâmetro de conduta ética pautada pela probidade e boa-fé, a fim de que o contrato atinja sua função social, e, ao mesmo tempo, atenda às legítimas expectativas das partes. Destarte, se a seguradora tinha plena ciência, no ato da contratação, de que os equipamentos segurados seriam objeto de locação, o fato de não declará-lo à requerida afronta, sem dúvida, o princípio da boa-fé contratual e implica agravamento do risco contratado. - Segundo a hodierna jurisprudência do colendo STJ, Corte responsável pela uniformização da interpretação das normas infraconstitucionais, nas hipóteses em que existir comprovação de agravamento do risco por parte do segurado, a título de dolo ou culpa grave, será legítima a recusa ao pagamento da indenização securitária. - Da análise do acervo probatório constante dos autos, é de se concluir, sem medo de errar, que a seguradora, por meio de seu preposto, contribuiu, de forma decisiva, para o advento do risco do contrato, através de culpa grave, ao permitir que o trator pernoitasse em terreno ermo com as chaves na ignição. - Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não prospera a irresignação recursal da requerente (TJMG - Apelação Cível 1.0702.10.084428-2/001 - 17ª Câmara Cível - Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha - p. em 1º.122015).

Assim, por ter o autor deixado as chaves na ignição e o veículo aberto, consciente do tempo que a situação perduraria, por si só, já representa um risco ao objeto do contrato.

Destarte, esse fato isenta a seguradora, ora apelada, do pagamento, conforme se infere da cláusula 2.13 do documento de f. 65/122, denominado manual do segurado.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Por conseguinte, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários de sucumbência com os quais a autora deverá arcar em 20% sobre o valor da causa.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de reparação de danos materiais e morais - Ônus da prova - Boletim de ocorrência - Ausência de testemunhas - Declaração unilateral

Ementa: Apelação cível. Reparação civil. Roubo ocorrido fora da agência bancária. Não comprovação do fato e de sua dinâmica. Dever de indenizar inexistente.

- Para a apuração de eventual falha na prestação de serviços pela instituição financeira e de seu consequente dever de indenizar, mostra-se imprescindível a comprovação da ocorrência do evento danoso e da dinâmica dos acontecimentos.

- A ocorrência do evento danoso deve ser comprovada pelo autor, consumidor, não estando dentre aqueles fatos cuja prova deva ser imputada ao réu, fornecedor.

- Não comprovando o autor os fatos constitutivos de seu direito, ônus que lhe incumbia, não há falar em dever de reparação dos danos pela empresa demandada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.14.003964-8/002 - Comarca de Montes Claros - Apelantes: 1º) Banco do Brasil S.A.; 2º) Roberto dos Santos Freitas - Apelados: Roberto dos Santos Freitas, Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. VASCONCELOS LINS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E JULGAR PREJUDICADA A SEGUNDA APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2016. - Vasconcelos Lins - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VASCONCELOS LINS - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Banco do Brasil S.A. e Roberto dos Santos Freitas, por meio dos quais buscam a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Varginha (f. 103/106-v.), que, em ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada pelo segundo em face do primeiro, julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou o réu a pagar ao autor o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente pela tabela da CGJ, a contar da sentença, e com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso. Condenou ainda o demandado a pagar ao autor a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais) pelos danos materiais suportados, corrigidos monetariamente pela tabela da CGJ, a partir do evento danoso e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Em razão da sucumbência, imputou ao réu o pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões, salienta o primeiro apelante que, para a reparação civil, mostra-se necessária a presença do ato ilícito, do dano e do nexo causal entres eles.

Afirma não ter havido falha na prestação de seus serviços, inexistindo qualquer conduta a ele imputável ensejadora do dever de indenizar.

Alega que o autor não comprovou os fatos descritos na inicial, tampouco os danos deles decorrentes, tendo apenas realizado alegações esparsas, sem qualquer cunho probatório.

Aduz, em argumentação secundária, que o valor arbitrado a título de danos morais se mostra excessivo, ferindo a razoabilidade e a proporcionalidade.

Enfatiza a inexistência de qualquer conduta ilícita por ele praticada ensejadora do dever de reparar os danos eventualmente suportados pelo autor.

Requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos iniciais.

O segundo apelante, por sua vez, sustenta que o valor fixado a título de danos morais não é suficiente para reparar os danos sofridos, pois não atende aos critérios da razoabilidade, da proporcionalidade e do caráter punitivo, estando em desconformidade com os valores usualmente fixados pelos tribunais pátrios em hipóteses semelhantes, e defende a necessidade de sua majoração para a quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Argumenta que a majoração do valor arbitrado a título de danos morais também se justifica em razão da grotesca falha cometida pelo requerido, que possui obrigação de zelar pela segurança de seus clientes.

Com esses fundamentos, requer o provimento do recurso para que seja parcialmente reformada a sentença e majorados os valores fixados a título de danos morais para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Devidamente intimados, apenas o segundo apelante apresentou contrarrazões, refutando as alegações do primeiro recorrente e pugnando pelo desprovimento da primeira apelação (f. 202/208).

É o relatório.

Os recursos satisfazem os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, quais sejam o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, bem como atendem às condições extrínsecas, vale dizer, a tempestividade, o preparo e a regularidade formal, razão pela qual deles conheço e passo ao julgamento conjunto do mérito recursal.

Cinge-se a controvérsia à existência do dever de indenizar do requerido em razão dos fatos descritos na petição inicial pelo autor - suposto roubo ocorrido fora da agência bancária.

No exame dos autos, verifica-se que o autor alega que se dirigiu até a agência bancária do requerido para efetuar um saque no valor de R\$5.000,00 e realizar o pagamento de suas contas.

Afirma que foi impossibilitado de proceder ao pagamento das contas no caixa, tendo realizado apenas o saque da quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e, posteriormente, se dirigido aos caixas eletrônicos para o pagamento das respectivas contas.

Aduz que, logo após ter saído da agência bancária, foi abordado por um sujeito que, mediante emprego de arma de fogo, roubou a quantia de R\$5.000,00 recém-sacada. Confira-se:

Após realizar as transações devidas, para a infelicidade do requerente, assim que atravessou a porta de vidro do banco requerido sem sequer descer os degraus da agência bancária, ou seja, sem completar sequer três passos após ultrapassar a porta da agência bancária, o autor foi surpreendido por um assaltante que, mediante grave ameaça de arma de fogo, roubou a quantia recém-sacada.

Todavia, ao exame do acervo probatório encartado aos autos, verifica-se que o autor não prova os fatos narrados na inicial, inexistindo a comprovação quanto ao roubo realizado, a sua dinâmica e a ocorrência do evento nas proximidades da agência bancária.

É certo que, para a apuração de eventual falha na prestação de serviços pelo réu e de seu consequente dever de indenizar, mostra-se imprescindível a comprovação da ocorrência do evento danoso e da dinâmica dos acontecimentos, ônus do qual não se desincumbiu o autor, que nem sequer ouviu testemunhas em juízo.

Ressalte-se que não se presta a tal desiderato o Boletim de Ocorrência juntado à f. 16, porquanto este fora redigido apenas com base em informações unilaterais prestadas pelo autor em momento posterior à suposta ocorrência do roubo, inexistindo relato de autoridade policial ou de qualquer testemunha que tenha presenciado o fato.

Além disso, a narrativa fática nele constante, que - frise-se -, é unilateral, mostra-se um pouco diversa da descrição feita na petição inicial, sobretudo quanto ao momento e à forma da abordagem dos supostos meliantes. Veja-se:

[...] Quando saiu da agência e se direcionou rumo a seu veículo automotor (de frente à agência bancária). Neste momento, chegou uma moto preta, provavelmente Titan com dois ocupantes, tendo o garupa descido da moto com uma arma em punho ('tipo pistola preta automática') 'dá o dinheiro que eu sei', colocando a mão no bolso do Sr. Roberto e puxou. [...].

Nem se diga que, na hipótese *sub judice*, seria o caso de inversão do *onus probandi*, pois a ocorrência do evento danoso deve ser comprovada pelo autor, consumidor, não estando dentre aqueles fatos cuja prova deva ser imputada ao réu, pois mostra-se como antecedente

à análise quanto à eventual falha dos serviços prestados ensejadora do dever de indenizar.

Demais disso, também não há, nos autos, comprovação da quantia supostamente roubada, uma vez que o próprio autor afirma que sacou o dinheiro e efetuou o pagamento de contas nos caixas eletrônicos, não tendo demonstrado que não utilizou o dinheiro sacado para efetuar tais pagamentos, prova esta muito fácil de ter sido produzida por meio de um simples extrato retirado no próprio caixa eletrônico, que seria apto a demonstrar que os pagamentos foram efetivados por via de débito em conta.

Ao revés, o comprovante juntado pelo autor, à f. 14, comprova que pelo menos uma dessas contas foi quitada em dinheiro.

Assim sendo, aplica-se ao caso a regra geral enunciada no art. 333, I, do CPC/73, reproduzida no art. 373, I, do CPC/15, segundo a qual é do autor o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito. E, como não se desincumbiu desse ônus no caso, é forçoso julgar improcedentes os pedidos iniciais.

A propósito, em caso análogo, assim decidiu este Tribunal de Justiça:

Apelação cível. 'Saidinha de banco'. Responsabilização da instituição financeira. Não cabimento. Ausência de prova de saque, do local do roubo e de correlação entre o alegado assalto e suposta falta de cuidado com a segurança na agência bancária. - Se não há prova do saque, se não há prova do uso de celular por terceiros na agência bancária, se não há prova do local do crime e se não há prova da quantia supostamente subtraída, torna-se impossível responsabilizar o banco pelo assalto havido, sendo de se considerar que um assalto, em via pública, ainda que após uma ida a uma agência bancária, não faz com que a instituição financeira possa ser responsabilizada, salvo se relacionado o assalto com falta de privacidade e segurança na agência bancária, a permitir o delito popularmente conhecido por 'saidinha de banco' (TJMG - Apelação Cível 1.0079.12.052859-5/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 17.12.2015, p. em 26.01.2016).

E, uma vez afastado o dever de indenizar do primeiro apelante, o que induz a reforma da sentença de primeiro grau, resta prejudicada a análise da segunda apelação, cujo objeto é a majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Em face do exposto, dou provimento à primeira apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais. Por via de consequência, julgo prejudicada a segunda apelação.

Por via de consequência, inverte os ônus de sucumbência fixados em primeiro grau e condeno o segundo apelante ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais majoro para 10% do valor atribuído à causa, forte no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015, suspensa a exigibilidade das cobranças por litigar o primeiro recorrente sob o pálio da gratuidade judicial.

Custas recursais, pelo primeiro apelante, observada a suspensão da cobrança.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARNALDO MACIEL e JOÃO CÂNCIO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E JULGARAM PREJUDICADA A SEGUNDA APELAÇÃO.

...

Consignação em pagamento - Legitimidade passiva *ad causam* - Legitimado a receber - Dúvida - Pertinência subjetiva - Depósito

Ementa: Apelação cível. Ação de consignação em pagamento. Legitimidade passiva *ad causam*. Dúvida acerca do legitimado a receber. Pertinência subjetiva caracterizada. Depósito suficiente. Consignação procedente.

- A legitimidade *ad causam* deve ser analisada com base nos elementos da lide, à luz da situação afirmada da demanda, relacionando-se com o próprio direito de ação, autônomo e abstrato, afastando-se do conteúdo da relação jurídica material deduzida em juízo.

- O depósito judicial em conformidade com o valor constante na nota fiscal é suficiente para fazer frente à ação consignatória, com vistas à desconstituição do devedor em mora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0637.11.004099-4/001 - Comarca de São Lourenço - Apelantes: 1º) Petróleo Brasileiro S.A.; 2º) Petrobrás Distribuidora S.A. - Apelada: Agrosul Rações Ltda. - ME - Relator: DES. PEDRO ALEIXO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA E À SEGUNDA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - Pedro Aleixo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO ALEIXO - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Petróleo Brasileiro S.A. e Petrobrás Distribuidora S.A. contra a r. sentença de f. 101/104, proferida nos autos da ação de consignação em pagamento ajuizada por Agrosul Rações Ltda. - ME, que julgou procedente o pedido inicial, declarando extinta a obrigação em relação a ambas as empresas requeridas, estabelecendo que o pagamento consignado

seja feito à empresa Petrobrás Distribuidora S.A., com os respectivos acréscimos.

Condenou ambas as rés no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, a ré Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás (1ª apelante) apresentou recurso de apelação às f. 105/108, sustentando que não possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda.

Alega que, à luz dos fatos narrados, tanto nos autos quanto no próprio relatório da sentença, inexistia qualquer “confusão” entre as duas empresas rés, sendo certo que o que ocorreu foi um procedimento eventual de retirada de produto em base da Petrobrás, o que não implica a conclusão de que as empresas se confundem.

Ressalta que inexistia previsão legal que autorize a aplicação de solidariedade ou de subsidiariedade na condenação em casos de consignação em pagamento.

Pugna pela reforma da r. sentença, para que seja declarada parte ilegítima na demanda.

Preparo à f. 112.

A ré Petrobrás Distribuidora S.A. (2ª apelante) também recorre às f. 113/117, pleiteando a reforma da r. sentença, sob o fundamento de que o depósito judicial realizado pela autora não deve ser acolhido, haja vista que a monta não equivale ao real valor devido.

Assevera que a autora utilizou somente a nota com o menor valor para propor a presente ação de consignação, mesmo sabendo que não confere com o valor negociado pelo produto, o que gera dúvidas sobre sua intenção.

Aduz ser permitido requerer o saldo remanescente para a satisfação da ação, nos termos do art. 545, § 1º, do NCPC, e que, de acordo com entendimento do STJ, de igual modo é permitido o levantamento do depósito e condenação do consignante ao pagamento da dívida remanescente.

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de que seja reconhecido o real valor da obrigação, qual seja o montante de R\$13.816,40, permitindo-lhe levantar a quantia depositada, bem como prosseguir com o processo no que tange à monta remanescente, devidamente corrigida, atualizada e acrescida com as despesas de protesto, até a data do efetivo pagamento.

Preparo às f. 118/119.

Contrarrazões às f. 120/124.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Tendo em vista o teor dos argumentos externados pelas partes, os apelos serão apreciados e decididos de maneira simultânea.

Cinge-se a controvérsia a aferir se a 1ª apelante possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, bem como analisar se o montante depositado em juízo pelo autor é suficiente para extinguir a sua obrigação.

A legitimidade afere-se tendo em vista a pertinência subjetiva para a demanda, isto é, leva-se em conta a relação dos litigantes com o direito material judicializado.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior:

Parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois, se tal não ocorrer, o processo se extinguirá sem resolução do mérito (art. 267, VI) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 68).

No caso dos autos, embora com a manifestação das rés sobre a dúvida de qual empresa é realmente a credora, tal questão apresentava-se obscura quando do ajuizamento da ação, visto que a autora possuía duas notas fiscais referentes à compra de um mesmo produto, sendo uma emitida pela 1ª ré (f. 16) e outra emitida pela 2ª ré (f. 17).

Portanto, entendo que foi demonstrada a legitimidade da 1ª ré, razão por que a sentença recorrida merece ser mantida quanto a esse ponto.

No que tange à alegação da 2ª apelante, de insuficiência do valor depositado pela autora, melhor sorte não lhe assiste.

Isso porque não comprovou a sua alegação de que o valor correto seria R\$13.403,00, e não o valor consignado de R\$11.090,00. Por outro lado, a autora comprovou que o valor devido é o depositado em juízo, pelas notas fiscais juntadas às f. 16 e 17, que dão conta de que o valor da compra é o mesmo da quantia consignada (f. 23).

Isso posto, nego provimento ao primeiro e segundo recursos, mantendo hígida a r. sentença, por seus próprios fundamentos jurídicos.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÕES.

...

Alienação fiduciária - Devedora em recuperação judicial - Busca e apreensão do bem - Bem alienado fiduciariamente essencial à atividade do devedor - Venda ou retirada do estabelecimento do devedor - Impossibilidade - Observância ao princípio da preservação da empresa - Arts. 6º e 47 da Lei nº 11.101/05 - Inteligência

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Devedora em recuperação judicial. Essencialidade do bem alienado fiduciariamente. Reconhecimento. Venda ou retirada do estabelecimento do devedor. Impossibilidade. Observância ao princípio da preservação da empresa.

- Por força do art. 6º da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), todas as ações e execuções que tramitam em face do devedor (recuperando) terão seu curso suspenso pelo prazo improrrogável de 180 dias.

- Os efeitos da suspensão de que trata o art. 6º da Lei nº 11.101/05 não se estendem aos credores fiduciários, o que autoriza o prosseguimento do processo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Contudo, a parte final do referido dispositivo veda, expressamente, a venda ou a retirada do bem do estabelecimento do devedor, nos casos em que ele se mostrar essencial ao desempenho da atividade empresarial. Deve ser observado, portanto, o princípio da preservação da empresa, consagrado no art. 47 da Lei nº 11.101/05.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0042.16.004128-3/001 - Comarca de Arcos - Agravante: Banco Mercedes-Benz do Brasil S/A - Agravado: Centro Oeste Transporte e Comércio de Calcário Ltda. - Relator: DES. JOSÉ ARTHUR FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2016. - José Arthur Filho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Banco Mercedes-Benz do Brasil S.A. contra decisão de f. 123-TJ, proferida nos autos da ação de busca e apreensão ajuizada por si em face de Centro Oeste Transporte e Comércio de Calcário-ME, que indeferiu o pleito de busca e apreensão e determinou a suspensão da

ação por 180 (cento e oitenta) dias, em observância ao § 4º do art. 6º da Lei nº 11.101/05.

Em suas razões recursais, o agravante requer a reforma da decisão recorrida, sob o fundamento, em síntese, de que os contratos de alienação fiduciária, objeto de ação de execução/busca e apreensão, não são afetados pelos efeitos da recuperação judicial do devedor, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei de Falências.

Pugna, nesse contexto, pela concessão de efeito suspensivo recursal e, ao final, pelo provimento do presente recurso, revogando-se a decisão recorrida.

Preparo regular à f. 130-TJ.

O recurso foi recebido pela decisão de f. 135/136-TJ, oportunidade em que foi indeferido o pedido de efeito suspensivo recursal.

Contraminuta às f.139/155-TJ.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a presente controvérsia a analisar a possibilidade de reforma da decisão agravada, deferindo-se a medida liminar de busca e apreensão do bem objeto do contrato de alienação fiduciária firmado entre as partes.

Inicialmente imperioso destacar que a empresa agravada se encontra em recuperação judicial desde 02.08.2016, data em que teve seu plano deferido nos Autos nº 0042.16.003572-3 (f. 148/149-TJ).

Com efeito, por força do art. 6º da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), todas as ações e execuções que tramitam em face do devedor (recuperando), terão seu curso suspenso pelo prazo improrrogável de 180 dias, *in verbis*:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...]

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Contudo, o mesmo preceito legal relativiza os efeitos da citada suspensão em benefício de credores específicos, como é o caso dos credores fiduciários.

Confira-se:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações

imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

De tal forma, os efeitos da suspensão de que trata o art. 6º da Lei nº 11.101/05 não se estendem aos credores fiduciários, o que autoriza o prosseguimento do processo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Contudo, a parte final do referido dispositivo veda, expressamente, a venda ou a retirada do bem do estabelecimento do devedor, nos casos em que ele se mostrar essencial ao desempenho da atividade empresarial.

Tal excepcionalidade encontra razão de ser no “princípio da preservação da empresa”, consagrado nos ditames do art. 47 da Lei nº 11.101/05, que diz:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse prisma, não haveria razoabilidade em autorizar a retomada de bem essencial ao desempenho da atividade empresarial durante o período de recuperação, sob pena de inviabilizar o cumprimento do plano e, conseqüentemente, levar ao perecimento da empresa.

Acerca do tema, trago à baila o entendimento jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de recuperação judicial. Inclusão dos contratos de alienação fiduciária no plano de recuperação judicial. Impossibilidade. Suspensão das ações de busca e apreensão intentadas pelos credores fiduciários. Possibilidade. Bens essenciais à atividade empresarial. Princípio da preservação da empresa - Recurso parcialmente provido. I - Nos termos do art. 49, § 3º, da Lei 11.101, o crédito fiduciário não se sujeita ao plano de recuperação judicial. II - Não obstante, em sua parte final, o § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 também estabelece que não é permitida, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º do mesmo diploma normativo, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0090.15.000553-7/002, Rel. Des. Wilson Benevides, 7ª Câmara Cível, j. em 30.08.2016, p. em 06.09.2016).

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Devedor em recuperação judicial. Suspensão do processo. Impossibilidade. Nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, os bens da empresa que forem objeto de alienação fiduciária não estão abrangidos

pela recuperação judicial, salvo se forem considerados bens essenciais à atividade empresarial (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0598.14.002436-8/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, j. em 11.08.2016, p. em 24.08.2016).

E não é outro o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Agravo regimental. Liminar. Conflito de competência. Dúvida acerca da competência para o julgamento do pedido de recuperação judicial. Prazo de suspensão de 180 dias excedido. Contrato de compra e venda com reserva de domínio. Manutenção dos bens objeto do contrato na posse do devedor. Excesso de prazo não atribuível ao devedor. 1. Nos termos do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, sendo vedada, porém, a retirada dos bens objeto do contrato do estabelecimento do devedor, no prazo de 180 dias a que alude o art. 6º, § 4º, da mesma lei. 2. Essa proibição de retirada dos bens do estabelecimento do devedor tem como objetivo manter a atividade produtiva da sociedade ao menos até a votação do plano de recuperação judicial. [...] (AgRg no CC 119.337/MG, Rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. em 08.02.2012, DJe 23.02.2012).

No presente caso, o agravante alienou fiduciariamente à agravada um caminhão da marca Mercedes Benz, modelo 2544-S (AXOR) 6x2 3E DIES, 2P básico, ano de fabricação/modelo 2013, a ser pago em 57 prestações, o qual é utilizado para a realização da atividade-fim da empresa agravada.

Com efeito, analisando a cláusula segunda do contrato social da empresa Centro Oeste Transportes e Comércio de Calcário Ltda. (f. 51), observa-se que seu objetivo social é:

Cláusula segunda - do objetivo social: A sociedade terá como objetivo social o de prestação de serviços de transportes rodoviários de cargas em geral, de limpeza e terraplanagem em geral com máquinas, veículos automotores e caçambas, bem como o comércio varejista de calcário, brita, cal e outros produtos derivados da pedra calcária.

Logo, não se olvida que a atividade prestada pela empresa depende diretamente da utilização do veículo (caminhão) adquirido junto à agravante, o que afasta qualquer discussão acerca da indubitável essencialidade do bem para o devido prosseguimento do processo de recuperação judicial.

Em outras palavras, permitir a retirada do objeto do estabelecimento comercial da empresa recorrida inviabilizaria o prosseguimento do plano de recuperação judicial, uma vez que impossibilitaria o exercício regular de sua atividade fim, a qual é a principal fonte de lucro da agravada.

Destarte, embora os efeitos suspensivos da recuperação judicial não atinjam o agravante, pelo fato de ser

ele credor fiduciário, é certo que bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de busca e apreensão no atual momento, dado seu caráter essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais, nos termos da parte final do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização por danos morais - Transferência de servidor público - Mudança de setor - Ato discricionário da Administração Pública - Atividade administrativa - Mérito administrativo - Poder Judiciário - Legalidade - Ausência de abuso de poder

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Servidor público. Transferência de setor. Mérito administrativo. Interferência do Judiciário. Impossibilidade. Danos morais. Não configuração. Recurso a que se nega provimento.

- A transferência de servidores públicos de um setor para outro, bem como a alteração do local de trabalho são atos afetos à discricionariedade da Administração Pública.

- O exame do ato administrativo pelo Judiciário limita-se ao controle da legalidade e de abuso de poder da autoridade, não lhe sendo permitido apreciar seu mérito, analisando critérios de conveniência e oportunidade.

- Na ação de indenização por danos morais, exige-se que a parte autora faça provas do fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.15.004591-7/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Ewerton de Almeida - Apelado: Município de Cambuí - Interessado: Dirceu Marques Dias - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2016. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 119/123, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Cambuí, que, nos Autos nº 0106.15.004591-7, julgou extinto o processo sem resolução do mérito em relação ao segundo réu e quanto ao pedido de obrigação de fazer, e improcedente o pedido para condenação do primeiro réu a pagar ao autor danos morais.

Em razões recursais de f. 127/130, o recorrente afirma serem devidos os danos morais sofridos devido ao fato de que foi transferido sem a sua vontade, sendo ilegal o ato administrativo.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 134/140.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos seus requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A transferência de servidores públicos de um setor para outro, bem como a alteração do horário de trabalho são questões que dizem respeito à discricionariedade do Poder Público. O ato de transferência deve levar em conta os critérios de oportunidade e conveniência da Administração, não cabendo ao Judiciário interferir no chamado mérito administrativo.

Ora, cedejo que o controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário se restringe ao exame da legalidade e legitimidade, não podendo intervir no mérito administrativo (oportunidade e conveniência), sob pena de violação de cláusula pétrea da Constituição Federal, que impõe a separação dos Poderes.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

Agravo de instrumento. Servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Pedido de remoção por interesse particular. Ausência de interesse público. Legitimidade do ato administrativo. Antecipação dos efeitos da tutela. Requisitos não demonstrados. Recurso desprovido. - 1. A remoção do servidor público é ato discricionário da Administração Pública, condicionado ao interesse da administração e à existência de vagas. 2. Ausente a verossimilhança das alegações, o indeferimento da tutela antecipada é medida que se impõe. 3. Recurso desprovido (TJMG Agravo de Instrumento Cível 1.0702.13.004537-1/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 28.05.2013, p. em 07.06.2013).

Na ação de indenização por danos morais, exige-se que a parte autora faça provas do fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.

No caso específico dos autos, não restou cabalmente demonstrada a ofensa a este bem jurídico imaterial, como um complexo estruturado nos sentimentos, na dignidade e na honradez da autora.

No presente caso, conforme se verifica à f. 44, o cargo do autor poderá ser exercido na delegacia de polícia, conforme determina a Lei municipal

nº 1.437/1998. Dessa forma, dada a ausência de ilegalidade ou abuso de poder pelo administrador, não há como acolher a pretensão deduzida no recurso.

Forte nesses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela parte apelante, respeitada a gratuidade de justiça ora concedida.

Com fulcro no art. 85, § 11, condeno o recorrente aos honorários advocatícios recursais, que ora fixo em R\$150,00.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e OLIVEIRA FIRMO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Espólio - Devedor falecido anteriormente
ao ajuizamento da ação - Inclusão dos
sucessores - Alteração do polo passivo -
Vedação nos termos da Súmula 392/STJ**

Ementa: Devedor falecido antes do ajuizamento da ação. Alteração do polo passivo. Inclusão dos sucessores/espólio. Impossibilidade. Inteligência da Súmula nº 392/STJ. Extinção do feito sem julgamento de mérito.

- A dicção da Súmula 392 do STJ exterioriza a regra de que “a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.

- Falecendo o devedor antes do ajuizamento da ação, o feito executivo não pode ser redirecionado contra os sucessores, por visar a execução cobrança de créditos tributários constituídos após a sua morte (Precedentes do STJ e deste TJMG).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0567.13.004689-7/001 - Comarca de Sabará - Apelante: IEF/MG Instituto Estadual de Florestas do Estado de Minas Gerais - Apelado: espólio de José Martins Ferreira - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - *Washington Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Instituto Estadual de Florestas do Estado de Minas Gerais - IEF contra a sentença de f. 25/26 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e de Execuções Fiscais de Sabará/MG, que, nos autos da execução fiscal movida contra José Martins Ferreira, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC/73.

O IEF/MG, em suas razões recursais (f. 31/34), pretendendo a reforma da sentença, afirma que os créditos foram constituídos no ano de 2009, sendo que o falecimento do devedor ocorreu somente em 2010. Diz que “o patrimônio do devedor responde pela dívida, uma vez que o espólio é uma universalidade de bens e direitos, responsável por obrigações da pessoa falecida” (f. 34). Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, a fim de incluir o espólio no polo passivo da presente ação.

O recurso foi recebido em seu duplo efeito (f. 59).

Dispensado o preparo, nos termos do art. 10, inciso I, da Lei nº 14.939, de 2003.

Após, os autos foram remetidos a este Tribunal para julgamento do recurso.

Não se verifica interesse público na causa que justifique a intervenção da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, destaco que, apesar de o julgamento ser realizado na vigência do Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - (NCPC), o feito será analisado segundo o CPC de 1973. Isso encontra coerência com o art. 14 do NCPC, com o Enunciado nº 54 deste egrégio TJMG e com o entendimento do colendo STJ, a exemplo do externado nos julgamentos do AgRg no REsp nº 1.574.932/PE e nos EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em REsp nº 623.886/BA.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação e, diante da inexistência de preliminares, passo, desde já, à análise do *meritum causae*.

Mérito.

Atento aos limites das razões recursais, a discussão envolve a possibilidade (ou não) de a execução ser direcionada ao espólio do devedor.

Pois bem.

Como se sabe, o art. 202 do CTN e o art. 2º, § 5º, da Lei de Execuções Fiscais trazem disciplina sobre os elementos obrigatórios do termo de inscrição da dívida ativa:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

[...]

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

A própria ação, lastreada em Certidão de Dívida Ativa - CDA, regularmente inscrita, depende das condições relacionadas à legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

Oportuna a lição de J. B. Torres de Albuquerque e Orlando Fida:

A Fazenda Pública munida com o título executivo - Certidão de Dívida Ativa -, está apta para postular o exercício da obrigação tributária que se lhe é atribuída na Certidão de Dívida Ativa, regularmente inscrita.

Todavia, ensina o festejado Antonio Carlos C. e Silva, para que o seu pedido possa despertar o conhecimento do Juiz Executor é mister que o exercício do direito de ação esteja autorizado pela verificação das condições que, no sistema processual vigente, garante ao proponente o direito a pretender uma tutela jurisdicional.

Assim, observa Liebman, o pedido do autor, para merecer a atenção do juiz, deve oferecer alguns requisitos, cuja falta autoriza o juiz a recusar-lhe o conhecimento. As condições da ação, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide somente pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito.

Desta forma os requisitos se nos deparam na seguinte ordem: A - possibilidade jurídica do pedido - que o pedido seja possível e se encontra em perfeita adequação legal.

B - legitimidade das partes - justa causa, razão determinante e procedente, de ordem moral ou patrimonial, da presença do autor ou do réu, em juízo, para propor ou contestar uma ação.

C - interesse processual - consiste na necessidade ou conveniência atual, legítima, direta e manifesta de obter vantagem ou utilidade, moral ou econômica, exercendo ação judicial com o fim de assegurar ou restabelecer o direito próprio turbado ou violado. Essas três figuras jurídicas figuram entre as condições da ação conforme preceitua o art. 267, VI, do Código de Processo Civil (ALBUQUERQUE, J. B. Torres de; FIDA, Orlando. *Prática e jurisprudência da execução fiscal*: teoria, formulários, jurisprudência, após CF/88, legislação. 7.ed. atual. rev. Leme, São Paulo: Editora Constituição, 1992, p. 31-32).

Consoante regra expressa no art. 2º, § 8º, da Lei de Execuções Fiscais, tem-se que a existência de vício material ou formal na CDA não conduz à imediata extinção do feito. Permite-se, até a prolação da decisão de primeira instância, a emenda ou a substituição daquela.

Atente-se, nesse aspecto, à Súmula 392 do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Como se pode observar, o STJ, na referida súmula, exterioriza o entendimento de que é vedada, expressamente, a alteração e/ou mudança no polo passivo da execução. O objetivo da súmula é manter a higidez do título.

Assim, no campo fiscal, o eventual vício da CDA não significa direta e consequente irregularidade do crédito tributário, o qual permanece incólume, salvo se atingido por situações que sejam como ele, também, de direito material, exemplificando-se com a prescrição e a decadência.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 dispõe em seus artigos 43 e 265, sobre a substituição das partes e dos procuradores. Vejamos:

Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.

[...]

Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

II - pela convenção das partes;

III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

[...]

§ 1º No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso em que:

[...].

De outro lado, o CTN é expresso ao dispor:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Vide Decreto Lei nº 28, de 1966)

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Como se pode observar dos dispositivos legais supracitados, a regra é que só se pode executar aquele contra quem se tem um título executivo judicial ou extrajudicial, cabendo, em alguns casos, a substituição do devedor.

Ultrapassadas tais premissas, a substituição do polo passivo, a meu ver, não pode ser feita nos moldes postulados. Senão vejamos.

Volvendo aos autos, verifica-se que a execução fiscal foi proposta em 13.06.2013 (capa dos autos) e que o executado - José Martins Ferreira - faleceu em 19.11.2010 (f. 21).

Com efeito, o IEF/MG pretendeu a substituição do polo passivo pelo espólio do devedor, sobrevivendo, então, sentença pela extinção da ação executiva, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC/73.

Ao reverso do que alega o exequente, ora apelante, não há falar em substituição processual, pois a personalidade jurídica cessa com a morte. Logo, a ação executiva deveria ter sido ajuizada contra os sucessores ou o espólio do devedor, independentemente de o crédito de natureza não tributária ter sido constituído antes do falecimento do devedor.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 772.042/MG, de Relatoria do Ministro Olinda Menezes, (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma,, julgado em 17.12.2015, com publicação em 03.02.2016, manifestou-se especificamente sobre a impossibilidade de substituição processual, quando o óbito do devedor ocorre antes do ajuizamento da ação de execução:

Processual civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Execução fiscal. Ajuizamento posterior à data do óbito. Ilegitimidade passiva. Impossibilidade de substituição da CDA. Extinção do processo. - 1. Ajuizada a execução fiscal contra executado já falecido, mostra-se imperiosa a extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, porquanto ausente uma das condições da ação. 2. Atento ao enunciado da Súmula 392/STJ, a Fazenda Pública pode

substituir a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença de embargos, vedada, entretanto, a modificação do sujeito passivo da execução. 3. Falecido o executado, antes do ajuizamento da execução fiscal, não há que se falar em substituição da CDA, uma vez que a ação já deveria ter sido proposta em face do espólio. O redirecionamento só é possível quando a morte ocorre no curso da execução. 4. Agravo regimental desprovido.

Conclui-se, portanto, que o redirecionamento do feito executivo em desfavor do espólio só é possível quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido citado nos autos da execução fiscal.

Face o exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, nos termos do art. 39 da Lei nº 6.830, de 1980, e art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939, de 2003. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e ARMANDO FREIRE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Aquisição de veículo de luxo - Veículo automotor 4X4 - Prefeito - Procedimento licitatório - Licitação - Ato ímprobo - Ato administrativo - Ato discricionário - Mérito administrativo - Poder Judiciário - Princípio da Razoabilidade

Ementa: Apelação. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Compra de veículo para servir ao prefeito. Alegação de luxo excessivo. Ofensa aos princípios da administração pública inócurrenente. Negócio realizado dentro dos limites da razoabilidade e da discricionariedade.

- O direcionamento da licitação realizada por um Município do porte de Paraopeba/MG para a aquisição de um automóvel "SUV - Sport Utility Vehicle, motor 3,5 L, 230 CV, 6 cilindros" para uso de seu alcaide não configura elevada desmotivação do padrão do veículo adquirido (um Chevrolet Captiva Sport) por preço acessível à classe média brasileira, sendo incapaz, portanto, de justificar a afirmada violação do interesse público por desrespeito aos princípios da administração pública, desnaturando-se, assim, a improbidade prevista no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0474.09.041779-8/001 - Comarca de Paraopeba - Apelante: Marcelo Carvalho da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2016. - Peixoto Henriques - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Marcelo Carvalho da Silva se insurge, via apelação (f. 364/379), contra sentença (f. 353/357) que, dirimindo “ação civil pública por ato de improbidade administrativa” contra ele ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, condenando-o à pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, além da proibição, também por igual período, de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Condenado foi o réu, ainda, no pagamento de custas processuais. Sem honorários de sucumbência.

Em linhas gerais, o réu/apelante aduz: que descabe ao Poder Judiciário realizar o controle do mérito de atos discricionários; que o ato administrativo foi devidamente fundamentado/motivado e atende ao interesse público; que o procedimento licitatório foi regular; que em nenhum momento foi questionado o aspecto formal da aquisição (procedimento licitatório), nem há alegação de que o veículo estaria sendo utilizado para fins diversos daqueles para os quais adquirido; que, sobre a necessidade do veículo com as especificações mínimas, é fato notório que o Município tem uma área rural grande, além de sua extensão global de estradas de terra em mau estado de conservação que precisava percorrer; que a especificação que o veículo fosse um SUV, com motor de 6 cilindros e 230 cavalos diz respeito à necessidade técnica de que fosse um carro alto, preparado para estradas irregulares, com motorização forte o suficiente para enfrentar as adversidades de rodovias rurais e urbanas, garantindo a segurança da autoridade máxima do Município; que, no critério de oportunidade e conveniência da Administração, o mais conveniente não será necessariamente o mais barato, nem necessariamente o mais caro, e sim aquele que atendessem ao interesse público; que não comporta controle judicial os fundamentos do ato administrativo discricionário, tendo em vista ainda que os motivos do ato são razoáveis e em consonância com os fatos que o ensejaram, como garantir agilidade, eficiência e segurança no transporte do Prefeito, diante da grande extensão territorial do Município de Paraopeba, bem como sua área rural, que possui estradas não acessíveis aos carros convencionais; que o procedimento licitatório foi regular e vantajoso, pois o veículo foi adquirido por valor inferior ao da tabela FIPE; que, tendo em vista o princípio da eventualidade, há desproporcionalidade na

pena de suspensão dos direitos políticos por cinco anos, pois a sentença recorrida não fez análise para fixação da pena e aplicou a pena máxima, o que é contrário aos fatos do caso; que é desproporcional a pena de proibição de contratação com o Poder Público, pois não há pertinência com o caso concreto, sendo mais adequada em caso de fraude à licitação; e, enfim, que a pena aplicada de cinco anos não tem previsão legal, uma vez que o art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, no tocante à proibição de contratação, estabelece uma pena única de três anos.

Pede pelo provimento do recurso, para reformar a sentença recorrida no intuito de absolvê-lo da condenação de improbidade administrativa; ou, caso mantida a condenação e pelo princípio da eventualidade, pede seja reduzida a pena de suspensão dos direitos políticos para três anos e excluída a pena de proibição de contratação com o Poder Público, ou, ainda, mantida esta, seja reduzida para o patamar legal de três anos.

Efetuada o preparo (f. 380).

Contrarrazões apresentadas (f. 382/384v).

A d. PGJ/MG, em parecer da il. Procuradora de Justiça Reyvani Jabour Ribeiro, manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, isso tão somente para reduzir para três anos a proibição de contratar com o Poder Público (f. 390/392).

Este o relato do necessário.

Além de admissível, reputo procedente o recurso.

Cuidam os autos de “ação civil pública por ato de improbidade administrativa”, demanda ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Marcelo Carvalho da Silva, à época Prefeito de Paraopeba/MG.

Segundo o autor, noticiado lhe foi que o réu “havia determinado a compra de veículo de alto luxo para sua utilização, direcionando a licitação para tal aquisição, tendo sido instaurado o Inquérito Civil 474.09.000001-6 para apurar eventual atentado contra os princípios da Administração Pública pelo requerido”. Afirma ter sido apurado “que, de fato, houve a determinação de aquisição de veículo 4x4 [...] tendo em vista a “enorme extensão de estradas rurais e locais onde os carros convencionais tração 4x2 dificilmente conseguem acesso”. Enfatiza que, “fugindo do fundamento técnico ensejador da aquisição”, foram acrescidos, “no anexo da licitação, requisitos mínimos desarrazoados, que só se verificam em veículos de alto luxo, como a especificação de SUV - Sport Utility Vehicle, motor de 6 cilindros com mais de 3 litros e 230 cavalos de potência, elevando, desmotivadamente, a um padrão de alto luxo que não atende ao interesse público”. Sustenta violados os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em arremate, pediu a condenação do réu pela prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/1992.

Após regular instrução processual, adveio a sentença que julgou procedente o pedido inicial, para

condenar o réu à pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, além da proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, também por cinco anos.

Como cediço, defeso é ao Judiciário reexaminar os atos administrativos que não estejam eivados pela ilegalidade.

Esclarece Alexandre de Moraes: “[...] em regra, será defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade e da moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico” (*Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo: Atlas, p. 809).

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça; confira-se:

A sindicância dos atos de ofício das entidades administrativas pelo Poder Judiciário deve ater-se ao cumprimento do *due process of law*, sem invasão do mérito administrativo, salvo se infligidas sanções que escapem à razoabilidade e, *a fortiori*, à legalidade [...] (MS nº 12.040/DF, 1ª Seção/STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/10/2007 - ementa parcial).

Administrativo. [...] Ato discricionário da administração pública. Impossibilidade de o Poder Judiciário analisar o mérito administrativo. [...] II - Consoante entendimento desta Corte, é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão de diploma legal (RMS nº 19.829/PR, 5º T/STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 30.10.2006 - ementa parcial).

Convém recordar, ainda, em apertada síntese, que, se por um lado o princípio da legalidade inviabiliza qualquer atuação estatal que não esteja prevista nas normas legais, por outro o princípio da moralidade exige do administrador conduta pautada em preceitos éticos, enquanto o princípio da impessoalidade determina que o interesse público é que deve pautar a atividade administrativa e, em outro sentido, que os atos da administração não são imputáveis a quem os pratica e sim ao órgão ou entidade a que pertence, sendo que o princípio da igualdade (ou isonomia) impõe à Administração tratar como iguais os administrados que estejam na mesma situação jurídica e, por fim, que o princípio da publicidade demanda sejam publicados todos os atos administrativos, a fim de que sejam transparentes as condutas do Poder Público e que aos cidadãos seja possível aferir a legitimidade deles.

Pois bem...

No caso versado, não se discute a (i)legalidade no processo licitatório que resultou na aquisição pelo Município de Paraopeba, pelos idos de 2009, de um veículo Chevrolet Captiva Sport para uso de seu alcaide, também incontroversa a necessidade de que fosse um veículo 4x4, dada a existência de estradas de terra a compor boa parte da malha rodoviária que corta o território paraopebense.

O que sustenta o *Parquet*, em sua inicial, é que a especificação do objeto licitado (SUV - Sport Utility Vehicle, motor 3,5 L, 230 CV, 6 cilindros - v. f. 24) elevou desmotivadamente o carro a ser comprado a um padrão de luxo incompatível com os princípios norteadores da administração pública, configurando-se, assim, a improbidade do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Entretanto, fazendo o detido exame das citadas especificações, concluo que não chegam elas a tornar ímproba a compra realizada pela municipalidade.

Como explicitado na solicitação de abertura da licitação em questão, objetivando “a aquisição de 01 veículo zero quilômetro, 4x4, conforme descrição”, sua motivação “prende-se ao fato de que o município de Paraopeba possui uma enorme extensão de estradas rurais e locais onde carros convencionais tração 4x2 dificilmente conseguem acesso”, sendo “necessário a aquisição de um veículo que possa se locomover nessas condições adversas, principalmente nos períodos de chuvas intensas” e que “tal aquisição visa dotar o gabinete de maior agilidade no transporte, principalmente do chefe do executivo, sobretudo porque o veículo existente atualmente, mesmo sendo ano 2006, já está com quase 200.000 quilômetros rodados, já necessitando ser substituído” (f. 23).

Ora, além da necessidade de utilização do veículo para transitar em áreas rurais e condições adversas, impossível desprezar o fato de que o cargo de prefeito exige de seu ocupante o exercício da representação do ente público, inclusive noutras localidades, obrigando-o, muitas vezes, à recepção de autoridades civis, militares ou religiosas interessadas no desenvolvimento local ou, até mesmo, de empresários ou comerciantes interessados em investir na cidade, sendo legítima a preocupação de que, ao percorrerem o território da municipalidade, o façam com certa comodidade e segurança.

E, em se tratando de Paraopeba/MG, que se destaca no meio empresarial por ser a terra do bem sucedido homem de negócios Bernardo Mascarenhas e no meio cultural por ali ter nascido a talentosa cantadora Clara Nunes, estamos falando de um município da rica microrregião de Sete Lagoas, integrante da privilegiada mesorregião metropolitana de Belo Horizonte, e detentor de respeitável IDH (0,694 - Atlas Brasil 2013 PNUD).

Assim, destinado o veículo adquirido ao uso da mais alta autoridade administrativa daquela próspera municipalidade, sendo ele fabricado em território nacional e aqui então comercializado por preço (R\$ 102.000,00 - v. f. 21) acessível à classe média brasileira, entendo não terem sido desarrazoadas as especificações contidas no procedimento licitatório deflagrado pelo réu/apelante para sua aquisição, visto perfeitamente compatíveis com a natureza e a finalidade do transporte ou uso a que se destina.

Venhamos e convenhamos, estando afeta aos critérios de oportunidade e conveniência da administração

municipal a escolha de qual veículo adquirir para uso de seu Prefeito, sendo o modelo adquirido apropriado aos relevantes fins a que se destina e perfeitamente compatível com o porte econômico-financeiro da municipalidade, injustificável taxar sua compra de ato ímprobo ao argumento eminentemente subjetivo de que suas especificações no correspondente edital de licitação o elevaram “desmotivadamente a um padrão de alto luxo que não atende ao interesse público”.

Ressalto, mais uma vez, que não há questionamento quanto ao aspecto formal da aquisição do bem e nem tampouco que o carro, adquirido em regular procedimento licitatório, estaria sendo utilizado com escopo diverso daquele para o qual adquirido, ou seja, não há se falar em desvio de finalidade.

Em sendo razoáveis as especificações contidas no procedimento licitatório deflagrado para a aquisição de veículo destinado a atender o chefe do Poder Executivo municipal, indemonstrado o desvio de finalidade ou qualquer outra ilegalidade e estando a escolha do automóvel afeta ao poder discricionário da Administração Pública, ao Poder Judiciário, é defeso censurar sua aquisição.

Em resumo: o direcionamento da licitação realizada por um Município do porte de Paraopeba/MG para a aquisição de um automóvel “SUV - Sport Utility Vehicle, motor 3,5 L, 230 CV, 6 cilindros” para uso de seu alcaide não configura elevada desmotivação do padrão do veículo adquirido (um Chevrolet Captiva Sport) por preço acessível à classe média brasileira, sendo incapaz, portanto, de justificar a afirmada violação do interesse público por desrespeito aos princípios da administração pública, desnaturando-se, assim, a improbidade prevista no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Reformo, pois, a decisão a quo.

À mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso, o que faço para julgar improcedentes os pedidos desta ação civil pública.

Sem ônus sucumbenciais (art. 18, LACP).

É como voto.

DES. OLIVEIRA FIRMO - Senhor Presidente, acompanho o Relator no juízo de admissibilidade e no mérito, para dar provimento ao recurso, com os adinículos que seguem.

Com as vênias de estilo, estou em que a inicial deste feito não encontra substância probatória nos autos, pois resta, exclusiva, como uma peça limitada ao plano argumentativo das ideias e ideologias, sem respaldo fático. A desproporcionalidade emprestada pelo Ministério Público ao teor da aquisição do veículo pela municipalidade desafiava uma demonstração cabal de modo a destituir a típica prerrogativa de discricionariedade administrativa quanto à escolha que se fez, naturalmente observando o devido processo licitatório.

Deveras, o veículo adquirido não há de ser considerado simples, como de fato não é; mas não haveria,

necessariamente, de ser simples, como franciscanamente pretende o Ministério Público em substituição (usurpação?) à vontade do administrador público. Assim é que a alegada desproporcionalidade haveria de ser demonstrada e aferida a partir não do sentimento solipsista do acusador ou do julgador, mas à luz de dados efetivos, concretos, positivos, contábeis ou orçamentários, e nada disso há nos autos a respeito.

Aquilo que impressiona o Ministério Público acerca das qualidades excepcionais e de alto luxo do veículo adquirido, entretanto, não detém o condão de ser sinônimo de fausto e ostentação. De modo algum convence a assertiva de que a potência de um veículo possa indicar luxo.

Deve-se guardar presente, ainda, o registro de que o veículo adquirido, com as características que postas, buscava atender concomitantemente a duas necessidades, quais sejam, a de ser instrumento auxiliar de apresentação do Município (i), assim como destinar-se ao transporte do Prefeito em todo o território municipal, que contempla área rural considerável, com estradas vicinais sem pavimentação, muitas vezes de difícil trânsito para um “carro comum” (convencional), tudo considerando os 625km² (seiscentos e vinte e cinco quilômetros quadrados) de extensão territorial do Município de Paraopeba (ii). De alguma sorte, em se apresentando em situações urbanas, em eventos oficiais, no próprio Município de Paraopeba ou noutros, inclusive a Capital do Estado de Minas Gerais, por imperativo de conforto e segurança, o veículo adquirido muito bem se aprazará para a condução da autoridade requerida ou de outros.

Também é elemento de alta carga de subjetividade a expressão impressionante “alto luxo”, sem que se demonstre o significado no contexto desta ação, no ambiente em que se dão os fatos. Seriam, num veículo, itens de segurança, potência e conforto caracterizadores de itens de luxo?

Por fim, sem prova, a alegação da inicial perde muito de sua eloquência, restando quase só como uma demagógica peça de retórica.

A tudo se acresça que a sentença contém pífia argumentação de autoridade, consistente num particular conhecimento seu - da magistrada sentenciante - das mazelas que assolam o Município, além de pontificar, despropositadamente, ensinamentos administrativos ao prefeito então recentemente eleito pelo voto popular.

É o voto.

DES. WILSON BENEVIDES - De acordo com o Relator

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ameaça em ambiente doméstico - Art. 147 do CP - Autoria e materialidade comprovadas - Excludente de culpabilidade - Art. 28 do CP - Embriaguez voluntária - Descaracterização - Substituição da pena - Grave ameaça - Reincidência - Maus antecedentes - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Ameaça em âmbito doméstico. Absolvição. Impossibilidade. Embriaguez voluntária. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Inviabilidade.

- Nos termos do disposto no art. 28, II, § 1º, do Código Penal, a isenção de pena somente ocorrerá quando o agente, em razão de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

- A embriaguez voluntária descaracteriza as hipóteses excludentes de culpabilidade previstas no art. 28 do Código Penal.

- Não há como substituir a pena corporal por pena alternativa, seja porque o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa, seja porque o acusado é reincidente específico e ostenta antecedentes maculados.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0557.12.000013-7/001 - Comarca de Rio Piracicaba - Apelante: F.G.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.M.A. - Relator: DES. FLÁVIO LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2016. - Flávio Batista Leite - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação interposta por F.G.M., denunciado como incurso nas iras do art. 147 do Código Penal c/c a Lei 11.340/06 (ameaça em âmbito doméstico).

Narra a denúncia:

Consta nos autos que no dia 24 de novembro de 2011, por volta das 23h, em sua residência, o denunciado ameaçou de causar mal injusto e grave à sua companheira [G.M.A.],

dizendo-lhe o seguinte: “se me retirar desta casa eu te mato (sic - f. 02).

Finda a instrução, o Juiz julgou procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de 1 (um) mês de detenção, no regime aberto, concedido o *sursis* por dois anos, pela prática do delito descrito no art. 147 do CP c/c a Lei 11.340/06.

Intimações regulares.

A defesa apelou e requereu a absolvição do réu ou a substituição da pena corporal por restritiva de direito.

Nas contrarrazões de f. 158/164, o *Parquet* pugnou pelo desprovimento do recurso, com o que aquiesceu a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 168/173).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Absolvição.

Busca a defesa a absolvição do acusado.

Data venia, não há como acolher o pleito.

A materialidade está comprovada pela portaria (f. 04) e pelo termo de representação (f. 05).

A autoria é igualmente certa, conforme expôs o Sentenciante.

O tipo penal do art. 147 do CP exige, para sua configuração, que a ameaça de causar mal injusto e grave à vítima seja, de fato, séria e capaz de atemorizá-la.

Foi o que ocorreu no caso.

O acusado disse que se desentendeu com a vítima e que não se recordava de tê-la ameaçado. Narrou que estava embriagado no momento dos fatos e que nesse estado “costumava” ameaçá-la (f. 11 e 65).

G.M.A. confirmou os fatos narrados na denúncia. Disse que o réu chegou drogado à residência onde moravam, gritou e a jogou contra a parede. Asseverou que ele a ameaçou, dizendo que, caso acionasse a polícia, “iria fazer coisas piores”. Afirmou que teve medo da ameaça do réu e que por isso ofereceu representação em desfavor dele. Sustentou que lhe foram deferidas medidas protetivas de urgência, mas que o acusado não as cumpriu (f. 63).

A palavra da vítima, nos crimes praticados em contexto de violência familiar, merece credibilidade, principalmente se estiver em consonância com as demais provas, como no caso em tela.

O filho da vítima contou que o réu “ingere bebidas alcoólicas todos os dias” e discute com ela, “xingando-a com palavrões”. Disse que já presenciou as ameaças que ele proferiu de que mataria a vítima caso tivesse que sair da residência (f. 09).

P. afirmou que presenciou o acusado ameaçar sua sogra diversas vezes. Disse que no dia dos fatos ele chegou bêbado em casa “e obrigou a vítima a se

levantar e a preparar comida”, bem como a provocou até discutirem. Narrou que o acusado ameaçou matar a vítima e a empurrou “umas duas vezes” (f. 10 e 64).

Quanto à tese alegada pela defesa de que o réu estaria bêbado no momento dos fatos, a despeito de haver indícios de ser verdadeira, não há comprovação de que a embriaguez se deu por força maior ou caso fortuito, e sim de modo voluntário, o que descaracteriza as hipóteses excludentes de culpabilidade previstas no art. 28 do Código Penal.

Importante ressaltar que, nos termos do disposto no art. 28, II, § 1º, do Código Penal, a isenção de pena somente ocorrerá quando o agente, em razão de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A toda evidência, não é esse o caso dos autos, até porque nenhuma prova técnica foi produzida nesse sentido.

Este é o entendimento da jurisprudência deste Tribunal:

Roubo. Absolvição. Embriaguez voluntária. Coação moral irresistível. Estado de necessidade. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Penas. Redução. Possibilidade. 1. Sendo a prova incriminatória contundente, a manutenção do juízo condenatório é medida imperativa. 2. A ingestão voluntária de álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal. [...]. (Apelação Criminal nº 1.0016.09.099855-6/001, Rel.º Des.º Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 15.01.2013, p. da súmula 18.01.2013).

Mantenho, portanto, a condenação do réu.

Substituição da pena.

Também não há como acolher o pedido de substituição da pena corporal por pena alternativa, pois o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa, circunstância que impede a substituição (art. 44, I, do *Codex*).

Ademais, o réu é reincidente e portador de maus antecedentes (ele tem duas condenações definitivas anteriormente ao crime dos autos e já foi beneficiado com transação penal pela prática de outro delito de ameaça - CAC de f. 24/26).

Aliás, ao contrário do que alega a defesa, a reincidência do apelante é, sim, específica, pois foi condenado por crime de ameaça nos Autos 0557.09.012417-2, pelo que é vedada a substituição, nos termos do art. 44, § 3º, do CP.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante (art. 804 do CPP).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA e KÁRIN EMMERICH.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto qualificado - Violação de domicílio - Preliminar - Audiência de instrução e julgamento - Inversão da ordem estabelecida no art. 212 do CPP - Inquirição de testemunha - Sistema “inquisitivo-garantista” - Lei nº 11.690/2008 - Eliminação do sistema presidencialista - Nulidade rejeitada - Crimes - Autoria e materialidade comprovadas - Absolvição - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Preliminar. Nulidade da audiência de instrução e julgamento. Violação do art. 212 do Código de Processo Penal. Inocorrência. Rejeição. Mérito. Furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Violação de domicílio. Atipicidade. Inocorrência. Dolo evidenciado. Conduta diversa da prática do furto qualificado. Preliminar rejeitada. Recurso não provido.

- A inversão da ordem estabelecida pelo art. 212 do Código de Processo Penal não é suficiente para que se declare a nulidade da audiência de instrução e julgamento, mormente quando não comprovado qualquer prejuízo ao réu (art. 563 do Código de Processo Penal).

- Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de furto qualificado por meio dos elementos colhidos na fase inquisitorial e em juízo, não há falar em absolvição.

- Tendo o acusado praticado dois delitos diversos, em momentos distintos, não há falar em absolvição quanto ao crime de violação de domicílio, se comprovado que este não se deu como meio para a consecução do furto qualificado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0408.14.000213-5/001 - Comarca de Matias Barbosa - Apelante: L.B.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: E.R.M.R. - Corré: T.D.G. - Relator: DES. RUBENS GABRIEL SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2016. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - L.B.S. e T.D.G., devidamente qualificados e representados nos autos,

foram denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 155, § 4º, incisos I e IV, e no art. 150 c/c o art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória,

[...]

No dia 31 de janeiro de 2014, por volta das 9h20, na Avenida [...], centro, nesta urbe, os denunciados, com destruição e rompimento de obstáculo e mediante concurso de duas pessoas, subtraíram coisa alheia móvel, bem como entraram e permaneceram, clandestinamente, contra a vontade tácita de quem de direito, em casa alheia.

Narram os autos que, no dia 31 de janeiro do corrente ano, a vítima E.R.M.M.R., ao chegar ao imóvel de sua propriedade, situado na Avenida [...], por volta das 9h, percebeu que o mesmo havia sido violado, uma vez que o portão da frente estava arrombado, bem como pelo fato de uma das janelas estar quebrada e aberta (laudo de constatação de arrombamento, f. 47 usque 59).

Assim, a vítima, ao ingressar em sua casa, surpreendeu o primeiro denunciado, que, ao se deparar com E., evadiu-se em desabalada carreira, tomando rumo ignorado.

Após recuperar-se do susto, uma vez que o denunciado P. chegou a empurrá-la ao fugir, E. pôde notar que ainda havia outra pessoa no lugar, tratando-se da denunciada T.D.G.

Temendo pela ação da denunciada, que é usuária de entorpecentes e se encontrava, de forma sorrateira, em um dos cômodos do imóvel, a vítima acionou a Polícia Militar, que, *incontinenti*, se deslocou para o local, logrando êxito em prender a denunciada.

Após a efetivação de busca, os policiais encontraram o local bastante desarrumado, além de acharem cachimbos artesanais utilizados para o consumo de crack e peças de roupa sujas pertencentes aos denunciados (auto de apreensão à f. 29), dando conta de que L.B.S. e T.D.G. permaneceram clandestinamente no imóvel durante período considerável.

Ademais, a vítima deu por falta de diversos utensílios domésticos que guarneciam o referido imóvel.

Durante a lavratura do Boletim de Ocorrência nº M0630-2014-0000164, a Polícia Militar foi comunicada de que o denunciado L.B.S. estava escondendo objetos em um matagal próximo à sua residência, tendo os militares se dirigido ao local juntamente com a vítima, oportunidade em que esta reconheceu as *res furtivae* consistente em: 1 (uma) mala de cor verde com aproximadamente 80x30 cm de extensão; 1 (uma) bolsa de pequeno porte de cor marrom; 1 (uma) bolsa de porte médio; 1 (um) frasco de hidratante corporal parcialmente cheio; 1 (um) relógio portátil; 1 (um) tapete médio de cor azul e vermelha; 1 (um) liquidificador da marca Astro, modelo predileto; 1 (um) edredon de casal; 1 (um) porta-CDs, contendo 43 (quarenta e três) mídias; 1 (uma) toalha de banho; 1 (uma) caneca de acrílico; 1 (um) frasco de creme da marca Nivea; 1 (um) frasco de creme da marca Avon; 1 (um) desodorante da marca Rexona.

Conforme laudo de avaliação coligido às f. 34/35, os objetos subtraídos pelos denunciados perfazem o valor total de R\$973,00 (novecentos e setenta e três reais).

Assim procedendo, os denunciados, consciente e voluntariamente, subtraíram coisa alheia móvel, com destruição e rompimento de obstáculo, e, mediante concurso de duas pessoas, entraram e permaneceram, clandestinamente, contra a vontade tácita de quem de direito, em casa alheia, estando todos, por conseguinte, incursos nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, e do art. 150 c/c o art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal [...] (f. 01D/03D).

A denúncia foi recebida no dia 21 de fevereiro de 2014 (f. 62), e a resposta à acusação apresentada às f. 65/66, sendo o feito desmembrado em relação à acusada T.D.G. Após instrução processual, com oitiva de testemunhas (f. 139/140), interrogatório (f. 141) e alegações finais das partes (f. 151/157 e 158/168), o MM. Juiz sentenciante, julgando procedente a peça acusatória, condenou L.B.S., como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e VI, e do art. 150, na forma do art. 29 c/c o art. 26, parágrafo único, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, sendo a pena corporal substituída por 2 (duas) sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana (f. 169/173).

A sentença foi publicada em 13.02.2015 (f. 174), e o acusado foi intimado pessoalmente na mesma data, oportunidade em que manifestou o desejo de não recorrer (f. 228/229).

A Defensoria Pública foi intimada no dia 27.02.2015 (f. 179), interpondo o recurso de apelação em 02.03.2015 (f. 180).

Em suas razões recursais, suscita, preliminarmente, a nulidade do feito, em virtude da violação ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal. No mérito, pugna pela absolvição do crime de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal) ante a atipicidade da conduta. Pleiteia, também, a absolvição do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, incisos I e VI, do Código Penal) por insuficiência probatória (f. 189/208).

Contrarrazões ministeriais às f. 209/216, pela manutenção da r. sentença penal.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 221/224-v.).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminar.

Da nulidade da audiência de instrução e julgamento, por violação ao art. 212 do Código de Processo Penal.

Prefacialmente, suscita a defesa a nulidade da audiência de instrução e julgamento e dos atos

subsequentes, sob o argumento de que o Magistrado realizou a oitiva de testemunhas em desacordo com a nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008.

Nesse sentido, alega que:

[...] entende a defesa a ocorrência de nulidade processual, a que se reputa absoluta, por violação ao disposto no art. 212 do CPP no momento da inquirição das testemunhas, vale dizer, inquirição feita pelo juiz antes das partes, fato este evidenciado no termo da audiência de f. 46, 47 e 56 (f. 190).

Contudo, sem razão.

Verifica-se pelo termo de audiência (f. 138) que a defesa, a esse respeito, em momento algum se irressignou, tendo a instrução se encerrado sem qualquer reclamação.

Ademais, registre-se que a Lei nº 11.690/2008 apenas eliminou o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, ou seja, adotou o chamado *cross examination* (procedimento do direito norte-americano), que permite às partes fazerem perguntas diretamente às testemunhas. Isso significa dizer que a inovação trazida pela referida lei não alterou o sistema inicial de inquirição, ou seja, nada impede que o juiz faça, primeiramente, as suas perguntas. No entanto, quando das perguntas das partes, estas deverão ser feitas diretamente pelas partes às testemunhas, ou seja, sem intermédio do magistrado.

Ressalte-se que a conclusão do parágrafo anterior se deve à interpretação sistemática. De fato, a lei, ao nascer, depara-se com um sistema composto de outras leis e princípios com os quais deve harmonizar-se. Portanto, se o intérprete entrega-se à procura do alcance de uma norma jurídica, sem observar que ela sofre, necessariamente, a influência de outras normas e princípios do ordenamento, dedica-se a trabalho infrutífero. Toda interpretação, operada a partir da literalidade linguística do texto, deve ser lógico-sistemática, isto é, tem de buscar a vontade da norma, mas entrelaçada e consonante com as demais normas e princípios do sistema. Isso posto, comparo a antiga e a nova redação do art. 212:

As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida (Código anterior).

As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (Código atual).

Frise-se que a Lei nº 11.690/2008 apenas eliminou o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas e passou a adotar o sistema norte-americano do *direct examination* (interrogatório direto pela parte que arrolou a testemunha) e do *cross examination* (interrogatório

cruzado pela parte contrária a que arrolou a testemunha). Assim, a ordem de indagar a testemunha não mudou.

Nesse diapasão, são as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao artigo 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que ‘as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha’, agora se diz que ‘as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]’. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota as suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente. Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 480).

Registre-se que antes a lei não trazia a ordem de inquirição, e a atual também não. A lei apenas elucidou que, mesmo depois de iniciar o juiz as perguntas e fiscalizar as das partes, ele pode, ainda, em face de dúvidas surgidas, complementar a inquirição.

Ademais, em que pesem posicionamentos contrários nessa seara, tem-se que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio é o inquisitivo-garantista, e não o acusatório. Isso fica claro pela possibilidade de o magistrado, de ofício, produzir prova, decretar prisão e se utilizar de elementos do inquérito policial para proferir sentença. A propósito, a própria Lei nº 11.690, de 09.06.2008, que deu nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal, outorgou também nova redação aos arts. 155 e 156. Em relação ao primeiro, permite que o juiz, ao formar sua convicção, se fundamente não exclusivamente “nos elementos informativos colhidos na investigação”. Em relação ao segundo, faculta ao juiz, de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas e, no curso da instrução, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto.

Portanto, o art. 212 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado de acordo com os princípios informadores do sistema acusatório, se a mesma lei que lhe deu nova redação também agasalha novas redações (arts. 155 e 156), só compatíveis com o sistema inquisitivo.

Nesse sentido, as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Nosso sistema é 'inquisitivo-garantista', enfim misto. Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti* e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 65).

Fixado esse entendimento, imperioso demonstrar que o art. 212 do Código de Processo Penal deve ser interpretado sistematicamente. Nessa seara, observa-se que, em relação ao acusado, prescreve o art. 188 que o juiz fará o interrogatório, e, depois dele, as partes poderão solicitar esclarecimentos. No que se refere ao ofendido, o art. 201 do Código de Processo Penal, conforme nova redação operada, também pela Lei nº 11.690/2008, limita-se a dizer que "será qualificado e perguntado". Não obstante a norma do art. 201 do Código de Processo Penal não preveja perguntas das partes, estas devem ser admitidas, depois das do juiz, em atenção ao princípio constitucional do contraditório.

Pelo exposto, percebe-se que o Código de Processo Penal prestigia sempre que o magistrado inicie a inquirição das pessoas que devam depor, não havendo por que ser feito de forma diversa em relação às testemunhas.

Oportuno lembrar que, sendo o magistrado o responsável por redigir o depoimento da testemunha (art. 215 do CPP), que será reduzido a termo (art. 216 do CPP), mais apropriado que comece a perguntar, porque, sendo o destinatário da prova, abordará e colocará o que reputar importante na sua decisão, esgotando, com economia processual, as várias indagações.

A propósito, as palavras de Juliano Nanuncio:

Não me parece, contudo, que o novo artigo 212 do Código de Processo Penal tenha por escopo que as partes inicialmente devam formular as perguntas, mudando-se a sistemática sempre adotada em audiência, tampouco que a circunstância de o juiz continuar a formular perguntas de início constitua atentado ao sistema acusatório, prejuízo à imparcialidade do julgador e, por conseguinte, inobservância a princípios esculpidos na Constituição da República.

Tenho para mim que, se assim fosse, com o advento da Constituição da República, automaticamente o antigo artigo 212 do Código de Processo Penal já deveria ter sido interpretado de forma distinta, porquanto basta a leitura daquele para verificar não se estabelecer que o juiz formule primeiro as indagações para depois as partes requererem as perguntas, de modo que, a meu ver, nada se alterou nesse aspecto.

Por outro lado, a circunstância de o magistrado continuar a indagar primeiramente não constitui afronta ao sistema acusatório, porquanto, do contrário, parece-me que se está a dizer que o julgador, na busca da prova, necessariamente,

substitua-se ao acusador ou investigador, implicando-se autoritarismo e parcialidade em seu agir.

Ora, o juiz, claro está, deve ter consciência e importância de sua função jurisdicional, atuando de forma desprovida de preferências subjetivas ou pessoais, favoráveis ou não a um ou outro sujeito processual parcial, não se olvidando, por óbvio, do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, independente e imparcial, da motivação das decisões, da publicidade dos atos, da duração razoável do processo, da licitude e legitimidade das provas, dentre outros, de maneira a não implicar o desbaratamento das partes e uma indevida supremacia próprios de um autoritarismo vislumbrado no sistema inquisitório, incompatível com os ditames constitucionais.

De mais a mais, como já se disse e se sabe, todas as teses levantadas pelas partes devem ser analisadas, com a suficiente motivação para acolhê-las ou rechaçá-las (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República), pois, como adverte, por exemplo, o jurista Antonio Scarance Fernandes, '[...] se, na sentença, o magistrado deixa de apreciar questão suscitada pela parte, ocorrerá nulidade absoluta do ato, por falta de motivação. Outro ponto será o de verificar se a análise da questão foi feita na profundidade exigível, levando-se em conta, aí, a maior ou menor complexidade da matéria apreciada. Interessa, ainda, ressaltar que a falta de motivação não pode ser considerada suprida porque teria havido motivação implícita. Ela ainda será insuficiente e não atenderá à exigência do art. 93, IX, da Constituição'.

Acrescente-se, por oportuna, a arguta observação do Juiz de Direito Marcos Alexandre Coelho Zilli, para quem '[...] um conflito de altos interesses sociais, representado pelo confronto entre o interesse punitivo e o resguardo da liberdade jurídica do indivíduo, não pode ser palco de uma solução gerenciada, exclusivamente, pelos sujeitos parciais, sobretudo em uma sociedade exacerbadamente desigual. A modelagem sustentadora de uma disputa processual livremente travada pelos sujeitos parciais melhor [irá] se adequar àquelas sociedades que já atingiram um nível razoavelmente ideal de igualdade que, convenhamos, não é a hipótese brasileira'.

Uma interpretação sistemática, do mesmo modo, não permite, a meu juízo, concluir por uma diferente atuação do magistrado no respeitante à ouvida das testemunhas, exceto, é claro, quanto à questão das perguntas diretas, na medida em que, por exemplo, a disciplina das provas, de acordo com a Lei nº 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal).

A primeira parte do aludido artigo 156, ao estabelecer 'incumbir a prova da alegação a quem a fizer', segue a mesma diretriz do processo civil (malgrado se saiba que a posição de um juiz inerte não mais se admite também em tal seara).

Entretanto, a segunda parte do dispositivo, bem como o artigo 404 do Código de Processo Penal, atribui ao juiz, no processo penal, a possibilidade de agir de ofício, homenageando-se o princípio da verdade real e afastando-se, destarte, a mera condição de 'convidado de pedra' no processo, citando-se a oportuna e conhecida expressão do jurista E. Magalhães Noronha.

Ademais, repita-se, não se verifica a descaracterização do sistema acusatório pela simples circunstância de possuir o

juiz iniciativa probatória, pois, como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira, '[...] a instituição de um órgão estatal específico para tutelar os interesses da acusação, como é o caso do Ministério Público, além das franquias e liberdades públicas garantidas no art. 5º da Constituição Federal, afirmam a existência de um perfil essencialmente acusatório'.

Complementando o assunto, convém colacionar a lição dos autores Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, segundo a qual: '[...] é sabido que uma das características mais marcantes no processo penal é a vigência de tal princípio [verdade real], que sugere ao juiz criminal não se satisfazer com a verdade formal (aparente) que lhe é exibida pelas partes. Definido o objeto do processo pela acusação e delimitando o objeto do julgamento, o julgador deve procurar a reconstrução histórica dos fatos (Germano Marques da Silva. *Curso de processo penal*, v. 1, p. 78), buscando, por todos os meios admissíveis no processo, alcançar a verdade histórica, independentemente, ou para além da contribuição da acusação e da defesa (art. 156 do CPP)'.

E os mesmos autores, ao comentarem o artigo 212 do Código de Processo Penal, assinalam que a leitura apressada de tal dispositivo pode passar a impressão de que o juiz só pudesse intervir após as partes formularem suas perguntas, sustentando que: '[...] Não parece ser bem assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas'.

O Juiz de Direito Guilherme de Souza Nucci, por seu turno, também esclarece que: '[...] Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada pelo art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que 'as perguntas das partes serão requeridas pelas partes diretamente à testemunha [...]'. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominada reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra àquele que arrolou a pessoa depoente'.

Igualmente, calcar-se o entendimento de uma 'nova atuação do juiz' com fundamento no parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal não me parece a exegese mais consentânea com o espírito do legislador.

Reputo, ao contrário, que o referido parágrafo, ao dispor que o juiz poderá complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos, apenas realça a importância do julgador na condução do ato, prevendo expressamente aquilo que já costumeiramente se fazia nas audiências, vale dizer, surgindo fatos novos com as respostas feitas pelas indagações das partes, o magistrado poderá intervir, fazendo novas perguntas a respeito, em busca da tão propalada verdade real, não como um inimigo do acusado, com a exclusiva preocupação de angariar componentes para uma condenação, ao contrário dos modelos de índole inquisitória, porém como um julgador que poderá, ao final, decidir com segurança e imparcialidade, diante de elementos probatórios devidamente esmiuçados e submetidos aos crivos do contraditório e da ampla defesa, lembrando-se também da importância que isso representa

ao princípio da identidade física do juiz, finalmente e felizmente adotado pelo Código de Processo Penal (artigo 397, § 2º, do Código de Processo Penal), o que reforça a tese de que uma interpretação sistemática não autoriza a conclusão inicialmente mencionada acerca da alteração da ordem na formulação das perguntas, deixando-se, por assim dizer, com tal entendimento, o juiz em último plano [...] (NANUNCIO, Juliano. A atuação do juiz segundo a óptica da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.893, 12 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11692>>. Acesso em: 12 set. 2011).

Por fim, ainda que, *in casu*, tivesse ocorrido a alegada inversão na ordem estabelecida pelo art. 212 do Código de Processo Penal, esta não teria o condão de levar o ato realizado à nulidade, uma vez que não houve qualquer prejuízo para a defesa. Além disso, em nenhum momento explica o apelante onde se encontra o prejuízo ocorrido da suposta inversão da ordem estabelecida pelo art. 212 do Código de Processo Penal.

Assim, deve-se levar a cabo o brocardo *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade quando não há prejuízo.

Em suma, no caso em tela, não houve ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal, já que a inversão da ordem estabelecida pelo citado dispositivo não é suficiente para que se declare a alegada nulidade, já que não houve prejuízo à defesa (art. 563 do Código de Processo Penal). Ademais, como visto, nada impede que o magistrado faça as perguntas antes das partes, já que a Lei nº 11.690/2008 apenas eliminou o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, adotando o chamado *cross examination*, mantendo, portanto, inalterado o sistema tradicional de inquirição.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

Mérito.

Pretende a defesa, como tese principal, a absolvição do acusado pelo crime de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal) ante a atipicidade da conduta. Pleiteia, também, a absolvição do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, incisos I e VI, do Código Penal), por insuficiência probatória.

Razão não lhe assiste. Vejamos.

De início, registre-se que a materialidade dos delitos se encontra consubstanciada por auto de prisão em flagrante (f. 02/08), boletim de ocorrência (f. 09/16), autos de apreensão (f. 26 e 29), termo de restituição (f. 31), laudo de avaliação direta (f. 34/35) e laudo pericial do local (f. 48/59), sem prejuízo da prova oral.

A autoria dos delitos, ao contrário do alegado, também restou evidenciada nos autos pelo conjunto probatório colacionado, senão vejamos.

Do furto qualificado - (art. 155, § 4º, incisos I e VI, do Código Penal).

O acusado L.B.S., em fase inquisitiva, utilizou-se de seu direito constitucional de permanecer silente.

Sob o crivo do contraditório, o apelante confessou a prática do delito, afirmando que retirou pertences da residência da vítima e levou para sua casa. Confira-se:

[...] que conhece a imputação da denúncia, sendo ela verídica; que, no dia dos fatos, o depoente e a ré tinham bebido muito e resolveram entrar na casa da vítima; que não arrombou a porta, apenas a janela com o uso de uma chave mixa; que dormiram no imóvel, mas antes carregaram alguns pertences da vítima para a casa do denunciado, então voltaram e lá passaram a noite; que, quando ouviu barulho, o declarante correu e deixou para trás a ré, um chinelo, um boné e uma bermuda; que já tinham separado alguns pertences da vítima para carregar depois; que, na casa do depoente, encontraram um tapete e uma mala da vítima; que, ao que soube, T. foi detida dentro da casa da vítima; que o depoente e a ré praticaram o furto, não só entrando no imóvel, mas também carregando parte dos pertences da vítima para a casa do denunciado; que não conhece as provas dos autos; que nada tem contra as testemunhas ouvidas; que nada mais tem a dizer sobre sua defesa [...] (f. 141).

Não bastasse a confissão do acusado, têm-se, ainda, as declarações prestadas pela vítima, E.R., que, ao ser ouvida perante a autoridade policial, ressaltou ter surpreendido o acusado e a corré no interior de sua residência, momento em que o réu saiu correndo.

E.R. esclareceu, ainda, que, na companhia dos policiais militares, logrou êxito em localizar seus pertences subtraídos na casa do apelante, escondidos em um matagal. Vejamos:

[...] que era por volta das 9h quando chegou e percebeu que já haviam tentado entrar na casa, pois havia um sinal de arrombamento no portão que dá para a [...]; que, quando subiu as escadas, viu uma das janelas quebrada e aberta; que abriu a porta; quando abriu, veio uma pessoa de cor negra correndo e esbarrou na depoente; que tomou muito susto; que pessoas na rua já gritavam que seria o alcunhado 'Pretinho'; que ele conseguiu fugir; que havia uma mulher dentro da casa que reconhece nesta unidade, mas ela correu para o interior da casa e escondeu no fundo; que chamou a polícia; que a polícia prendeu a suspeita; que a casa estava toda revirada; que ficou tudo sujo; que deu por falta dos seguintes materiais: 3 (três) botijões de gás; 1 (um) aparelho de DVD; 1 (um) relógio dourado de enfeite de mesa; 1 (uma) caixa de som; diversos copos; 1 (um) liquidificador; diversas roupas de cama, pessoal e de banho; que encontrou, neste momento, junto com a Polícia Militar, na residência do alcunhado 'Pretinho', em um moto alto: 1 (uma) bolsa grande verde de viagem; 1 (um) tapete italiano de parede; 1 (um) relógio dourado de enfeite; 1 (um) edredon branco; 1 (uma) sacola da associação do Ipsemg, contendo cremes diversos; e 1 (uma) toalha do Flamengo; que, por enquanto, não deu mais falta de outros pertences [...] (f. 06).

A corroborar os elementos de prova, estão, também, os depoimentos prestados pelos policiais militares que atuaram na prisão do acusado.

Extraí-se dos depoimentos prestados pelos agentes públicos que, após contato com a vítima, saíram em rastreamento, logrando êxito em encontrar o acusado, bem como os objetos subtraídos.

Nesse sentido, os depoimentos prestados pela testemunha J.S.M., em ambas as oportunidades em que foi ouvida, *in verbis*:

[...] que o depoente, na data de hoje, encontrava-se de serviço em sua viatura, quando, por volta das 9h20 da manhã, foi acionado via SOF, dando conta de um furto ocorrido no centro da cidade em que foi vítima a Sra. E.R.M.M.R.; que, segundo informações da SOF, um dos autores do furto seria um indivíduo de cor negra, de estatura baixa, que atende pela alcunha de 'Pretinho', que, por sua vez, havia se evadido [...] do local; que, ao realizar rastreamento na localidade dos fatos, o depoente se dirigiu até a residência da vítima, onde esta, por sua vez, lhe informou que havia uma mulher desconhecida escondida num cômodo situado nos fundos da casa; que, ao averiguar, o depoente deparou-se com a autora T.D.G., que atende pela alcunha de 'Tatá', encurrulada; que T.D.G. não esboçou reação e inclusive confirmou ao depoente que seu comparsa 'Pretinho' havia passado a noite com ela na casa, além de informar que 'Pretinho' se evadiu do local; que, mediante os fatos, o depoente deu voz de prisão em flagrante delito para T.D.G., além de ter arrecadado objetos, que, segundo T.D.G., pertenceriam a 'Pretinho'; que tais objetos tratavam de 1 (um) cachimbo artesanal para consumo de entorpecentes; 1 (um) par de chinelos havaianas nº 41/42 usados, de cor azul/branca; e 1 (uma) bermuda tectel suja, marca Wildbeast, modelo masculino, nas cores azul/preta/branca; que, em entrevista com a vítima, esta relatou ao depoente que, ao abrir a porta quando chegava em casa, deparou-se com o autor 'Pretinho' saindo em disparada da casa, quase chegando a derrubá-la; que a vítima gritou por socorro, o que despertou a atenção de populares que acionaram a Polícia e tentaram, sem sucesso, deter o indivíduo; que, indagada, a vítima relatou que foram subtraídos da casa os seguintes objetos: 3 (três) botijões de gás vazios; 1 (um) aparelho de DVD de cor preta. Sem mais detalhes especificados, 1 (uma) caixa contendo taças e copos de whisky de cristal, não precisando a quantidade; 1 (um) liquidificador de cor branca, sem marca especificada; 1 (uma) caixa de papelão pequena com enfeites de carinhas de bonecas, contendo duas gavetas; quantia de, aproximadamente, R\$70,00 (setenta reais) em moedas, cédulas de R\$2,00 (dois reais), de R\$5,00 (cinco reais) e de R\$10,00 (dez reais); alguns vidros de perfumes, não declarando a quantidade; algumas roupas de uso pessoal; algumas taças de cristal de pé longo e alguns copos de whisky de modelo octogonal; que o depoente, ao interpelar T.D.G., esta negou que teria furtado os objetos da vítima, além de ter tentado inocentar seu comparsa 'Pretinho'; que o depoente ainda constatou que a porta da cozinha havia sido arrombada, além das duas janelas da varanda que se encontravam quebradas; que o depoente observou, ainda, que haviam alguns pertences da casa organizados para serem subtraídos, só não ocorrendo a subtração, em face da chegada repentina da vítima, que frustrou a ação delitosa dos autores [...] (f. 02/02-v.).

[...] que, tendo em vista o BO de f. 09/16, confirma o seu conteúdo; que, no dia dos fatos, estava em patrulhamento rotineiro, quando chegou a notícia, pelo 190, de que 'Pretinho estava em fuga' do local do furto, após ter sido surpreendido pela vítima e proprietária da casa; que se deslocou para o lugar indicado, e, antes de chegar, foi abordado pela vítima que narrou o arrombamento da residência e confirmou a fuga do réu, 'ela foi atropelada por ele, quase a derrubou quando saiu correndo da casa'; que, em razão da descrição feita pela vítima, inclusive dos populares vizinhos,

concluíram que se tratava da pessoa do réu; então, o declarante saiu ao seu encalço; que, durante a busca, receberam o comunicado de que a vítima tinha flagrado uma mulher escondida na casa dela; então, voltaram para a residência e prenderam a denunciada; que a acusada não aparentava estar drogada ou alcoolizada e confirmou o furto; disse que ela e L.B.S. passaram a noite na casa, mas que ele percebeu a chegada da dona da casa e fugiu, enquanto ela só conseguiu se esconder, 'não deu tempo dela sair'; que, na casa, o depoente arrecadou alguns pertences como chinelo e bermuda que, segundo a acusada, eram de 'Pretinho'; que, tendo em vista as fotos de f. 52/57, confirma como sendo a do local do furto; que constatou o arrombamento e também viu alguns pertences da vítima já separados em um canto para serem levados pelos denunciados; que a ocorrência se deu na parte da manhã, e, depois da prisão da ré, uma outra guarnição conseguiu prender o acusado na parte da tarde; que não sabe dizer se o réu também confessou o crime, mas tomou conhecimento de que um tapete da vítima foi apreendido na casa dele; que os denunciados aparentavam intimidade, já tinham sido vistos juntos diversas vezes; que os réus são conhecidos no meio policial por furtos, uso de drogas e tráfico pequeno; que a vítima deu falta de diversos pertences, nem todos foram arrolados, pois outros só foram notados depois da lavratura do BO; que só houve o dano do arrombamento [...] (f. 139).

No mesmo sentido, os depoimentos prestados pelo também policial militar L.F.P.T., confira-se:

[...] que o depoente, na data de hoje, se encontrava de serviço em sua viatura, juntamente com o sargento PM J. e sargento S., quando, por volta das 9h20 da manhã, foram acionados via SOF, dando conta de um furto ocorrido no centro da cidade em que foi vítima a Sra. E.R.M.M.R.; que, segundo informações da SOF, um dos autores do furto seria um indivíduo de cor negra, de estatura baixa, que atende pela alcunha de 'Pretinho', que, por sua vez, havia se evadido [...] do local; que, ao realizar rastreamento na localidade dos fatos, a guarnição se desmembrou com o fito de capturar os autores do furto; que os sargentos J. e S. lograram êxito em capturar a conduzida T.D.G. nos fundos da residência da vítima; que, enquanto os sargentos J. e S. se dirigiram até a residência da vítima, o ora depoente foi realizar o cerco a partir da casa do autor L.B.S., vulgo 'Pretinho'; que o depoente permaneceu no encalço de 'Pretinho' por cerca de quinze ou vinte minutos de campanha na casa dele, porém sem êxito, visto que 'Pretinho' não apareceu; que, durante a realização deste flagrante, o depoente recebeu notícias via SOF de uma denúncia anônima, dando conta de que o autor L.B.S., vulgo 'Pretinho', havia retornado à casa dele assim que o depoente deixou o local para a lavratura do flagrante; que a denúncia anônima dizia ainda que 'Pretinho' havia abandonado alguns objetos produto de furto próximo à casa dele; que o depoente, supondo que a *res furtiva* pudesse ser os objetos subtraídos da residência da vítima, se deslocou com a sargento S. e com a vítima até um matagal em frente à entrada da residência do autor L.B.S., onde a vítima identificou e reconheceu, sem sombra de dúvidas, um tapete e outros objetos como sendo os que haviam sido subtraídos da residência dela; que parte da *res furtiva* foi encontrada no quintal e parte no interior da casa do autuado L.B.S. [...] (f. 05/05-v.).

[...] que, tendo em vista o BO de f. 09/16, confirma o seu conteúdo; que, no dia dos fatos, estava em patrulhamento rotineiro quando chegou a notícia, pelo 190, de que havia um furto em andamento, com os autores do fato ainda na residência da vítima; que, com base nas características passadas na denúncia, uma VP se deslocou para a casa da vítima, e a do depoente suspeitou da pessoa do réu; que o declarante era o motorista da guarnição e, como já conhecendo o endereço do acusado, se deslocou para a casa dele, mas a intenção foi frustrada, porque ele não apareceu; contudo, foi preso algumas horas depois pelo próprio declarante; que a prisão do réu ocorreu no período da tarde, e a ocorrência do furto se deu na parte da manhã; que conseguiram prender o acusado, porque chegou uma outra denúncia pelo 190 informando que ele estava a caminho de casa; que, pelo que soube, a ré foi presa escondida dentro da casa da vítima; que o acusado confessou 'que tava lá com a Tatá'; que, depois da prisão do réu, foram até a casa dele e, num terreno ao lado, encontraram algumas coisas que aparentavam ser furtadas, então chamaram a vítima ao local e ela confirmou que lhe pertenciam, era um tapete e uma mala, ao que se recorda; que não entrou na casa da vítima, por isso não viu o arrombamento [...] (f. 140).

Dessarte, diante da análise das provas colhidas no inquérito policial e nos depoimentos prestados em fase judicial, não há dúvida de que o réu, mediante rompimento de obstáculo e em concurso de pessoas, furtou objetos da residência da vítima, conforme se infere do auto de apreensão de f. 26 e do termo de restituição acostado à f. 31.

Ressalte-se que, no crime de furto assim como no de roubo, tendo em vista a clandestinidade da ação, a prova direta raramente é alcançada, sendo determinantes os indícios e circunstâncias decorrentes da ação desenvolvida, para se chegar à certeza da condenação, como é o caso dos autos, em que a prova testemunhal se encontra amparada pelas circunstâncias retratadas no caso em comento.

Assim, conclui-se que as escusas apresentadas em sede recursal não passam de tentativa de evadir-se de sua responsabilidade criminal, não encontrando nenhum amparo nas provas produzidas nos autos.

Portanto, ao contrário do alegado pela defesa, verifica-se que o édito condenatório se sedimentou no conjunto probatório, o qual se mostra firme e consistente em apontar a autoria do delito de furto praticado pelo réu.

Outrossim, conforme se extrai da prova oral alhures transcrita, restou caracterizada a qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal, tanto pela prova oral quanto pelo laudo pericial de f. 48/59.

Logo, diante das provas produzidas sob a estrita observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impossível a absolvição do acusado, por insuficiência de provas, devendo ser mantida a condenação do acusado pela prática do delito a ele atribuído.

Outro não foi o entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

[...] Quanto ao delito de furto duplamente qualificado, o apelante pleiteia a absolvição, em razão de não existir prova suficiente para a condenação (inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal).

Sem razão, entretanto.

A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de f. 2/7, pelo boletim de ocorrência de f. 9/15, pelo auto de apreensão de f. 26, pelo termo de restituição de f. 31, pelos laudos periciais de f. 34/35 e 48/59 e pela prova oral colhida.

Também inconteste a autoria, provada pela confissão do apelante em juízo.

[...]

Se não bastasse, os depoimentos dos policiais militares J.S.M. e L.F.P.T. confirmaram, em juízo (f. 139 e 140, respectivamente), os fatos narrados na denúncia.

Importante frisar que o apelante possui maus antecedentes e é reincidente, como se extrai da CAC de f. 142/144.

Diante de tais elementos, entendemos ser a prova dos autos suficiente para a condenação do apelante, porquanto confirma, indubitavelmente, a prática, por ele, do crime previsto no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal - motivo pelo qual deve ser repelida a pretensão absolutória [...] (f. 223-v./224).

Dessarte, imperiosa a manutenção da condenação do recorrente nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, não havendo falar em absolvição por insuficiência probatória.

Da violação de domicílio - (art. 150 do Código Penal).

Requer, ainda, a absolvição do acusado pelo crime de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal) ante a atipicidade da conduta.

Sustenta o apelante que “[...] o crime de violação de domicílio é eminentemente subsidiário e somente se pune a título de dolo, pelo que somente é reconhecível quando se subsume em infração mais grave” (f. 199).

Afirma, assim, que “[...] a violação de domicílio da vítima foi meio necessário à prática do crime de furto, razão pela qual não pode ser reconhecida sua tipicidade penal” (f. 199).

Novamente sem razão.

In casu, vê-se que o apelante, agindo com desígnios autônomos, praticou os dois delitos pelos quais restou condenado, sendo certo que a violação de domicílio não se fez como meio indispensável para a prática do furto qualificado. Explico.

Das próprias declarações prestadas pelo apelante, extrai-se que ele, na companhia da corré, adentrou a residência da vítima, de lá subtraiu bens, levando-os para sua casa.

Em momento posterior, os agentes retornaram à residência da ofendida e lá permaneceram, inclusive dormindo no imóvel. Vejamos:

[...] que, no dia dos fatos, o depoente e a ré tinham bebido muito e resolveram entrar na casa da vítima; que não arrombou a porta, apenas a janela com o uso de uma chave mixa; que dormiram no imóvel, mas, antes, carregaram

alguns pertences da vítima para a casa do denunciado, então voltaram e lá passaram a noite [...] (f. 141).

Resta, portanto, patente nos autos o *animus* do agente em permanecer no imóvel contra a vontade da vítima, já que ali adentrou de forma clandestina.

Sobre o tema, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

[...] ao fazer referência à clandestinidade, astúcia ou ausência de vontade da vítima, o tipo penal quer demonstrar o seguinte: a) invadir o domicílio de maneira clandestina significa fazê-lo às ocultas, sem se deixar notar; justamente por isso está-se pressupondo ser contra a vontade de quem de direito [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 752).

Outro não foi o entendimento do Órgão Ministerial de Cúpula, *ad litteram*:

[...]

Quanto ao delito de violação de domicílio, o apelante pleiteia a absolvição, ao argumento de que, ‘no caso em questão, a violação do domicílio da vítima foi meio necessário à prática do crime de furto, razão pela qual não pode ser reconhecida sua tipicidade penal’ (f. 199).

No entanto, razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 9/15 e pela prova oral colhida.

A autoria é inconteste.

[...]

Ao contrário do que pretendeu demonstrar a combativa defesa não resta a menor dúvida de que o recorrente agiu com a vontade livre e consciente de entrar e permanecer no imóvel clandestinamente.

[...]

Efetivamente, adentrou o apelante na residência da vítima, sem o consentimento expresso ou tácito desta, de maneira abrupta, uma vez que a invasão se deu pela janela, com danificação do vidro. E assim, há o aperfeiçoamento da conduta ao tipo previsto no art. 150 do Código Penal [...] (f. 223/223-v.).

Logo, forçosa, também, a manutenção da condenação do apelante nas sanções do art. 150 do Código Penal, não havendo falar em absolvição por atipicidade da conduta.

Quanto às reprimendas, verifico que as penas aplicadas na sentença de primeiro grau não merecem quaisquer reparos, tendo sido fixadas no mínimo legal para cada espécie delitiva, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão mínima (art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal) e 1 (um) mês de detenção (art. 150 do Código Penal).

Procedendo-se à soma das reprimendas e tendo em vista o concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), a pena do apelante restou escorreitamente concretizada em 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, mais pagamento de 10

(dez) dias-multa, à razão mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

O regime de cumprimento de pena, fixado no aberto, não comporta alteração, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Da mesma forma, deve ser mantida a substituição da pena corporal por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, não comportando nenhum reparo.

Por fim, em consonância com a recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, e da liminar requerida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44, ocorrida em 5 de outubro de 2016, expeça-se a guia de execução, para o imediato cumprimento da pena.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença primeva.

Custas, na forma da sentença (f. 173).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA e JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto - Motocicleta - *Animus furandi* - Confissão - Retratação judicial - Dolo - Vigilância - Consumação - Inversão da posse do bem - Tentativa - Dosimetria da pena - Reincidência - Confissão

Ementa: Apelação criminal. Furto. *Animus furandi* comprovado. Vigilância da vítima sobre a coisa. Alegação de crime impossível. Inocorrência. Condenação mantida. Dosimetria. Reparos. Recurso provido em parte.

- Se o próprio réu admite o *animus furandi* na fase de inquérito, estando essa sua versão amparada pelas demais provas dos autos, não há que se falar em absolvição por ausência de dolo.

- A vigilância exercida sobre a coisa não impede totalmente a consumação do crime, não servindo como hipótese de incidência do art. 17 do CP.

- Evidenciado excesso de rigor na dosagem das penas, imperiosa é a sua redução. A confissão retratada, se utili-

zada como fundamento para a condenação, como no caso dos autos, deve incidir como atenuante.

Ademais, se o crime não chegou a se consumar, aplica-se a minorante do parágrafo único do art. 14 do CP.

- Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0003.16.000410-1/001 - Comarca de Abre-Campo - Apelante: R.S.P.D. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.G.C. - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2016 - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Na Comarca de Abre-Campo, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de R.S.P.D., imputando-lhe a prática de um crime de furto.

De acordo com a acusação, no dia 3 de fevereiro de 2016, por volta das 8h30min, na Rua Bernardo Torres, Centro de Matipó/MG, o réu subtraiu, para si, a motocicleta Honda CG, placa GYD-0442, pertencente à vítima G.G.C..

Finda a instrução, a denúncia foi julgada procedente, sendo R. condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, arbitrado o valor unitário em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (r. sentença de f. 118/122v.).

Intimações às f. 127, 133, 136 e 137.

A defesa técnica apelou (f. 138), pleiteando a absolvição, com fundamento nas teses do erro de tipo (afastando-se o dolo) e do crime impossível. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento de que o delito não se consumou. Requereu a isenção das custas processuais e a observância das prerrogativas da Defensoria Pública (f. 138v./143v.).

Contrarrazões às f. 146/151.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f. 157/162).

Conheço do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A materialidade e a autoria do fato estão devidamente comprovadas nos autos, como se vê do APFD de f. 2/11 e dos depoimentos judiciais de f. 100/102.

A defesa afirma que o réu não tinha a intenção de subtrair a motocicleta, pois, segundo a versão por ele fornecida em seu interrogatório judicial:

tomou remédios fortes e cachaça no dia dos fatos; que estava alterado e passou em sua motocicleta no local do fato, quando parou para conversar com seu amigo F.J.; que F. apontou uma moto para o interrogando e pediu para pegá-la porque era dele; que o interrogando foi até a moto indicada, virou ela no braço e antes de dar a partida foi cercado por pessoas que estavam na rua; que uma pessoa pediu para que o interrogando mostrasse quem era o amigo que falou que a moto era dele; que F. não estava mais no local e o interrogando saiu correndo (f. 103/104).

Segundo essa versão, portanto, ele acreditava que estava fazendo um favor para um amigo (erro de tipo), não tendo agido com dolo.

Com todo respeito à combativa Defensoria Pública, não vejo como acolher tais alegações, pois não há nos autos provas que a respaldem.

Ao contrário, o Policial E.J.M. afirmou, à f. 101, que o réu não parecia estar sob o efeito de drogas no momento em que foi preso. Além disso, destacou que ele é conhecido no meio policial pela prática de crimes contra o patrimônio.

Além disso, o próprio réu admitiu o *animus furandi* em sede inquisitorial, devendo prevalecer a confissão sobre a retratação judicial. Afinal, aquela se mostra mais condizente com as demais provas dos autos, destacando-se que o réu admitiu ter usado uma chave de outra motocicleta na prática do delito patrimonial.

Rejeito, pois, a alegação de ausência de dolo.

Do mesmo modo, não há que se falar em crime impossível, em razão da vigilância exercida sobre a coisa.

Embora a atuação do vigilante dificulte a consumação do furto, não inviabiliza por completo a execução material do delito. E, existindo alguma possibilidade, ainda que mínima, de eficácia do meio empregado, configura-se uma conduta perfeitamente típica.

Nesse sentido:

Mostrando-se plausível, ainda que minimamente, a consumação do delito, não há que se falar em crime impossível, sendo eficaz o meio utilizado. A vigilância exercida sobre a coisa não tem o condão de impedir delito tentado, pois o agente pode eventualmente burlá-la e, em consequência, retirar os bens da esfera de proteção da vítima. [...] (Quarta Câmara Criminal. Apelação nº 1.0024.02.831219-7/001. Rel. Des. Walter Pinto da Rocha. j. em 04.07.2007, p. em 25.07.2007).

Os Tribunais Superiores, *mutatis mutandis*, também consolidaram esse entendimento:

Os sistemas de vigilância de estabelecimentos comerciais, ou até mesmo os constantes monitoramentos realizados por funcionários, não têm o condão de impedir totalmente a consumação do crime. Precedentes do STF (HC 117083, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 25.02.2014, Processo Eletrônico DJe-051, divulg. 14.03.2014, public. 17.03.2014).

A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção não aceitam a tese de que sistemas de vigilância eletrônica ou de monitoramento por fiscais do próprio estabelecimento comercial impedem de forma completamente eficaz a consumação do delito, rendendo ensejo ao reconhecimento de crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados (STJ. HC 238.714/SP, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27.08.2012).

A existência de sistema de vigilância ou a observação dos passos do praticante do furto pelos seguranças da loja, não torna impossível a consumação do crime de furto. Precedentes desta Corte (STJ, RHC 43.624/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 07.10.2014, DJe de 21.10.2014).

Portanto, inviável falar-se em incidência do art. 17 do CP.

Contudo, relativamente ao reconhecimento da tentativa, razão assiste à defesa.

De acordo com a prova dos autos, o réu ainda não havia se apoderado da motocicleta quando foi abordado pela vítima e pela testemunha M.L.S..

Consta que o acusado, apesar de ter iniciado os atos executórios, foi surpreendido antes de efetivamente inverter a posse do bem, não ocorrendo a subtração pretendida.

Nesse sentido, destacou a testemunha V.H.D., que “a motocicleta de G. estava próximo de sua loja, momento em que G. disse ‘olha lá aquela moto é minha, o rapaz está tentando ligar a minha moto’; que logo em seguida G. e L. correram e abordaram o indivíduo que estava tentando furtar a motocicleta” (f. 6).

Na mesma linha, destaco o relato de M.L.. Segundo ele “a vítima G.G.C. olhou e falou que o autor estava tentando ligar sua moto; que o depoente disse que ele e a vítima foram até onde o autor estava tentando furtar a moto” (f. 4).

Se o réu tivesse conseguido sair do local na motocicleta, estaria consumado o furto. No entanto, como foi contido pelo próprio dono do veículo e pela testemunha M.L. antes de consumir a infração, imperiosa é a aplicação da causa de diminuição de penas prevista no art. 14, parágrafo único, do CP.

Passo, pois, à revisão da dosimetria.

As penas-base foram fixadas nos mínimos legais de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, devendo ser mantidas nesses patamares, até porque não há recurso da acusação a respeito.

Na segunda etapa, correto o reconhecimento da agravante da reincidência (CAC de f. 50/52), que, no entanto, deve ser compensada com a atenuante da confissão, pois na fase de inquérito o réu assumiu sua responsabilidade pelo episódio, admitindo que pretendia furtar a motocicleta (f. 10).

Nesse sentido destaco que:

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC 289.934/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 18.11.2014, DJe de 03.12.2014).

Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior, constatando-se que houve a confissão do acusado, ainda que parcial ou retratada em juízo, e que ela foi utilizada na sentença condenatória, deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea (HC 235.244/SP, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJSP), Sexta Turma, j. em 18.11.2014, DJe de 17.12.2014).

Portanto, ao final da segunda etapa, mantenho as penas nos mínimos legais.

Por força da tentativa, entendo que as sanções devem ser reduzidas na mínima fração de 1/3.

O réu não apenas havia iniciado os atos executórios, como já havia avançado no percurso do *iter criminis*, chegando a ligar a motocicleta e a “virá-la no braço”, deslocando-a por cerca de dois metros. Além disso, ele já havia subido no veículo e, segundo a vítima, se ele e a testemunha L. “não tivessem agido a tempo o autor teria furtado sua moto” (f. 8).

Nota-se, pois, que o crime esteve bem próximo da consumação, razão pela qual a benesse prevista no art. 14, parágrafo único, do CP, deve incidir no mínimo legal.

Dessarte, fica o acusado definitivamente submetido às penas de 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa.

O regime prisional permanece o semiaberto, por força da reincidência do réu.

Mantenho a unidade do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Nesses termos, dou parcial provimento ao recurso. Isento o réu do pagamento das custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Injúria racial - Ação penal pública condicionada à representação do ofendido - Formalidade - Não exigência - Extinção da punibilidade - Decadência - Comportamento do ofendido - Retratação - Incompatibilidade - Não ocorrência - Prova - Inexistência - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Injúria racial. Conduta prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal. Preliminar: decadência. Rejeição. Mérito: absolvição. Necessidade. Ausência de prova judicializada.

- No crime de injúria racial, a ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, na forma do art. 145, parágrafo único, do Código Penal, sendo certo que a representação não exige maiores formalidades, e sendo evidente que o comportamento do ofendido se mostra incompatível com o desejo de se retratar, não há falar em decadência.

- Não havendo, nos autos, provas produzidas sob o crivo do contraditório, não sendo ouvidas, em juízo, a acusada, vítima ou testemunhas, a absolvição é medida que se impõe, uma vez que os elementos informativos obtidos na fase investigatória se prestam somente a dar lastro à propositura da ação penal, devendo ser reproduzidos em juízo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0461.12.000544-6/001 - Comarca de Ouro Preto - Apelante: E.H.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: L.V.R. - Relatora: DES.^a KÁRIN EMMERICH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR E PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - Kárin Emmerich - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a KÁRIN EMMERICH - Trata-se de apelação criminal interposta por E.H.S., em face da sentença de f. 76/84, proferida pela MM. Juíza da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto/MG, que, julgando procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenou a apelante como incurso nas sanções do art. 140, § 3º, do Código Penal, às penas de 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 7 (sete) dias-multa à razão mínima, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários.

Inconformada, a acusada apelou e, em suas razões recursais de f. 113/127, alega, preliminarmente, a ocorrência da decadência, em face da ausência de representação por parte do ofendido. No mérito, pleiteia a absolvição, sob alegação de ausência de comprovação de autoria e, subsidiariamente, pugna pela absolvição em face da ausência de comprovação de dolo específico, perdão judicial, aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, c, do CP e ainda a aplicação da detração.

Em suas contrarrazões de f. 130/133, pugna o *Parquet* pelo provimento do recurso para absolver a apelante.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 134/139, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narra a denúncia:

No dia 31 de agosto de 2011, no presídio de Ouro Preto, localizado na Rua la Saudade, Bairro Passa Dez, neste município e comarca, E.H.S. injuriou o agente penitenciário L.V.R., tendo dito 'não aguento mais este macaco aqui me olhando'. Conforme narrado, a presa E. ofendeu a honra subjetiva da vítima, tendo imputado-lhe a palavra 'macaco', de modo depreciativo, referindo-se à sua raça.

A polícia militar foi acionada, e a denunciada conduzida à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos.

Representação do ofendido à f. 34.

Assim, tendo a denunciada incorrido no art. 140, § 3º, do Código Penal, na forma da Lei 11.340/06, requer o Ministério Público seja o mesmo citado para apresentação de defesa, com o posterior recebimento da denúncia e adoção das demais providências legais, inclusive oitiva das pessoas a seguir arroladas, condenando-se o réu, ao final, nas penas cabíveis.

1. Preliminar.

1.1 - Decadência.

Pugna a defesa pelo reconhecimento da decadência, tendo em vista a ausência de representação por parte da vítima em tempo hábil.

Todavia, ao contrário do alegado pela defesa, tenho que a manifestação constante do Boletim de Ocorrência, assinada pela vítima, acerca do interesse de representar supre qualquer formalidade, sendo certo que o BO, por ser documento público, é dotado de fé pública, não havendo lugar para insinuações de que a inserção da manifestação tenha se dado em data não apurada.

Ademais, a representação não exige maiores formalidades, sendo evidente que o comportamento adotado pelo ofendido, logo após a ofensa, é incompatível com o desejo de se retratar, uma vez que a polícia foi acionada e, em seguida, o ofendido compareceu à delegacia de polícia para prestar declarações acerca do ocorrido.

Nesse sentido a doutrina:

Ausência de rigor formal: segundo o Supremo Tribunal Federal, a representação é peça sem rigor formal, e pode ser apresentada oralmente ou por escrito (art. 39, CPP), tanto na delegacia, quanto perante o magistrado ou o membro do Ministério Público. O importante é que a vítima revele o interesse claro e inequívoco de ver o autor do fato processado (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2012, p. 170).

Por sua vez, a jurisprudência tem sido pacífica quanto à desnecessidade de maiores formalidades no tocante à representação, bastando apenas que haja a manifestação da vontade da vítima evidenciando a intenção de que o autor do fato delituoso seja processado criminalmente. Vejamos:

Apelação criminal. Queixa-crime. Crime contra a honra. Injúria racial. Extinção da punibilidade pela ocorrência de decadência. Inviabilidade. Representação. Condição de procedibilidade atendida. Recurso provido. - No crime intitulado injúria preconceituosa, a ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, na forma preconizada pelo art. 145, parágrafo único, do Código Penal. - Tendo em vista que a representação não exige maiores formalidades, e sendo evidente que o comportamento da ofendida se mostra incompatível com o desejo de se retratar, não há se falar em extinção da punibilidade da acusada em razão da decadência do direito de representação (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.12.006211-5/002, Rel.º Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 23.04.2015, p. em 04.05.2015).

Assim, não há falar em ocorrência da decadência, haja vista a manifesta intenção da vítima de representar contra a apelante.

2. Mérito.

2.1 - Absolvição.

Pleiteia a defesa a absolvição da acusada, ao argumento de que não restou comprovada a prática delituosa, uma vez que não há, nos autos, provas produzidas em juízo.

Tenho que razão assiste à defesa, já que, embora a materialidade delitiva tenha restado comprovada por meio da Portaria de f. 02, Boletim de Ocorrência de f. 03/06, não há nos autos qualquer prova produzida sob o crivo do contraditório.

Ora, não foram ouvidas, em juízo, nem a acusada, a vítima ou a testemunha, não havendo sequer uma prova judicializada que corrobore os elementos informativos amealhados por ocasião do inquérito policial.

Dessa forma, tenho que apenas elementos informativos produzidos extrajudicialmente não se prestam a dar lastro a uma condenação penal.

Nesse sentido a jurisprudência:

Apelação criminal. Crime praticado no âmbito doméstico. Lesão corporal. Autoria negada. Retratação da vítima em juízo. Ausência de prova judicializada. Princípio do *in dubio pro reo*. Absolvição mantida. Recurso conhecido e

desprovido. - I - O depoimento da vítima, quando isolado do conjunto probatório e retratado em juízo, não é suficiente para embasar um decreto condenatório. II - Inexistente qualquer comprovação judicial da participação do acusado no evento criminoso, impõe-se a manutenção da absolvição pelo princípio da presunção de inocência (TJMG - Apelação Criminal 1.0183.12.007501-9/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2016, p. em 18.05.2016).

Tem-se que, para haver uma decisão condenatória, é exigida a segurança quanto à autoria delitiva dos fatos narrados na exordial, que deve estar calcada em elementos de convicção a evidenciar a prática do delito bem como sua autoria.

Sendo inadmissível a manutenção da condenação fundada tão somente em indícios colhidos na fase administrativa, sendo tal proceder vedado pelo art. 155 do Código de Processo Penal. *In verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, não sendo produzida qualquer prova em juízo, ausente a certeza necessária para um edito condenatório, não havendo outra solução senão a absolvição da apelante, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, dou provimento ao recurso para absolver a apelante E.H.S., com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Sem custas, em face do provimento do recurso.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Pesca em local proibido - Uso de redes de pesca - Inexistência de peixes pescados - Bem jurídico tutelado - Ausência de ofensa - Princípio da insignificância - Atipicidade

Ementa: Apelação criminal. Pesca em local proibido. Artigo 34 c/c 36, ambos da Lei 9.605/98. Autoria e materialidade. Réu confesso. Prisão em flagrante. Redes de pesca alocadas na água. Nenhum peixe que chegou a ser recolhido/pescado. Bem jurídico tutelado que não chegou a ser ofendido. Princípio da insignificância. Réu primário. Incidência possível. Conduta atípica. Precedentes jurisprudenciais. Art. 386, III, do CPP. Absolvição que se decreta.

- É atípica a conduta do agente primário que é flagrado em uma lagoa marginal com três redes de pesca, sem ter capturado qualquer animal, pois, nesse contexto, a conduta é atípica, já que ela não chegou a ofender ou gerar perigo concreto de lesão relevante ao bem jurídico tutelado, o que afasta a tipicidade material da conduta.

V.v. - Tratando-se de crime formal, notadamente que tenha por bem jurídico direito de terceira geração, como o meio ambiente, revela-se inaplicável o princípio da insignificância.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0118.12.000591-3/001
- Comarca de Canápolis - Apelante: J.L.P.B. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. SÁLVIO CHAVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016. - *Sálvio Chaves* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÁLVIO CHAVES - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra J.L.P.B., tendo-o como incurso nas iras dos arts. 34, *caput*, e inciso II c/c art. 36, ambos da Lei 9.605/98, em virtude de fatos ocorridos em 07.04.2012.

Em prol do agente foi oferecido o benefício da suspensão condicional do processo, o que não foi aceito, f. 58.

A denúncia foi recebida em 04.03.2013, f. 60.

Ao final, por intermédio da sentença de f. 144/146, a pretensão punitiva estatal foi julgada procedente, ao réu foi aplicada a pena de 1 ano de detenção, regime inicial aberto, em sequência, a pena corporal foi substituída por uma restritiva de direitos. Ao réu foi assegurado o apelo em liberdade.

Sentença publicada em 30.11.2015, f. 147.

Intimações regulares.

Inconformado, recorre o acusado, termo de f. 149 (vide decisão de f. 152) e razões de f. 153/163, oportunidade em que alega que a sentença merece total reforma, por inexistirem elementos que autorizem a condenação imposta.

Sustenta que confirmou ter colocado redes de pesca em uma lagoa, mas que não sabia que isso fosse proibido, que havia colocado os artefatos 15 minutos antes da chegada da polícia, que não chegou a pescar peixe algum.

Assevera que não pode ser aceito argumento em sentido contrário ao que foi confessado, pois inexistem

provas de que as redes de pesca tenham sido colocadas no período noturno.

Salienta possuir 57 anos de idade, ser primário e portador de bons antecedentes, que não estava na posse de qualquer peixe. Diz ainda que, no momento de sua abordagem, havia outros pescadores no local.

Entende ser o caso de decretação de sua absolvição com fulcro no princípio da insignificância, já que a conduta não gerou dano ao meio ambiente. Cita o art. 225, § 1º, VI, da CR/88.

Colaciona julgados que entende sejam aplicáveis ao caso.

Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso para o fim de ser decretada a absolvição; requer ainda a concessão das benesses da gratuidade de justiça.

Contrarrazões ministeriais às f. 168/170 e verso, pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 175/177, pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Este é o relatório do necessário. Decido.

Conheço do recurso por ser próprio e tempestivo.

A materialidade delitiva se comprova por intermédio do APFD de f. 05/12; BO de f. 14/18; auto de apreensão de f. 21, termo de depósito de f. 19, sem prejuízo da prova oral produzida.

Aqui, cumpre registrar que não existiu a preocupação de se comprovar o tamanho, a metragem, das três redes apreendidas em poder do réu, apenas consta que elas eram de nylon duro, vide f. 21 e BO de f. 14/18; assim, não é possível se presumir que a conduta perpetrada tenha sido grave, em particular, porque nenhum espécime da fauna chegou a ser pescado/capturado pelo acusado.

A autoria recai evidente, pois o réu foi preso em flagrante delito e confessou em juízo os fatos. O réu disse que estava em um local pescando com redes de nylon, sendo controverso o momento de alocação das redes na água, pois o policial militar disse que isso deve ter ocorrido no período noturno, por hipótese.

Com efeito, o réu diz que não, que havia colocado as redes na água minutos antes da chegada da guarnição policial, o que se afigura mais compatível com o caso concreto, já que nenhum peixe foi pescado pelo réu. Vide f. 118 e 101/102.

De qualquer forma, o momento da colocação das redes de pesca na água é irrelevante, pois o tipo penal considera criminosa a simples conduta de se pescar em local em que essa atividade seja proibida, por se tratar de uma lagoa marginal, nos termos da Instrução Normativa do IBAMA nº25 e Decreto Estadual nº 44.844/08.

Contudo, não é possível se ignorar o contexto do caso concreto, em que não se sabe o tamanho das redes de pesca apreendidas, ou seja, a potencialidade lesiva delas. E mais, é de se lembrar que o réu não pescou nenhum animal, nada.

De se destacar, inclusive, que, pelos fatos descritos nos autos, ao réu foi aplicada sanção administrativa no

importe de R\$1.542,00, nos termos do auto de infração nº 71123 do IEF, vide f. 05, o que no caso dos autos já de mostra como punição suficiente pelo evento noticiado nestes autos.

Logo, no contexto apresentado nestes autos, é de se concluir que a conduta é atípica, já que ela não chegou a ofender ou gerar perigo concreto de lesão relevante ao bem jurídico tutelado, o que afasta a tipicidade material da conduta.

A propósito, oportuna a transcrição dos fundamentos externados pelo douto colega, Desembargador Renato Martins Jacob, no julgamento da Apelação Criminal nº 1.0499.07.004705-9/002:

[...] Ora, ainda que se reconheça que o meio ambiente merece ser protegido, creio que a pesca de alguns exemplares de peixe, de per si, não é o suficiente para lesar o bem jurídico tutelado pelo art. 34 da Lei 9.605/98, não havendo, no caso, qualquer outro elemento apto a demonstrar a ofensividade concreta da conduta, até porque o réu teve seu instrumento de pesca apreendido, o que demonstra foram sensivelmente reduzidas as possibilidades de ele vir a reincidir naquela prática. [...].

Em caso análogo, essa foi a mesma linha de julgamento adotada:

Apelação criminal. Crime ambiental. Artigo 34 da Lei 9.605/98. Pesca em época proibida com a utilização de petrecho não permitido. Ausência de lesão ao bem jurídico tutelado. Conduta de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. - Não viola o bem jurídico tutelado pelo art. 34 da Lei 9.605/98, que vem a ser o equilíbrio ecológico, não constituindo crime ambiental a conduta consistente na captura de apenas 03 quilos peixe, para consumo pessoal, não se podendo conceber como ofensiva ao meio ambiente e passível de causar desequilíbrio ecológico uma ação dessa natureza, ainda que levada a efeito em local interditado para pesca e com o uso de uma tarrafa (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0515.08.035058-7/001, Relatora Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 24.11.2011, p. em 11.01.2012).

No sentido, já decidiu o col. STJ em inúmeras oportunidades, confira-se:

Habeas corpus. Ação penal. Crime ambiental. Art. 34 da Lei nº 9.605/98. Ausência de dano ao meio ambiente. Conduta de mínima ofensividade para o direito penal. Atipicidade material. Princípio da insignificância. Aplicação. Trancimento. Ordem concedida. 1 - Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2 - Hipótese em que, com os acusados do crime de pesca em local interditado pelo órgão competente, não foi apreendida qualquer espécie de pescado, não havendo notícia de dano provocado ao meio-ambiente, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante. 3 - Embora a conduta dos pacientes se amolde

à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado. 4 - Ordem concedida para, aplicando-se o princípio da insignificância, trancar a Ação Penal nº 2009.72.00.002143-8, movida em desfavor dos pacientes perante a Vara Federal Ambiental de Florianópolis/SC (STJ - Quinta Turma - HC 143208/SC - Rel. Ministro Jorge Mussi - j. em 25.05.2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 14.06.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime ambiental. Pesca vedada. Princípio da insignificância. Ausência de dano efetivo ao meio ambiente. Atipicidade material da conduta. Trancamento da ação penal. - 1. O denunciado é pescador de origem simples, amadorista, tendo sido apreendidos apenas três molinetes, três varas e dois bagres, o que demonstra a mínima ofensividade da conduta. Ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, *caput*, da Lei n. 9.605/1998), verificando-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente. 2. Recurso ordinário provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da Ação Penal n. 5000614-16.2011.404.7200 (Juízo Federal da Vara Ambiental da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC) (STJ - RHC 33465 / SC - Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma - j. em 13.05.2014).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Crime de pesca com petrechos não permitidos. Art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98. Pedido de trancamento da ação penal. Incidência do princípio da insignificância. Aplicabilidade. Análise do caso concreto. Irrelevância penal da conduta. Recurso provido. - 1 - A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental. 2 - Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta dos recorrentes - sem registro de antecedentes criminais nos autos, aos quais não se atribuiu a pesca profissional ou reiteração de conduta -, que não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foram apreendidos, além de alguns artefatos, apenas 1,180Kg (um quilograma e cento e oitenta gramas) de traíra e 1,350Kg (um quilograma e trezentos e cinquenta gramas) de tilápia, o que afasta a incidência da norma penal. 3. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal nº 0098852-34.2012.8.13.0056 (STJ - RHC 35577/MG - Relatora Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - j. em 24.04.2014).

Por fim, do colendo Supremo Tribunal Federal colhe-se a seguinte orientação:

Ação penal. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do Ibama. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvção decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. - Verificada a objetiva insignificância

jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento (STF - HC 112563/SC - Relator Min. Ricardo Lewandowski - j. em 10.12.2012).

Logo, na conformidade do exposto, concluindo-se pela atipicidade da conduta, alternativa não resta senão a de se decretar a absolvição do réu.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o apelante J.L.P.B. do crime do art. 34 da Lei 9.605/98, com fundamento no art. 386, III, do CPP. Desnecessária a expedição de alvará de soltura, pois o réu respondeu aos termos da presente ação penal solto.

Custas, pelo Estado.

É como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Peço vênha ao eminente Relator, para divergir de seu voto.

Autoria e materialidade delitivas não foram contestadas, conforme se depreende do próprio arrazoado, de f. 154/163.

A defesa pediu, de saída, a aplicação do princípio da insignificância.

Em sentença, foi condenado pela prática do crime previsto no art. 34, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais.

Analisado esse tipo penal sob a ótica de sua taxonomia classificatória, de pronto se nota que é ele de perigo abstrato e formal, isto é, para que se configure, não é necessária a existência de efetiva violação ao bem jurídico.

Entendo que o princípio da insignificância não encontra espaço de aplicação ao caso em tela. Aliás, via de regra, revela-se ontologicamente incabível em relação a crimes ambientais em geral. A todas as espécies de delitos que têm por bem jurídico tutelado o meio ambiente, aplicar-se a insignificância pode se mostrar perigoso ao próprio valor protegido (direito de terceira geração, de indisputável relevância e sempre indisponível ao cidadão), em face do chamado "efeito cascata". Um pequeno dano aqui, outro ali, e depois se tem toda uma microrregião ou ecossistema violado pela ação humana.

O sucesso da pescaria levada a efeito - como o próprio resultado naturalístico no âmbito dos crimes de perigo abstrato, de uma forma geral - não pode ser usado para fins de verificação da possibilidade de incidência da insignificância.

Acerca do tema, e negando a insignificância a crimes de perigo, confira-se o resumo dos seguintes julgados, veiculado no recente informativo nº 845 do Supremo Tribunal Federal, publicado em 10 de novembro de 2016:

Pesca ilegal: crime de perigo e princípio da insignificância:

A Segunda Turma, em julgamento conjunto, denegou a ordem em *habeas corpus* e negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* em que se pretendia fosse reconhecida a atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância. Em ambos os casos, os envolvidos foram

denunciados pela suposta prática do crime do art. 34 da Lei 9.605/1998 (pesca proibida).

Em um dos processos, a denúncia foi oferecida em razão de o acusado ter sido encontrado com 70 metros de rede de malha número 16 e iscas vivas, porém sem pescado algum. No outro, o denunciado foi flagrado praticando atos de pesca amadora, com o uso de redes de emalhar ancoradas (fixas), em local interditado para a atividade durante o período de safra da tainha. Também não havia nenhum espécime em seu poder.

O Colegiado citou a definição da atividade da pesca, conforme o disposto no art. 36 da Lei 9.605/1998 ('Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora'). De acordo com o texto legal, a pesca não se restringe à captura do ser vivo, mas também abrange todo ato tendente a fazê-lo.

Nesse sentido, a Turma assentou tratar-se de crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade de dano ao bem jurídico. Assim, a captura por meio da pesca é mero exaurimento do delito, de modo que não se pode falar em crime de bagatela por não ter sido apreendido nenhum ser vivo. Os comportamentos dos denunciados apresentam elevado grau de reprovabilidade. Além disso, os crimes não se exauriram porque as autoridades intervieram antes que houvesse dano maior à fauna aquática (RHC 125566/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 26.10.2016).

Noutro giro, a pena não carece de retoque.

Nas três fases da operação dosimétrica, ficou no mínimo legal, inclusive com a aplicação da confissão, pleiteada em razões, mas já reconhecida em sentença.

Conservo o regime inicial de cumprimento de pena em sua forma aberta e mantenho a substituição da reprimenda corporal por uma alternativa, nos termos do ato sentencial.

Sendo assim, nego provimento ao recurso.

Se este for o voto condutor, custas, pelo apelante.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Acompanho o e. Des. Relator, aproveitando o ensejo para destacar que me filio ao entendimento exposto em seu voto, manifestado pelo STJ, segundo o qual a aplicação do Princípio da Insignificância em delitos contra o meio ambiente é devida, desde que a conduta do agente expresse pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social, o que entendo ter ocorrido neste caso.

Destaco ainda que tenho ciência de entendimento recente do STF em sentido diverso, oriundo da Segunda Turma daquele Órgão. No entanto, na referida Corte o tema não se encontra pacífico, tendo a mesma Segunda Turma decidido em sentido diverso alguns meses antes, conforme ementa abaixo:

Inquérito. Denúncia contra deputado federal. Crime ambiental. Pesca em lugar interditado por órgão competente. Art. 34 da Lei nº 9.605/1998. Afastamento da preliminar de inépcia da denúncia. Alegada falta de justa causa

para o prosseguimento da ação penal. Acolhimento. - 1 - Inviável a rejeição da denúncia, por alegada inépcia, quando a peça processual atende ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal e descreve, com o cuidado necessário, a conduta criminosa imputada a cada qual dos denunciados, explicitando, minuciosamente, os fundamentos da acusação. 2 - Hipótese excepcional a revelar a ausência do requisito da justa causa para a abertura da ação penal, especialmente pela mínima ofensividade da conduta do agente, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada (Inq. 3.788, Relatora Min.ª Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 01.03.2016, Acórdão Eletrônico DJe-122, divulg. 13.06.2016, p. em 14.06.2016).

Diante do exposto, acompanho o e. Des. Relator para dar provimento ao recurso.
É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

...

Furto qualificado - Uso de chave falsa - Autoria e materialidade comprovadas - Reincidência - Exclusão

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Uso de chave falsa. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Exclusão da reincidência.

- Resta configurado o crime de furto qualificado pelo emprego de chave falsa a que se refere o art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, mesmo porque referido instrumento foi apreendido pelos policiais responsáveis pelas investigações, em uma mochila pertencente ao apelante, por este dispensada próximo do local de encontro da *res furtiva*.

- Sendo as provas suficientes para demonstrar a autoria e materialidade do delito de furto na sua forma qualificada, não há como acolher o pleito absolutório.

- Tendo-se em conta que nosso diploma processual penal erigiu os indícios à categoria de prova direta, é possível a ocorrência de um decreto condenatório com suporte nessa modalidade probatória.

- Se a decisão primeva considerou caracterizada a reincidência com base em decisão não definitiva, impõe-se a exclusão da referida agravante.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0103.12.001081-6/001
- Comarca de Caldas - Apelante: L.G.D.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: R.A.T. - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - Paulo César Dias - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de L.G.P.D., dando-o como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III, do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 20 de maio de 2012, por volta das 20h30min, na comarca de Caldas, o denunciado, utilizando de uma chave micha artesanal, subtraiu para si a motocicleta Yamaha/YBR, de cor preta, placa HDC-0479, de propriedade da vítima R.A.T. Consta que já na direção do referido automotor e não utilizando capacete de segurança, ao se deparar com patrulhamento da polícia militar, imprimiu velocidade no veículo e empreendeu fuga, abandonando a moto na altura da Epamig, e adentrou em um matagal. Durante a fuga o denunciado deixou cair uma mochila contendo pertences pessoais, com sua identificação pessoal, que foi posteriormente descoberta por um funcionário daquela empresa e entregue na Delegacia de Polícia local. Determinada testemunha ocular também afirmou ter visto o réu, na data dos fatos, com tal acessório nas costas, tentando dar partida na *res furtiva*.

O MM. Juiz da comarca de Caldas condenou o réu nos termos da denúncia impondo-lhe a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Inconformada a defesa recorreu, pugnando pela absolvição do réu, com base nas teses da negativa de autoria e de ausência de provas suficientes para ensejar a condenação.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

É o relatório.

Conheço dos recursos, eis que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

A prova da materialidade restou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (f. 07/13); Auto de Apreensão (f. 29); Laudo de Avaliação (f. 30) e Termo de Restituição (f. 22).

Ao contrário do que afirma o apelante, as provas apresentadas nos autos são suficientes para afirmar que o fato descrito na denúncia de furto qualificado pelo emprego de chave micha restou suficientemente comprovado, ou seja, que o réu, ora apelante, efetivamente, foi o autor da infração penal relatada.

Com efeito, restou demonstrado nos autos que o réu foi flagrado na condução da moto furtada, quando empreendeu fuga, deixando cair uma mochila, em cujo interior havia documentos que revelaram ser ele o seu proprietário.

Importante ressaltar que, em depoimento, o investigador Everton Monteiro do Amaral, em Juízo (f. 88) relata que dentro da mochila foram localizados pertences do investigado, dentre os quais um carnê de compras em seu nome. Após investigação, apurou-se que a compra na referida loja teria sido feita por uma mulher com o nome de I.L.N.S., que se apresentou como sendo namorada do apelante, chegando-se então à qualificação do mesmo.

A testemunha Magdiel de Oliveira Pereira, policial militar, ao ser ouvido em juízo (f. 87), portanto, sob o crivo do contraditório confirmou na íntegra suas declarações prestadas na fase policial, afirmando que perseguiu o autor dos fatos, e que a mochila apreendida tem as mesmas características da encontrada abandonada no momento da fuga. Além disso, disse que as características físicas do réu eram semelhantes às da pessoa perseguida.

No que diz respeito ao depoimento prestado pelo policial responsável, firmou-se a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que, agindo eles no estrito cumprimento de seu dever e nos limites da legalidade, suas declarações apenas devem ser repudiadas quando estiver em total dissonância com os demais elementos probatórios coligidos nos autos. No caso, os depoimentos dos policiais estão corroborados pelas demais provas produzidas nos autos.

A testemunha G.F.G. afirmou no depoimento prestado na Delegacia de Polícia (f. 22) ter presenciado o momento em que o réu tentava ligar a motocicleta furtada, levando nas costas uma mochila com as mesmas características da encontrada abandonada no terreno da Epamig. Veja-se:

[...] Que, na data dos fatos, por volta das 20:30h, o depoente passava de carro pela Avenida Santa Cruz, próximo à loja Maçônica, quando reparou que um indivíduo, uma motocicleta Yamaha YBR 125, na cor preta, que reparou também que aquele indivíduo estava sem capacete, com uma mochila preta nas costas (...). Que no momento reconhece a mochila preta, com detalhes laranja, ora apreendida nesta unidade, como sendo aquela que tal indivíduo utilizava [...] (f. 26).

Como não bastasse, dentro da mochila foi apreendida uma chave micha, comumente empregada para dar ignição nos veículos a serem subtraídos.

Percebe-se que o próprio acusado reconheceu como sendo de sua propriedade a mochila, senão vejamos:

[...] Afirma sem sombra de dúvidas ser proprietário da mochila de cores preta e laranja ora apresentada, pelos policiais de Caldas, descreveu sem ao menos ter visto o conteúdo da mochila, cada um dos objetos constantes [...] [L.G.D.P. f. 111).

Assim, não procede a pretensão defensiva de absolvição do réu, sob o argumento de que não teria praticado o delito. Embora o apelante negue participação no delito em tela, foi avistado, no dia dos fatos, pilotando a moto com a mochila que foi apreendida próximo do local em que a moto foi encontrada, e que continha em seu interior pertences do réu. Importante observar que suas declarações de que teria perdido a mochila, além de pouco convincentes, quedaram-se isoladas nos autos.

Por outro lado, quanto ao álibi apresentado pelo acusado de que no dia dos fatos teria viajado para o distrito de São Bento de Caldas, situado no Município de Caldas, para uma partida de futebol, não restou devidamente comprovado. A defesa sequer arrolou testemunhas capazes de comprovar as alegações do réu, apesar de este até ter citado nome de pessoa que teria também participado do jogo. A propósito, há apenas as declarações da namorada do réu, que não merecem ser acolhidas, uma vez que ela declarou somente que o ouviu dizer que no dia dos fatos ele havia viajado, ou seja, não tem certeza sobre o fato. Além disso, como namorada do réu, ela tem interesse no desfecho favorável ao apelante, sendo certo que a prova refuta as declarações do apelante, restando nítida a sua participação na empreitada delituosa.

Portanto, a negativa do apelante de desacompanhada de qualquer adminículo de prova e de verossimilhança, diante do acervo probatório colhido ao longo da instrução, são provas mais do que suficientes para autorizar a condenação imposta ao réu. Sobre o valor dos indícios, com propriedade, anota Fernando Capez:

Indício: é toda a circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Assim, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar. Indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*. [...] A prova indiciária é tão válida como qualquer outra - tem valor como as provas diretas -, como se vê na exposição de motivos, que afirma inexistir hierarquia de provas, isto porque, como referido, o Código de Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados. [...] Há julgados que sustentam a possibilidade de condenação por prova indiciária (RT 395/309-310). De fato, uma sucessão de pequenos indícios ou a ausência de um álibi consistente do acusado para infirmá-los pode, excepcionalmente, autorizar um decreto condenatório, pois qualquer vedação absoluta ao seu valor probante colidiria com o sistema da livre apreciação das provas, consagrado pelo art. 157 do Código de Processo Penal (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363-364).

Assim, diante da logicidade proporcionada pelo acervo probatório colhido, e principalmente diante da inércia do apelante em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, não há como acolher o pleito absoluto, pois da análise sistemática dos elementos carreados aos autos em ambas as fases, não deixa qualquer dúvida de ser o autor do roubo descrito na denúncia.

Destarte, julgo suficiente, para embasar um decreto condenatório o conjunto probatório constante dos autos, não merecendo prosperar o pedido de absolvição, seja por negativa de autoria ou insuficiência probatória.

Contudo, entendo que um pequeno reparo merece ser feito na reprimenda, no que se refere à agravante da reincidência.

De acordo com o art. 63 do Código Penal, a reincidência se configura quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. No caso em questão, conforme a certidão de f. 119, embora o réu apresente uma condenação, não houve o trânsito em julgado da sentença, que ainda está em grau de recurso, logo não estando caracterizada a reincidência.

Assim, excluída da dosimetria a agravante da reincidência, estabeleço a pena em definitivo em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Sendo o recurso exclusivo da defesa, mantenho o regime prisional aberto estabelecido na sentença.

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da reprimenda imposta por restritivas de direitos, vejo que o requerente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, motivo pelo qual substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena privativa de liberdade, à razão de 01 (uma) hora por dia de condenação, e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do apelante e conceder a substituição da pena privativa de liberdade, mantendo, no mais a r. sentença hostilizada.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DERAM PACIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crimes contra idoso - Maus tratos - *In dubio pro reo* - Comportamento da vítima - Circunstância judicial neutra - Agravante do art. 61, II, h, CP - *Bis in idem*

Ementa: Apelação criminal. Crimes contra idoso. Ausência de ciência pela defesa sobre a expedição de carta precatória. Inocorrência. Cerceamento de defesa não verificado. Preliminar rejeitada. Delito de maus tratos e delito previsto no art. 100, IV, do Estatuto de Idoso. Absolvição. Impossibilidade. Farto material probatório incriminador. Autoria e materialidade comprovadas. Conde-

nação mantida. Crime do art. 102, do Estatuto do Idoso. Autoria duvidosa. Prova insuficiente para a imposição do édito condenatório. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Absolvição decretada. Pena-base. Redução. Possibilidade. Comportamento da vítima. Irrelevante. Circunstância neutra. Decote da agravante do art. 61, II, *h*, do CPB, em relação ao delito do art. 100, IV, do Estatuto do Idoso. Necessidade. *Bis in idem*. Hipossuficiência do agente. Gratuidade da justiça. Concessão na forma do art. 98 do Novo Código de Processo Civil.

- Tendo a defesa tomado pleno conhecimento acerca da expedição da carta precatória, incumbia-lhe acompanhar seu andamento no juízo deprecado. Preliminar rejeitada.

- Não há que se falar em absolvição da acusada, se o material incriminatório constante dos autos é robusto, apresentando-se apto a ensejar a certeza autorizativa para o juízo condenatório em relação aos delitos do art. 136, do CPB e art. 100, IV, do Estatuto do Idoso.

- No processo criminal vigora o princípio segundo o qual a prova, para alicerçar um decreto condenatório, deve ser irretorquível, cristalina e indiscutível. Se os indícios que dão conta da prática do crime previsto no art. 102 do Estatuto do Idoso pela apelante não restaram confirmados ao longo da instrução, ante a inexistência de prova suficiente a alicerçar um decreto condenatório, a absolvição é medida que se impõe, na estrita observância do princípio *in dubio pro reo*.

- Se a vítima não contribuiu para a prática criminosa, a circunstância judicial relativa ao seu comportamento deve ser considerada neutra, não influenciando na fixação da pena-base. Precedentes do STJ.

- Deve ser decotada a agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CPB em relação ao delito previsto no art. 100, IV, do Estatuto do Idoso, eis que a circunstância de ter sido o fato praticado contra maior de 60 (sessenta) anos já constitui o aludido tipo penal, não havendo, assim, que se falar em aplicação da aludida agravante ao delito referido, sob pena de se incorrer em indesejável *bis in idem*.

- Tendo sido a reprimenda corporal da apelante concretizada em *quantum* inferior a 01 (um) ano, deve ser mantida apenas uma das penas substitutivas estabelecidas na sentença, nos termos do art. 44, § 2º, primeira parte, do CPB.

- Constatada a hipossuficiência da agente, deve-lhe ser concedida a gratuidade da justiça, na forma do art. 98 do Novo Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0343.12.001114-7/001
- Comarca de Itumirim - Apelante: L.H.S. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima:
J.M. - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - Agostinho Gomes de Azevedo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação interposto por L.H.S., em face da sentença de f. 172/177, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou-a como incurso nas sanções do art. 136, do CPB e arts. 100, IV e 102, ambos do Estatuto do Idoso, às penas de 02 (dois) anos de reclusão e 04 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, e 50 (cinquenta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo e meio. Esta mesma decisão ainda absolveu a acusada da imputação pela prática do delito previsto no art. 107 do Estatuto do Idoso, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, em meados do ano de 2012, a acusada expôs a perigo a vida e a saúde do Sr. J.M., que se encontrava sob sua guarda para fins de tratamento, privando-o de cuidados indispensáveis.

Segundo se extrai da exordial, após diversas visitas realizadas por assistentes sociais à residência do Sr. J.M., foi constatado que o idoso encontrava-se em condições de vida extremamente precárias.

Ante o estado de risco do idoso, a assistência social de Itumirim decidiu pela transferência do Sr. J.M. para um asilo; no entanto, a acusada se dispôs a cuidar do idoso.

Sob os cuidados dela, o Sr. J.M. continuou em estado de risco, tendo em vista que a acusada não lhe prestava os cuidados necessários à sua subsistência.

Enfatiza a denúncia que o Sr. J.M. encontrava-se com pouquíssima higiene, não usava corretamente os seus medicamentos e não possuía um acompanhamento médico rotineiro, além de ser tratado pela acusada com exacerbada rispidez, hostilidade e desrespeito.

Consta, também, que, na mesma época, a denunciada se apropriou dos rendimentos do idoso J.M., dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade.

Segundo apurado, após assumir a responsabilidade de cuidar do Sr. J.M., a acusada, sob o argumento de administrar os proventos do idoso, passou a utilizar os benefícios previdenciários dele em proveito próprio.

Além disso, conforme se depreende da exordial, a denunciada deixava de prover ao Sr. J.M. os cuidados indispensáveis à sua subsistência, utilizando referida aposentadoria em proveito próprio, empregando-a na reforma e troca das telhas de sua residência.

Ainda consta, além disso, que a acusada, em meados de 2012, retardou, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação cautelar nº 0343.12.000907-5.

Segundo narrado, o Ministério Público desta Comarca interpôs Ação Cautelar para concessão de medida protetiva em favor do idoso J.M., com o fito de transferi-lo para um asilo. Deferida a transferência do idoso, a acusada retardou o cumprimento da referida decisão, obstando a retirada dele de sua residência.

Por fim, narra a exordial que a acusada coagiu psicologicamente o idoso J.M., com o fito que este lhe doasse o direito à posse da casa de morada situada na Rua [...], Centro, em Itumirim.

A acusada, aproveitando-se da situação de enfermidade do idoso, incutiu paulatinamente a ideia de se realizar uma doação, a fim de que o Sr. J.M. doasse o direito à posse da casa de morada situada no endereço já descrito.

Ressaltou a denúncia que a doação tem sido utilizada como prova basilar para ação de usucapião proposta pela denunciada para a aquisição da propriedade do imóvel acima mencionado.

A denúncia foi recebida em 23 de maio de 2013 (f. 102).

A sentença foi publicada em cartório em 29 de maio de 2015 (f. 169v).

Inconformada, apelou a acusada (f. 182), apresentando suas razões às f. 186/191, suscitando, preliminarmente, a nulidade do feito, por cerceamento de defesa. No mérito, requereu a absolvição, por ausência de provas. O Defensor Dativo nomeado à acusada requereu, ainda, o arbitramento de honorários advocatícios em seu favor.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 194/202).

No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 209/210).

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar da defesa.

Alegou a Defesa, preliminarmente, a nulidade do feito, por cerceamento de defesa, ante a ausência de intimação para a audiência realizada na Comarca de Lavras, na qual foi inquirida uma testemunha de acusação.

Todavia, razão não lhe assiste.

Ao contrário do aduzido, da simples análise dos autos, verifica-se que a Defesa foi regularmente intimada a respeito da expedição da carta precatória, conforme se extrai da certidão de f. 115v, tendo o Defensor nomeado à acusada, inclusive, apostado seu ciente à f. 116.

Nesse sentido, cientificada a Defesa sobre a expedição da precatória, cabia ao defensor o acompanhamento da data designada para a audiência da testemunha no Juízo deprecado, não sendo necessária a sua intimação, nos termos da Súmula 273 do STJ, *in verbis*:

“Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

Além disso, ao que consta da ata da audiência realizada pelo Juízo deprecado, foi nomeado defensor à acusada, que acompanhou a oitiva da testemunha, justamente para que a apelante não ficasse sem defesa técnica (f. 148).

Assim, rejeito a preliminar defensiva.

Não tendo sido arguidas outras preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Quanto aos delitos do art. 136 do CPB e art. 100, IV, do Estatuto do Idoso.

Depois de detido exame do caderno probatório, verifica-se que tanto a materialidade, quanto a autoria dos delitos em questão, restaram cabalmente comprovadas nos autos, através do ofício de f. 04, atestado médico de f. 05, fotografias acostadas às f. 06/08, cópia dos autos da “Medida Protetiva Idoso” de f. 66/94 (com destaque para os ofícios de f. 92 e 94) e pela prova testemunhal produzida, não havendo que se falar em absolvição.

Com efeito, as testemunhas R.S.C. e L.A., respectivamente, médico e assistente social da cidade de Itumirim/MG - profissionais da saúde que atendiam à vítima -, ouvidos nos autos, narraram detalhadamente os fatos, esclarecendo que a acusada, cuidadora do idoso J.M., expôs, efetivamente, a perigo a vida e a saúde deste, privando-o dos cuidados indispensáveis, bem como retardou, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil nº 0343.12.000907-5.

Nesse sentido, afirmou o médico R.S.C.:

Que há dois anos o depoente trabalha em Itumirim e foi em 2010 que começou a prestar atendimento médico domiciliar ao Sr. J.M., que na época morava sozinho, não sabendo o informante o bairro; que, devido à precariedade das condições de vida do Sr. J., condições precárias de higiene pessoal e do domicílio e a ausência de familiares ou cuidadores do idoso, entraram em contato com a assistente social do CRAS, M., e conseguiram uma transferência do Sr. J. para um asilo; Que nessa época L.H. apareceu dispondo-se a cuidar dele; que, salvo engano, L. não possui nenhum vínculo biológico com o Sr. J. e aparentemente estava interessada no benefício dele, sem arcar com as responsabilidades de uma cuidadora; que a guarda do Sr. J. foi passada para L., que o tirou da antiga casa onde ele morava e o levou para a casa dela; que L. passou a ser responsável por cuidar do Sr. J. e também a administrar o dinheiro da aposentadoria dele; que, entretanto, as condições de vida do Sr. J. continuaram precárias, com pouquíssima higiene pessoal, negligência no uso de medicamentos controlados e não marcação de exames de rotina em decorrência da idade, fatos constatados pelo declarante em suas visitas frequentes; que o declarante nunca verificou hematomas ou sinais de maus tratos por agressão física no Sr. J., embora tenha presenciado L. tratar o Sr. J. com muita rispidez, falta de respeito, grosseria e xingamentos; que, mesmo na presença do depoente, da enfermeira P.A. e da agente de saúde E.P., L. tratava mal o Sr. J., dizendo, por

exemplo: 'tenho que internar esse velho', 'esse velho não serve para nada', 'esse velho só dá dor de cabeça', e isso aconteceu diversas vezes;[...] que recentemente tentaram conseguir uma nova transferência para um asilo para o Sr. J., mas sem sucesso, porque havia um empréstimo feito por L. no nome dele, sendo que o asilo não aceita transferência por causa da dívida; que, diante disso, decidiram procurar o fórum e expor a situação precária do idoso [...] (f. 09/10).

Corroborando o aludido depoimento, tem-se a palavra de L.A., a saber:

Que, em agosto deste ano de 2012, a depoente foi procurada pelo Dr. R., que noticiou que o Sr. J.M., 88 anos, para quem prestava atendimento médico domiciliar, vivia em condições miseráveis; que a depoente então fez uma visita para o Sr. J.M., constatando a veracidade dos fatos, verificou que o idoso vivia em péssimas condições de higiene e cuidados em geral; que a casa estava em péssimas condições de higiene, com estrutura comprometida e constituindo-se de local de risco; [...] que L.H.S. e sua filha moram junto com o Sr. J., sendo que L. foi morar lá na condição de ser cuidadora dele, porém a declarante percebeu que a mesma não correspondia com as qualidades desta responsabilidade em nenhum aspecto legal; que a declarante fez duas visitas ao idoso; que durante as visitas presenciou L. tratar o Sr. J. muito mal, com violência psicológica, xingando, falando palavrão, tratando o idoso com hostilidade, mesmo diante de sua presença; [...] que, diante disso, a depoente encaminhou uma solicitação à Promotoria de Itumirim, solicitando uma internação em uma entidade casa-lar; que foi expedida uma ordem de internação para o Sr. J. no Lar São Vicente de Paulo, em Perdões/MG; que, salvo engano, no dia 03 de outubro estava agendado para levá-lo à instituição proposta, porém L. não permitiu que o idoso fosse retirado da casa; que por isso a depoente precisou entrar em contato com a instituição e marcar nova data; que dia 11 de outubro de 2012 a depoente, acompanhada da Polícia Militar, compareceu na casa do Sr. J. às 08:00h; que novamente L. queria impedir, negava entregar os documentos do idoso, sendo preciso ser advertida pelos policiais militares que, caso tentasse impedir e não entregasse os documentos, iria receber voz de prisão; só então L. entregou os documentos; [...] que o Sr. J. foi levado para a instituição em Perdões, onde foi muito bem recebido e assim que chegou foi levado para fazer higiene pessoal, deram banho, cortaram as unhas, fizeram a barba, colocaram roupas limpas nele e já aparentava ser outra pessoa; [...] (f. 14/15).

Ressalte-se que, novamente inquirida em Juízo, esta testemunha confirmou o inteiro teor de seu depoimento prestado na fase inquisitiva, e atestou serem verdadeiros os fatos narrados na exordial acusatória, imputando-os à apelante L. (f. 149).

As demais testemunhas ouvidas, com exceção de A.M.S., não souberam prestar maiores esclarecimentos sobre os fatos em comento, tendo sustentado que não presenciaram as práticas delitivas em questão.

Neste contexto, não obstante as declarações extrajudiciais da vítima, que estava mesmo, a meu ver, submetida aos maus tratos e violência psicológica da acusada, sendo justificável que temesse contra esta depor, e a negativa da própria apelante, tenho que os depoimentos retro transcritos devem prevalecer, eis que coerentes com

os demais elementos de prova colhidos nos autos, sendo certo que L. não trouxe ao feito quaisquer elementos que desmerecessem tais depoimentos, ônus esse que lhe incumbia, não tendo, do mesmo modo, restado demonstrado que tais testemunhas tivessem qualquer interesse em prejudicar a apelante - tendo tão somente lhe narrado a atuação ilícita.

A propósito, consoante muito bem salientado pelo d. Magistrado a quo,

Os depoimentos das testemunhas L. e Ricardo, respectivamente exercentes, na época, das funções perante o município de secretária municipal de assistência social e médico, guardam sintonia firme entre si. Seus depoimentos se revestem de maior credibilidade, visto que estiveram pessoalmente no local e, com a competência que possuem inerentes aos próprios cargos por eles ocupados, puderam atestar que a vítima, Sr. J., efetivamente se encontrava em condições precárias de higiene pessoal e de saúde, além de estar muito mal cuidado. Eles inclusive tiraram fotografias da residência dele, conforme consta dos autos às f. 06-08, demonstrando assim a péssima situação da casa onde ele morava. Não há motivo algum para não conferir credibilidade às palavras dos funcionários públicos. Eles, preocupados com a integridade do idoso, buscaram junto ao Ministério Público medidas protetivas como forma de protegê-lo e lhe fornecer condições apropriadas de sobrevivência (f. 174/v).

Destarte, restando cabalmente comprovado, através dos depoimentos idôneos e isentos das referidas testemunhas - funcionários públicos, com os quais, inclusive, a acusada afirmou que não possuía qualquer desavença, não tendo elas, portanto, motivos para imputar-lhe falsamente as práticas delitivas em comento -, que L. expôs a perigo a vida e a saúde da vítima, negligenciando os cuidados que lhe eram indispensáveis, deixando-a em condições "miseráveis" de higiene e cuidados em geral, não lhe fornecendo os medicamentos necessários e nem marcando os exames indicados pelo serviço médico, além de ter, também, retardado, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida em ação civil, que determinava a transferência do idoso a um asilo, a manutenção da condenação é medida de rigor.

Ressalte-se que os fatos se amoldam aos tipos penais, tratando-se de condutas típicas, ilícitas e culpáveis, não estando presente qualquer causa excludente ou que isente de pena a apelante, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

Quanto ao delito do art. 102, do Estatuto do Idoso.

Lado outro, em relação ao delito do art. 102, do Estatuto do Idoso, a meu ver, a hipótese é de absolvição.

É que, analisando os autos, verifico que a prova se revela frágil em relação à autoria delitiva, não demonstrando, de forma clara e inconteste, a prática do fato descrito na denúncia pela apelante.

Com efeito, a acusada L. negou a prática delitiva e não foi colacionado aos autos qualquer elemento que sustentasse a acusação, sendo certo que, ao contrário do que se verificou em relação aos outros dois delitos

imputados à autora, neste caso, as testemunhas R.S.C. e L.A. não trouxeram ao feito esclarecimentos suficientes para caracterização do crime previsto no art. 102, do Estatuto do Idoso, *in verbis*: “Art. 102, Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade”.

Nesse sentido, vislumbro que, apesar de haver indícios da ocorrência dos fatos em questão, restou demonstrado nos autos que houve mesmo uma reforma na casa da vítima, reforma esta que, da análise dos elementos extraídos dos autos, fazia-se, de fato, necessária, tendo a testemunha L.A., inclusive, atestado que a estrutura do local estava realmente comprometida (f. 14).

A acusada, por sua vez, afirmou que teria levado o Sr. J.M. ao banco Itaú, onde ele fez um empréstimo para comprar os materiais para a reforma da casa (f. 12/13).

Por conseguinte, o excerto do estudo social de f. 85/86 relatou que a vítima disse receber um salário mínimo de aposentadoria e que teria mesmo feito um empréstimo para “arrumar a casa” onde residia.

As testemunhas M.L.L. e J.B.A., aquela primeira que possuía uma mercearia próxima à residência da vítima e este que trabalhava no local, afirmaram que a acusada acompanhava a vítima nas compras, mas que era esta última quem pagava as despesas, tendo Jorge ainda ressaltado ser ele quem acompanhava o Sr. J.M. até o banco para que o idoso pudesse receber sua aposentadoria, sendo que o cartão bancário e a documentação necessária para retirar o dinheiro ficava com a própria vítima.

Assim, não obstante a existência de indícios de que a acusada apropriou-se de rendimentos da vítima, dando-lhe aplicação diversa de sua finalidade, certo é que estes indícios não foram confirmados ao longo da persecução penal, sendo frágeis os elementos incriminatórios colhidos nos autos, devendo, portanto, prevalecer a absolvição.

Destarte, a meu ver, não conseguiu o Órgão Ministerial provar, satisfatoriamente, a imputação feita na denúncia, motivo pelo qual merece a apelante o benefício da dúvida.

A propósito, elucida o ilustre Professor Paulo Rangel:

[...] Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia [...] (*Direito Processual Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, p. 35).

Registre-se que não se está a dizer que a acusada não praticou o delito que ora lhe está sendo imputado, mas, tão somente, que, não obstante os indícios existentes

nos autos, as provas judicializadas produzidas foram insuficientes para corroborar os termos da denúncia neste tocante.

Como se sabe, na seara penal, somente a prova firme e incontroversa está apta a ensejar um juízo de culpabilidade, de modo que, afigurando-se frágil, como ocorre no caso em tela, a imposição da absolvição é medida que se impõe, com base no princípio *in dubio pro reo*.

No que diz respeito às penas fixadas à acusada, vislumbro que merece pequeno reparo a sentença.

É que, a meu ver, não prospera a análise desfavorável feita pelo d. Sentenciante em relação à circunstância judicial do comportamento da vítima, quanto aos dois delitos ora imputados à apelante.

Conforme entendimento que já pude manifestar anteriormente, vislumbro que tal circunstância judicial, quando a vítima em nada contribui para a ocorrência do crime, não deve influir na fixação da pena-base.

Ora, se assim se considerasse, na maioria esmagadora dos crimes deveria ser tal circunstância sopesada em desfavor do agente, uma vez que, em regra, as vítimas de crime nada têm de responsabilidade por sua ocorrência.

Na esteira da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Medida imprescindível à sua otimização. Efetiva proteção ao direito de ir, vir e ficar. 2. Alteração posterior à impetração do presente *writ*. Exame que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 3. Deficiência de defesa. Prejuízo não demonstrado. Nulidade. Não ocorrência. 4. Apelação. Art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal. Juízo de constatação. Decisão que encontra arrimo nas provas produzidas em juízo. 5. Antecedentes considerados com base em inquéritos e ações em andamento. Flagrante ilegalidade. Súmula 444/STJ. 6. Comportamento da vítima considerado desfavorável. Inadequação. 7. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício. [...] 6 - O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime. 7 - Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão (STJ, HC 146200/DF, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 20.09.2012, p. *DJe* de 26.09.2012 - Ementa parcial).

Penal. *Habeas corpus*. Homicídio triplamente qualificado, estupro e atentado violento ao pudor. Dosimetria na primeira fase. Culpabilidade, personalidade, circunstâncias do crime e comportamento da vítima. Ausência de fundamentação idônea em relação às circunstâncias judiciais da culpabilidade e comportamento da vítima. Inexistência de demonstração do grau de censura das condutas e vítima que não contribuiu para a prática dos crimes. Circunstâncias do crime. Premeditação. Fundamentação idônea. Personalidade atestada em laudo pericial. Possibilidade de consideração negativa. Concessão parcial. Estupro e atentado violento ao pudor em

concurso material. Superveniência da Lei nº 12.015/2009. Lei penal mais benéfica. Retroatividade. Aplicabilidade pelo juízo da execução penal (Súmula 611/STF). Concessão de ofício. [...] 4 - Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] 8 - Ordem parcialmente concedida, com concessão de *habeas corpus* de ofício (STJ, HC 148275/MS, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 21.08.2012, p. DJe de 05.09.2012 - Ementa parcial).

Assim, concluo que a circunstância judicial do comportamento da vítima não deve influir na fixação da reprimenda, razão pela qual, reduz as penas-base dos delitos do art. 100, IV, do Estatuto do Idoso e art. 136, do CPB, ao mínimo legal, ou seja, respectivamente para 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) meses de detenção.

Na segunda fase, entendo pela possibilidade de manutenção da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CPB somente em relação ao delito previsto no art. 136, do CPB, eis que a circunstância de ter sido o fato praticado contra maior de 60 (sessenta) anos já constitui o tipo penal estatuído no art. 100, IV, do Estatuto do Idoso, não havendo, assim, que se falar em aplicação da aludida agravante ao delito referido, sob pena de se incorrer em indesejável *bis in idem*.

Desse modo, inexistindo atenuantes e/ou agravantes em relação ao delito do art. 100, IV, do Estatuto do Idoso, mantenho a pena em 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, patamar no qual torno a reprimenda definitiva, na ausência de outras causas modificadoras.

Já em relação ao delito do art. 136 do CPB, inexistindo atenuantes e presente a agravante do art. 61, II, *h*, do CPB, aumento a pena para 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, patamar no qual a torno definitiva, na ausência de outras causas modificadoras.

Tendo sido os delitos praticados em concurso material, concretizo as reprimendas da apelante em 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa.

Mantenho o regime aberto para cumprimento da pena corporal imposta à apelante, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do CPB.

Por fim, tendo sido a reprimenda corporal concretizada em *quantum* inferior a 01 (um) ano, decoto a pena substitutiva de prestação pecuniária da condenação da apelante, nos termos do art. 44, § 2º, primeira parte, do CPB, mantendo, tão somente a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, cujas condições deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução.

Por fim, tendo em vista que a apelante foi assistida por Defensor Dativo, faz ela jus à gratuidade de justiça, na forma do art. 98, do Novo Código de Processo Civil,

que, de forma supletiva (art. 3º, do CPP), passou a regular a matéria, diante da revogação expressa da Lei 1.060/50 pelo art. 1.072 do Novo Código de Processo Civil e, também, da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.939/03, pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça (Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, publicada em 23.10.2015).

Ressalte-se que a gratuidade da justiça não abrange as obrigações decorrentes de despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, cuja exigibilidade, contudo, ficará suspensa pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da presente decisão, sendo certo que, ao final do referido prazo, subsistindo a situação de insuficiência de recursos, tais obrigações serão extintas, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do Novo Código de Processo Civil.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação da apelante L.H.S. pela prática dos delitos previstos no art. 136, do CPB e art. 100, IV, do Estatuto do Idoso, absolvê-la da imputação quanto à prática do delito do art. 102, do aludido Estatuto, concretizando, pois, suas reprimendas em 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, concedida, ainda, a gratuidade de justiça, na forma do art. 98, do Novo Código de Processo Civil, ficando mantidos todos os termos da *r. sentença*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES e PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Atipicidade da
conduta - Desacato - Polícia militar - Resistência
à prisão - Embriaguez - Elemento subjetivo -
Dolo específico - Testemunha - Absolvção**

Ementa: Apelação criminal. Desacato e resistência. Absolvção. Possibilidade. Agente exaltado e sob efeito de bebida alcoólica. Ausência de dolo específico. Recurso defensivo provido.

- Constatado que a conduta do acusado não reuniu os elementos necessários à configuração dos delitos de

desacato e resistência, não estando presente o dolo específico, imperiosa a sua absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0343.12.001206-1/001
- Comarca de Itumirim - Apelante: L.T.M.F. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator:
DES. EDUARDO MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de apelação criminal interposta contra a r. sentença de f. 91/95, que, julgando procedente a denúncia, condenou o apelante pela prática dos delitos previstos nos arts. 329 e 331, ambos do Código Penal, às penas de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Nas razões recursais, às f. 104/106, busca a defesa a absolvição do apelante, alegando, em síntese, no que tange ao delito de desacato, que o réu não possuía discernimento de sua conduta por estar embriagado. Em relação ao crime de resistência, alegou que a lesão sofrida pelo policial militar ocorreu por seu descuido em sua atuação.

Contrarrazões recursais, às f. 111/115, pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 121/125, pelo não provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia que, no dia 9 de junho de 2013, por volta das 19h20, [...] o denunciado desacatou funcionários públicos no exercício da função, quais sejam policiais militares da cidade de Ingai. Noticiam, também, os autos que o denunciado se opôs à execução de ato ilegal mediante violência a funcionários públicos, quais sejam os mencionados militares.

Segundo restou apurado, a Polícia Militar de Ingai foi acionada a comparecer à paróquia, pois o denunciado estava perturbando a celebração religiosa com gritos e algazarra.

Ao ser advertido pela Polícia Militar a se retirar da igreja, o denunciado começou a desacatar o cabo PM R., chamando-o de [...]. Ao ser dada voz de prisão ao acusado, este partiu em direção ao cabo PM R., desferindo-lhe chutes e socos, agarrando-se à farda do policial,

tentando segurá-lo pelo pescoço e forçando seu dedo da mão esquerda, o que provocou um trauma.

Ao final da instrução criminal, conforme relatado, foi o apelante condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 329 e 331, ambos do Código Penal, o que motivou a interposição do presente recurso.

Após detida análise dos autos, comparando as alegações da acusação com a prova produzida, não se constata elementos suficientes para manter a condenação do réu, ante a ausência do elemento subjetivo, ou seja, do dolo específico, devendo ser proferida a absolvição.

O acusado, ouvido na fase policial, alegou não se lembrar dos fatos em razão de ter feito uso de bebida alcoólica, no caso cachaça, aduzindo, ainda, "que se lembra de ter sido retirado da igreja, mas não consegue relatar o porquê, nem como tudo aconteceu; que nem mesmo sabe dizer se ameaçou alguém, ou até algum policial militar" (f. 40).

Em juízo, asseverou que

não se sabe se são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, pois tinha bebido muito; na data dos fatos, estava bêbado; que está muito arrependido e inclusive procurou por ajuda, em Campo Belo, após os fatos, onde se internou para se desintoxicar e se afastar do vício de bebida alcoólica (f. 70).

Ademais, a testemunha J.F.N.S., na fase policial, afirmou que,

na data dos fatos, L.T.M.F. causou tumulto e atrapalhou uma celebração que estava ocorrendo na Igreja que fica no centro da cidade de Ingai; que L.T.M.F. estava muito alterado e, quando os policiais militares chegaram para contê-lo, L.T.M.F. começou a desacatar o CB PMMG R. [...] (f. 25/26).

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha C.A.V. que, ouvida na fase policial, declarou que,

em certo momento da celebração, L.T.M.F. causou tumulto, atrapalhando a celebração; [...] que L.T.M.F. já ficou internado em clínica psiquiátrica; e que o mesmo sempre fica alterado quando ingere bebida alcoólica [...] (f. 28/29).

Em juízo, C. ratificou seu depoimento anteriormente prestado e ainda afirmou

que, quando não está sob efeito de álcool, o acusado é boa pessoa; [...] que teve informações pela tia do acusado que o mesmo não mais ingere bebida alcoólica; [...] que presenciou o acusado xingar o Policial Militar R. de [...]; que também presenciou o acusado, mesmo algemado, agredir o Policial Militar R., dando socos e chutes no policial em questão (f. 69).

Acrescentem-se, ainda, o relato do Policial Militar J.B.R.M., segundo o qual

o acusado pratica seus atos conscientemente, pois bebe um copo de pinga e já começa a fingir seu comportamento alterado para justificar os atos ilegais; [...] que, na data dos fatos, o réu xingou o depoente de [...]; que o réu, na data dos fatos,

agarrou a roupa do depoente e torceu o dedo do depoente para evitar ser algemado (f. 68).

Com efeito, pela prova testemunhal trazida aos autos, restou evidente que realmente o acusado desacatou os policiais e resistiu à prisão. No entanto, de acordo com as declarações das testemunhas e do próprio acusado, L.T.M.F. estava muito bêbado e nervoso, e, após alguém da Paróquia [...] acionar a Polícia, ele desacatou os policiais e, posteriormente, veio a resistir à prisão. Mas observa-se dos fatos que, ante o estado de ânimo do acusado, este estava exaltado e havia ingerido bebida alcoólica, muito embora o policial J.B.R.M. tenha dito “que o acusado pratica seus atos conscientemente”, o que é natural, já que, de certa forma, tem interesse no deslinde da causa, pois é vítima, não restando configurada a vontade de menosprezar os policiais.

É sabido que, para a configuração do delito de desacato, é preciso haver o dolo específico consistente na finalidade determinada de que o agente tenha intenção de desrespeitar o funcionário público. A ação deve ser voluntária e conscientemente dirigida a esse fim. E, no caso em tela, esse propósito não existiu.

Por mais que o efeito da bebida alcoólica não lhe retire a culpabilidade, por outro, demonstra que não agira com dolo específico, exigível para a configuração do tipo, o que torna sua conduta atípica.

A respeito do tema, manifesta-se a jurisprudência, *in verbis*:

Apelação criminal. Crimes de resistência e desacato. Absolvição. Agente nervoso e sob efeito de bebida alcoólica. Ausência de dolo específico. 1. Não se caracteriza o delito de desacato, por ausência do dolo específico, ou seja, a real intenção de menosprezar os policiais ou o seu cargo, visto que, pelo estado em que se encontrava o agente, não tinha discernimento específico da sua conduta, ante seu estado de ânimo alterado e por sua embriaguez. 2. Ausente o elemento subjetivo do tipo penal do crime de resistência, ou seja, a consciência de que estivesse o agente resistindo a ato legal, ante seu estado exaltado, fica descaracterizado tal delito. 3 - Recurso provido (TJMG - Ap. nº 1.0239.07.008670-1/001 - Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho - j. em 29.09.2009).

Apelação criminal. Art. 331 do CP. Desacato. Elemento subjetivo do tipo não caracterizado. Sentença reformada. Réu absolvido. - As palavras exaltadas, proferidas no momento de cólera daquele cuja capacidade de discernimento estava visivelmente alterada (inclusive por embriaguez), não configuram o crime de desacato, pela ausência do elemento subjetivo do tipo, devendo-se evitar que a ação penal seja palco para punição de toda e qualquer alteração ocorrida no desenrolar de operações policiais. Precedentes (TJMG - Ap. nº 1.0637.08.060580-0/001 - Relator: Des. Renato Martins Jacob - j. em 19.11.2009).

Apelação. Desacato. Embriaguez do acusado. Inexistência do dolo. Crime não caracterizado. Recurso provido para absolver o réu. - Para a configuração do delito de desacato é preciso haver o dolo específico consistente na finalidade determinada de que o agente tenha intenção de ultrajar o funcionário público, o que não existe se as ofensas forem proferidas quando o réu se encontrar em estado de embriaguez (TJMG - Ap. nº 1.0034.01.002667-1/001 - Relator: Des. Paulo César Dias - j. em 17.07.2007).

Sem a vontade livre e consciente de menosprezar o funcionário, na função pública, expondo-o ao desprestígio, não se integra o desacato. Essa tem sido a razão pela qual a jurisprudência tem afastado o reconhecimento do delito nas hipóteses em que as ofensas são proferidas por ébrios ou por indivíduos que, no momento, se mostram possuídos de intenso descontrole nervoso (RT 382/213).

Da mesma forma, não restou configurado o elemento subjetivo do tipo penal do crime de resistência, ou seja, a consciência de que estivesse o agente resistindo a ato legal, porquanto, da forma como se deram os fatos, se depreende que o acusado tão somente veio a demonstrar a sua revolta, ainda que indesculpável e intolerável, não pretendendo subjetivamente furtar-se à prisão.

Pelo mesmo embasamento do crime de desacato, por estar o apelante sob o efeito de bebida alcoólica e com o estado de ânimo alterado, por estar nervoso, demonstra que não poderia ter a intenção de se furtar à prisão, e, por tais motivos, configura a atipicidade do crime.

Dessa forma, ausentes os elementos essenciais à caracterização dos delitos de desacato e resistência atribuídos ao acusado, considero que a sentença recorrida merece reparo.

Feitas essas considerações, dou provimento ao recurso para absolver o acusado L.T.M.P. dos delitos dos arts. 329 e 331, ambos do CP, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

É como voto.

Comunique-se ao il. Magistrado da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Itumirim acerca do teor desta decisão.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Associação para o tráfico e organização criminosa - Recurso ministerial: crime do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13 - Autoria e materialidade comprovadas - Crime formal - Condenação - Recursos defensivos: absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06) - Vínculo e estabilidade - Redução de penas - Causas de aumento e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito - Decote

Ementa: Apelação. Associação para o tráfico e organização criminosa (Lei nº 12.850/13). Recurso ministerial: crime do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13. Autoria e materialidade comprovadas. Crime formal. Condenação. Necessidade. Recursos defensivos: absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06). Impossibilidade. Vínculo e estabilidade comprovados. Condenação. Redução das penas. Decote das causas de aumento e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Descabimento.

- A organização criminosa, crime previsto na Lei nº 12.850/13, é a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que, informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

- A prova da existência de associação não ocasional destinada à distribuição de drogas, com estabilidade, organização e divisão de tarefas, ampara a condenação dos agentes pelo crime de associação para o tráfico.

- Fixadas as reprimendas em observância às regras dos arts. 68 e 59 do CP, inviável falar em reforma.

- Havendo a previsão legal na legislação especial anti-drogas e sendo inegável que o contexto da apreensão das armas é o mesmo da prática do tráfico de drogas, deve ser reconhecida a incidência da causa de aumento do art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06.

- O envolvimento de menores no tráfico de drogas é causa de aumento de pena, nos termos do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

- A fixação do regime inicialmente fechado e a ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontram-se justificadas pelo *quantum* total de reprimenda imposta e pela gravidade das condutas dos agentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0431.15.001225-7/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º) E.R.C. - 3º) W.J.D. - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, E.R.C., W.J.D. - Corréus: R.R.S. e outros - Relator: DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS (2º e 3º apelos) E DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL (1º apelo).**

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - *Octavio Augusto De Nigris Boccalini* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - Trata-se de três recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público de Minas Gerais (1º apelante), por E.R.C. (2º apelante) e por W.J.D. (3º apelante), contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Monte Carmelo (f. 1.414/1.424), que, julgando parcialmente procedente o pedido inserto na denúncia, condenou os réus pela prática dos delitos previstos no art. 35, *caput*, c/c o art. 40, incisos IV e VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, aplicando a ambos as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 1.028 (mil e vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

O *Parquet*, em razões recursais (f. 1.463/1.476), pugna pela condenação de ambos os réus pela prática do delito de organização criminosa, previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

Nas razões recursais, E.R.C. e W.J.D. pugnam pela absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas. Em tese subsidiária, pretendem a redução da pena-base, o decote das causas de aumento e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (f. 1.515/1.521 e 1.445/1.446, respectivamente).

Contrarrazões defensivas (f. 1.502/1.513 e 1.523/1.530) e contrarrazões ministeriais (f. 1.477/1.495 e 1.531/1.550).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 1.557/1.560), opinou pelo provimento do recurso ministerial e o não provimento dos recursos defensivos.

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inexistem preliminares, tampouco nulidades arguidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Mérito.

Narra a denúncia (f. 02/26) que E.R.C., W.J.D., os demais réus e as menores, agindo devidamente ajustados, supostamente, associaram-se e integraram uma organização criminosa armada, voltada à prática do tráfico de drogas e de armas, bem como de homicídios, com atuação em Monte Carmelo, Coromandel, Uberlândia e região.

Consta que a referida organização criminosa obedecia a uma hierarquia, havendo clara divisão de tarefas, sendo que E.R.C. e W.J.D. teriam sido identificados como integrantes do braço comercial de A.M.S., na cidade de Coromandel, responsáveis pela guarda e comercialização de drogas e ocultação de armas de fogo.

Extraí-se, ainda, que, durante os anos de 2014 e 2015, E., W., os demais denunciados e as menores teriam se associado para a prática reiterada do crime de tráfico de drogas, fatos que estão sendo apurados em processos distintos.

Por oportuno, transcrevo trechos da exordial acusatória:

[...] O.S.P., vulgo [...], F.G.H., E.R.C., W.J.D., vulgo [...], e R.C.C.A. atuam diretamente no tráfico de entorpecentes, sendo responsáveis pela guarda e comercialização de drogas e pela ocultação de armas de fogo da organização criminosa [...] (f. 16).

Por questão metodológica, aprecio, em primeiro lugar e em conjunto, os dois recursos defensivos, ante a identidade de pedidos e, posteriormente, ante o recurso ministerial.

Recursos defensivos (2º e 3º recursos - E.R.C. e W.J.D.).

a) Da absolvição - crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06.

Pretendem os apelantes a absolvição em relação ao delito de associação para o tráfico de drogas, ao argumento de que os elementos constantes dos autos seriam frágeis para ensejar a condenação, mormente por não ter sido observada a comprovação do necessário vínculo permanente e estável.

Razão não lhes assiste.

De início, impõe-se consignar que, para a configuração do delito de associação para o tráfico, três requisitos são exigidos: o concurso de agentes, o especial fim de agir e a estabilidade ou permanência da associação criminosa.

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Análise do núcleo do tipo: associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.434/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes [...]. Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 784).

De fato, *in casu*, vislumbra-se a existência entre os inculcados de uma sociedade criminosa voltada, dentre outros fins, para a prática da mercancia de entorpecentes, organizada e duradoura.

A materialidade do delito de associação para o tráfico encontra-se demonstrada nos autos circunstanciados de interceptação telefônica (f. 673/688; 712/1.115 e 1.277/1.291), no relatório policial de levantamento de campo (f. 509/668 e 1.116/1.276), incluindo diversos boletins de ocorrência, nos autos de prisão em flagrante, nos autos de apreensão e nos laudos toxicológicos, segundo os quais, após prévia investigação realizada pelas Polícias Civil e Militar, juntamente com os Promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do Ministério Público, foi deflagrada a operação “Faixa Preta”, para apurar a existência de suposta organização criminosa com atuação, em princípio, nas cidades de Monte Carmelo, Coromandel, Patrocínio, Uberlândia e Catalão, que, em tese, se dedicaria ao tráfico ilícito de drogas e de armas, assim como, presumidamente, à prática de homicídios como meio de assegurar a consecução de suas finalidades essenciais.

Quanto à autoria, do mesmo modo, é incontrovertida, estando demonstrada por meio das interceptações telefônicas, confirmadas pela prova testemunhal, notadamente pelos depoimentos dos Policiais I.C.S.J. e G.A.D. Vejamos:

[...] que, durante as interceptações, foram captados áudios em que W. negociou cerca de 500 gramas ou um quilo de maconha, por aproximadamente um mil e quinhentos reais; que W. está ligado ao bando de A.1, A.2, E., F. e R. [...]; que, na casa de W., foi apreendido ácido bórico que é utilizado para o preparo de drogas; que R.C. aparece em contato com E.; que, em um dos áudios interceptados, um usuário pergunta a E. se ‘ele tem um raio para vender’, sendo que ‘raio’ é expressão utilizada para se referir à cocaína; que E. disse que não tinha e indicou a pessoa de R. como a pessoa que teria a droga [...] (depoimento do policial I.C.S.J. - f. 472/475).

[...] que o acusado E. fazia contato com A.2 e também comercializava drogas diretamente para os usuários, sendo ligado ao gerente de R. de nome A.1; que W. também comercializava drogas em quantidades maiores; que W. era ligado ao bando de A.1 [...] (depoimento do policial G.A.D. - f. 476/477).

Revelam-se, pois, legítimas as informações decorrentes das provas produzidas na fase investigatória e confirmadas à luz do contraditório e da ampla defesa, as quais possuem força probante, em razão da fé pública, que é o apanágio dos atos praticados pelos agentes públicos, nessa condição e no exercício do poder de polícia ostensiva do Estado.

Nesse sentido:

[...] o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar

de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal (STF - HC nº 74.608-0/SP - Relator: Ministro Celso de Mello).

Logo, os depoimentos expressos pelos militares, que fizeram parte das investigações, possuem relevante valor legal para a prova dos fatos em exame.

Além do mais, as interceptações telefônicas demonstraram a existência de pretensa “sociedade” entre os apelantes e demais corréus, dotada de estabilidade, organização e divisão de tarefas.

A par das interceptações telefônicas, destaque-se que o auto de vigilância (f. 509/668) se encontra fartamente ilustrado com fotografias de supostos integrantes da indigitada associação criminosa, em atos que, em tese, consubstanciam o exercício da traficância ilícita.

Destaca-se que a consumação do delito associativo aperfeiçoa-se com a convergência de vontades para a prática de crimes e no momento em que, deliberadamente, os pretensos agentes aderem à função que lhes couber na execução da suposta empreitada delituosa.

Nesse contexto, não se exige de todos os integrantes o mesmo grau de participação e envolvimento nas atividades a que, em tese, se dedica a associação, nem que todos os integrantes do bando tenham praticado, reiteradamente, os crimes planejados pelo grupo criminoso, pois, por se tratar de delito formal, a consumação deste se dá no momento da reunião, de forma habitual e permanente, de mais de três agentes, com o intuito da prática reiterada de delitos.

A propósito, o escólio da doutrina penalista:

Basta uma organização rudimentar, capaz de levar a cabo o fim visado; não se exige nítida divisão de funções, estatutos, hierarquia, ou mesmo contato pessoal dos agentes (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3, p. 201).

No mesmo sentido, encontra-se o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Agravo regimental em recurso especial. Latrocínio. Coautoria. Existência de divisão de tarefas. Desnecessidade de que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo. Agravo regimental não provido. 1. Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado. 2. Em uma ação fortemente armada, o resultado morte deverá ser imputado a todos os coautores, porque, mesmo não agindo diretamente na consecução do evento morte, esse resultado é mero desdobramento causal da ação delituosa. 3. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no AREsp 465499/ES - 2014/0018889-3 - Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz - Sexta Turma - j. em 28.04.2015 - DJe de 07.05.2015).

Desse modo, assim como se concluiu na r. sentença, as provas mostram-se suficientes para a condenação de E.R.C. e W.J.D. como incursos nas sanções do art. 35 c/c o art. 40, incisos IV e VI, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

b) Das causas de aumento - Art. 40, incisos IV e VI, da Lei nº 11.343/06.

Razão também não assiste aos apelantes, E. e W., ao pretenderem o decote da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Tóxicos, sustentando não haver comprovação da participação de menores.

O art. 40, inciso VI, da Lei de Tóxicos estabelece que:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; [...].

Inicialmente, cumpre consignar que não há dúvida quanto à participação de menores, tanto na Comarca de Monte Carmelo quanto na de Coromandel, demonstrada pelas fotos de comércio de entorpecentes contidas do relatório do Ministério Público (f. 509/652), inclusive sendo uma adolescente ouvida à f. 1.194.

Quanto ao documento comprobatório, a teor da Súmula nº 74 do Superior Tribunal de Justiça, “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.”

Em consolidada exegese ao enunciado sumular, o referido Sodalício definiu que o conceito de documento hábil não se restringe à certidão de nascimento, nem ao registro geral no Instituto de Identificação, mas abrange qualquer registro emanado de autoridade, cujos atos estejam amparados pela fé pública decorrente da legalidade do cargo em que está investida.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Corrupção de menor. Art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Documento hábil para comprovar menoridade. Existência. Súmula 74/STJ. Crime formal. Inteligência da Súmula nº 500 do STJ. Matéria constitucional. Apreciação. Inviabilidade. Agravo regimental não provido. 1. A menoridade, a teor da Súmula nº 74 do STJ, deve ser comprovada por documento hábil. 2. Não há óbice ao fato desta situação jurídica ser atestada por meio de outros registros dotados de fé pública que estejam oportunamente colacionados aos autos, conforme ocorre na espécie, em que constam alguns dados pessoais do menor, como filiação, data e local de nascimento, e constituem prova documental idônea para comprovar a menoridade, uma vez que emanados de autoridade pública. [...]. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1423997/SC - Relator: Ministro Moura Ribeiro - Quinta Turma - j. em 20.02.2014 - DJe de 25.02.2014).

Outra não é a orientação adotada pelo Pretório Excelso, ao apontar:

A menoridade para fins de tipificação do crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/90 pode ser comprovada por outros meios idôneos, não se exigindo seja realizada somente por certidão de nascimento ou carteira de identidade (STF - HC 124132 - Relator: Ministro Luiz Fux - Primeira Turma - j. em 28.10.2014 - DJe 225, divulg. em 14.11.2014, p. em 17.11.2014).

Quanto ao pedido de decote da causa de aumento de pena do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06, melhor sorte não assiste à defesa.

Isso porque resta claro que o delito de associação para o tráfico foi praticado com o uso de armas de fogo.

Analisando os autos, observa-se que a apreensão das armas se deu no mesmo contexto da verificação da existência de uma associação voltada para a prática do tráfico de drogas. Consta nos documentos de f. 1.116/1.276 (boletins de ocorrência e autos de apreensão) que, no cumprimento dos mandados de busca e apreensão, foram arrecadados diversos tipos de munição e armas de fogo.

Diante de tal cenário, impossível o decote das referidas causas de aumento de pena.

c) Da dosimetria da pena - redução da pena-base.

Sustentam, ainda, as defesas dos réus que é necessária a reformulação das penas-base, tendo em vista terem sido fixadas acima do mínimo legal injustificadamente.

Sem razão.

Após o devido exame da sentença objurgada, vejo que a reprimenda foi imposta pelo Sentenciante dentro dos parâmetros legais, com escorreita observância dos arts. 59 e 68 do Código Penal, não merecendo, portanto, qualquer reparo.

Extrai-se da decisão singular que as penas-base dos réus W. e E. foram fixadas em patamar acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa da circunstância judicial relativa às consequências do crime, ao fundamento de que a vultosa atuação da associação, a intensidade da traficância exercida e o grande número de integrantes atribuem maior reprovabilidade penal às condutas perpetradas.

Com efeito, o sopesamento realizado pela MM. Juíza sentenciante alude a circunstâncias da prática delitiva que não estão contidas nas elementares que integram o tipo penal e, por essa razão, legitimam o exercício de juízo adicional de censura jurídica, em observância ao princípio da individualização da pena, no qual condutas mais graves são merecedoras de respostas penais mais rigorosas.

Nesse sentido, a exasperação da pena-base em 1/3 encontra embasamento em sobejos elementos de prova, que demonstram que a pretensa quadrilha possuía, presumidamente, atuação ramificada nos Municípios de Monte Carmelo, Coromandel, Uberlândia, Catalão e região,

motivo pelo qual a exposição da saúde pública a risco foi exponencialmente aumentada.

Desse modo, na primeira fase de dosimetria da pena, deve ser mantida a pena-base de 4 (quatro) anos e 771 (setecentos e setenta e um) dias-multa, aplicada a E. e W.

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena, mas presentes as causas de aumento referentes ao emprego de armas de fogo e à participação de adolescentes na pretensa associação criminosa, mantém-se a fração de 1/3 adotada na r. sentença, para se concretizar, definitivamente, a reprimenda de E. e W. em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 1.028 (mil e vinte e oito) dias-multa, estes à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Mantém-se o regime semiaberto para início de execução, a teor do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e a suspensão condicional da pena, nos termos dos arts. 44, I, e 77, *caput*, do Código Penal.

Recurso do Ministério Público (1º apelante).

Do delito de organização criminosa (art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13).

Sustenta o órgão ministerial a necessidade de reforma da sentença singular para que seja imposta condenação a W.J.D. e E.R.C. pela prática do delito de organização criminosa, previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

A organização criminosa, crime previsto na Lei nº 12.850/13, é a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Segundo Renato Brasileiro:

Trata-se de um tipo penal misto alternativo, porque, mesmo que o agente delituoso pratique mais de uma ação típica, dentro de um contexto fático, irá responder por crime único, tendo praticado assim um único crime de organização criminosa, tendo incidência o princípio da alternatividade (BRASIL-LEIRO, Renato. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 492).

Com isso, o que se busca dizer é que, caso os membros da sociedade criminosa pratiquem os delitos para os quais se uniram, deverão responder pelo crime previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, em concurso material de crimes com os demais ilícitos consumados por eles.

No caso em tela, o conjunto probatório é farto o suficiente para demonstrar, sem dúvidas, que os acusados

estavam associados e organizados com o intuito de perpetuar a prática dos delitos de tráfico de drogas, homicídios, dentre outros, sendo patentes a organização, a estabilidade e a divisão de tarefas dentro dessa organização.

As investigações conduzidas pelo Ministério Público de Minas Gerais e as diversas interceptações telefônicas (f. 862/890 e 891/971) em que os réus teriam sido surpreendidos em negociação no comércio de drogas demonstram, de forma cristalina, qual a função desempenhada pelos membros da organização criminosa (vide o organograma - f. 26).

Ressalte-se que a consumação do tipo penal em questão se dá com a convergência de vontades para a prática de crimes, e, deliberadamente, aderem à função que lhes couber na execução de delitos.

De suma importância dizer que o crime em comento não exige que todos os integrantes do bando tenham praticado reiteradamente os crimes planejados pelo grupo criminoso, pois, tratando-se de delito formal, a consumação deste se dá no momento da reunião, de forma habitual e permanente, de mais de quatro agentes, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Dentre as diversas transcrições das interceptações realizadas, observa-se a participação dos réus na atividade de comércio de entorpecentes em várias oportunidades (f. 673/688, 862/890, 891/971, 972/1.064). Confirmam-se algumas:

Data: 02/12/14 - Hora 10:46:37. - Homem 01: (34) XXXX.6860 - Homem 02 (34) XXXX.0771: Homem 01 liga para Homem 02 e chama Homem 02 de C. e o Homem 01 se identifica como E. e diz a C. que tem 'um trem bão do jeito que ele gosta'; C. diz: quanto? E. fala que é R\$650,00. C. diz que '600 conto se for bão, ele anima ficar', da outra vez, ele levou, era 'mofado'; E. diz que o preço é esse mesmo, mas que o produto é do jeito que ele gosta e entrega na porta dele; C. diz que tá passando apertado, o pai dele faleceu, está mexendo com inventário, mas, se ele fazer por 600, o trem pesando certinho; E. diz que o 'bão' vai saindo primeiro, é bom que ele vai lá e escolhe; C. diz que nem nesses lugares ele vai mais, porque ele já teve problema com isso; E. diz que neste lugar é tranquilo, ele também já teve problema com isso, e que não dá bobeira não, e que ele não vai se arrepender, porque ele nunca viu um trem desse aqui na cidade.

Data: 09/01/15 - Hora: 0:41:4 - E. (34) XXXX.6860 - Homem 02: (34) XXXX.0687: T., intermediando compra de drogas para um terceiro. Quer comprar meia peça (maconha)? E. diz que é R\$800, mas que se for a vista faz por R\$700.

Data: 29/12/14 - Hora: 10:28:30 - E. (34) XXXX.6515 - A. (34) XXXX.9258: E. e A. conversam sobre a atuação da polícia em Coromandel, e falam sobre as audições que fazem nos rádios da PMMG.

Data: 09/01/15 - Hora: 13:09:24 - E. (34) XXXX.6515 - Homem 02 (34) XXXX.2698: E. liga para o interlocutor e o chama de 'Toin'; E. diz que vai dar uns 600 e pergunta

se já pode descer; 'Toin' responde que já pode vir pagar; E. pergunta se tem jeito de 'Toin' levar na rodovia; ambos combinam horário.

Nesse contexto, não há como contradizer as provas contidas nos autos, restando evidente a existência de uma organização criminosa da qual os réus faziam parte.

Dentre os delitos praticados pela organização, observados entre o ano de 2014 e 2015, estão o tráfico de drogas e diversos homicídios, os quais foram investigados pela Polícia a pedido do Ministério Público em autos apartados. A exemplo disso, pode ser citado o depoimento das testemunhas J.F.P.S. e L.A.S. (f. 690v./691 e 692), respectivamente. Na oportunidade, atestaram que, sob a ordem dos líderes do tráfico [...] (Monte Carmelo), se dirigiram até a cidade de Catalão/GO, na tentativa de ceifar a vida do chefe do tráfico de drogas [...], a pessoa de P.H.V., vulgo "P".

Assim, merece ser acolhido o pleito ministerial para que seja imposta a condenação aos réus W.J.D. e E.R.C. pela prática do delito de organização criminosa, previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

Saliento, por fim, que não caracteriza *bis in idem* a condenação por crime previsto na Lei nº 12.850/13 e na Lei nº 11.343/06, art. 35.

Os crimes de organização criminosa e de associação para o tráfico são independentes e atingem patrimônios distintos. Em outras palavras, a associação para o tráfico de drogas visa ao comércio de entorpecentes somente, enquanto a Lei nº 12.850/13 visa a punir aqueles que se organizam para praticar quaisquer tipos de infrações penais.

Salienta a doutrina de Renato Brasileiro, em obra já citada:

O bem jurídico tutelado pela Lei nº 12.850/13 é a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, que, ao menos em tese, vem sendo atingido pela *societas criminis*.

Destarte, a condenação de W.J.D. e E.R.C. pela prática do delito de organização criminosa, previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13, é medida que se impõe.

Passo, pois, à dosimetria da pena, separadamente, para cada um dos réus.

Da dosimetria da pena - crime do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

Quanto a W.J.D.

Na primeira fase de fixação da pena, observando-se os arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, analiso as circunstâncias:

1) Culpabilidade - tomando-a como o juízo de reprovação social do crime e do autor do fato, considera-se normal ao tipo penal.

2) Antecedentes - o apelante não ostenta condenação criminal anterior, de acordo com a certidão de antecedentes criminais.

3) Conduta social - nada há nos autos que a desabone.

4) Personalidade - não há, nos autos, prova apta a demonstrar eventual desajuste psicológico ou periculosidade do réu, não se podendo afirmar, sem que haja laudo firmado por profissional habilitado, que ele (réu) tenha perfil voltado para a delinquência.

5) Motivos - inerentes ao tipo.

6) Circunstâncias - ínsitas ao tipo penal em testilha.

7) Consequências - não houve qualquer consequência extrapenal decorrente da conduta do sentenciado.

8) Comportamento da vítima - inexistente em crimes dessa natureza.

Sendo as circunstâncias judiciais tidas como favoráveis ao réu, ou neutras, fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena, mas presentes as causas de aumento referentes ao uso de armas de fogo na organização criminosa, na qual julgo ser suficiente o aumento de 1/3 (um terço) da pena, bem como elevo em 1/6 (um sexto) desse total pelo fato de haver participação de adolescentes nessa organização criminosa.

Assim, concretiza-se a pena, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, estes à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do concurso material.

Mantida a pena imposta na sentença para o crime de associação para o tráfico de drogas, cominada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1.028 (mil e vinte e oito) dias-multa, deve a mesma ser somada com a fixada para o delito de organização criminosa, nos termos do art. 69 do Código Penal, a fim de se fixar a reprimenda total e definitiva do réu.

Assim, concretizo a pena privativa de liberdade, definitivamente, em 10 (dez) anos de reclusão e 1.043 (mil e quarenta e três) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

A fixação do regime inicialmente fechado e a ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontram-se justificadas pelo *quantum* total de reprimenda imposta e pela gravidade das condutas do agente.

Quanto a E.R.C.

Na primeira fase de fixação da pena, observando-se os arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, analiso as circunstâncias:

1) Culpabilidade - tomando-a como juízo de reprovação social do crime e do autor do fato, considera-se normal ao tipo penal.

2) Antecedentes - o apelante não ostenta condenação criminal anterior, de acordo com a certidão de antecedentes criminais.

3) Conduta social - nada há nos autos que a desabone.

4) Personalidade - não há, nos autos, prova apta a demonstrar eventual desajuste psicológico ou periculosidade do réu, não se podendo afirmar, sem que haja laudo firmado por profissional habilitado, que ele (réu) tenha perfil voltado para a delinquência.

5) Motivos - inerentes ao tipo.

6) Circunstâncias - ínsitas ao tipo penal em testilha.

7) Consequências - não houve qualquer consequência extrapenal decorrente da conduta do sentenciado.

8) Comportamento da vítima - inexistente em crimes dessa natureza.

Sendo as circunstâncias judiciais tidas como favoráveis ao réu, ou neutras, fixa-se a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena, mas presentes as causas de aumento referentes ao uso de armas de fogo na organização criminosa, a qual julgo ser suficiente o aumento de 1/3 (um terço) da pena, bem como elevo em 1/6 (um sexto) desse total pelo fato de haver participação de adolescentes nessa organização criminosa.

Assim, concretiza-se a pena, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, estes à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Do concurso material.

Mantida a pena imposta na sentença para o crime de associação para o tráfico de drogas, cominada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1.028 (mil e vinte e oito) dias-multa, deve a mesma ser somada à fixada para o delito de organização criminosa, nos termos do art. 69 do Código Penal, a fim de se fixar a reprimenda total e definitiva do réu.

Assim, concretizo a pena privativa de liberdade, definitivamente, em 10 (dez) anos de reclusão e 1.043 (mil e quarenta e três) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

A fixação do regime inicialmente fechado e a ausência de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontram-se justificadas pelo *quantum* total de reprimenda imposta e pela gravidade das condutas do agente.

Posto isso, nego provimento aos recursos defensivos e dou provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de condenar E.R.C. e W.J.D. como incursores nas sanções do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13 em concurso material com a condenação por associação para o tráfico de drogas já imposta na sentença. Imponho a ambos iguais penas de 10 (dez) anos de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente fechado, e 1.043 (mil e quarenta e três) dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo

vigente à época dos fatos. Mantenho, quanto ao mais, a r. sentença.

Custas, ex lege.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS (2º E 3º APELOS) E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL (1º APELO).

...

Agravo em execução penal - Estupro de vulnerável - Deficiente Mental - Art. 217-A do CP - Lei nº 12.015/09 do CP - Presunção de Violência - Art. 224 do CP - Revogação - Vítima interditada e alienada - Prova - *Abolitio criminis* - Conduta atípica - Não reconhecimento

Ementa: Agravo em execução penal. Estupro de vulnerável. Vítima interditada. Aplicação da Lei nº 13.146/15. Reconhecimento de *abolitio criminis*. Atipicidade da conduta. Impossibilidade. Recurso conhecido e não provido.

- O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois, desde a edição da Lei nº 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento.

- As disposições do art. 6º do referido Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo, razão pela qual não se trata, no caso em comento, de reconhecer o *abolitio criminis* (art. 217-A, § 1º, do CP), tampouco a atipicidade da conduta do condenado.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0637.14.001814-3/001 - Comarca de São Lourenço - Agravante: J.B.D. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WANDERLEY PAIVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. -
Wanderley Paiva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Tratam os autos de agravo de execução penal interposto por J.B.D., o qual vem demonstrar seu inconformismo em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de São Lourenço/MG, Dr. Fábio Garcia Macedo Filho, às f. 207, que indeferiu o pedido do recorrente, no sentido de reconhecer a *abolitio criminis* suscitada, declarando extinta sua punibilidade.

Em suas razões recursais, f. 02/13, o agravante sustenta, em suma, que a Lei nº 13.146/15 não revogou formalmente o art. 217-A do CP, mas se esta lei provoca alterações na "forma de se interpretar referido dispositivo" em benefício do agente (de qualquer modo - art. 2º, parágrafo único, do CP), ela retroage em favor do mesmo, de modo que seu caso deve receber o tratamento segundo a nova legislação, como se fosse ser sentenciado hoje, segundo o novo regime jurídico.

Aduz mais que, ao estabelecer que a deficiência não afeta, presuntivamente, o discernimento para a prática do ato, o art. 6º, II, da Lei nº 13.146/15, reverteu o cenário antes fruído pelos Magistrados, tornando a realização do ato sexual com pessoa deficiente (e por isso interditada) um ato atípico, não podendo a interdição ou mesmo a deficiência serem motivos para a consideração do ato "um fato vedado", como ocorreu no caso em tela.

Afirma ainda que, por força do art. 107, III, do CP, extingue-se a punibilidade pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, sendo que o enquadramento legal acima ao caso em tela é demasiadamente absoluto, pois faz valer o direito à liberdade sexual da pessoa portadora de deficiência mental; um ser humano que também tem o direito de fazer uso do corpo que a natureza lhe ofereceu, podendo, até mesmo, reproduzir.

Alega também que, diante do novo quadro, a condenação do caso em testilha, por ter tido por fundamento a presunção que portava o ato de interdição e a curatela, deve ter seus efeitos rescindidos, já que tal presunção não mais subsiste, declarando-se a extinção da punibilidade do recorrente, dada a retroatividade suscitada.

Argumenta que, embora a Lei nº 13.146/15 não tenha aniquilado o tipo penal do art. 217-A, § 1º, do CP, aniquilou a presunção que deu causa à condenação do réu.

Sustenta que a presunção que deu base jurídica à condenação agora abole o crime, já que, doravante, pelo novo contexto legal, presume-se a capacidade para o ato sexual.

Por fim, requer o recebimento do presente agravo em execução penal e o seu provimento, a fim de que seja reformada a decisão agravada, restando aplicada a Lei

nº 13.146/2015 ao caso e decretada a extinção da punibilidade do recorrente, por atipicidade de sua conduta, segundo esse novo diploma legal.

O MP, ora agravado, apresentou contrarrazões, f. 210/212, requerendo o conhecimento e o desprovemento do recurso interposto.

Nos termos do art. 589 do CPP, em sede de juízo de retratação, o MM. Juiz de Direito manteve a decisão combatida, f. 213.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer do digno Procurador de Justiça, Dr. Cláudio Fleury Barcellos, f. 218/221-TJ, opina pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade, registrando que não há preliminares ou irregularidades que possam contaminar a validade destes autos, não havendo, por seu turno, qualquer indagação das partes no apontado sentido.

Em análise das razões recursais interpostas pelo agravante, percebe-se que seu inconformismo gira em torno da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito, f. 207, que indeferiu o pedido do recorrente, no sentido de reconhecer a *abolitio criminis* suscitada, declarando extinta sua punibilidade.

Em que pese a tese trazida com brilhantismo pela ilustre Defesa, *permissa venia*, entendo que razão não assiste ao recorrente, senão vejamos.

Extrai-se dos autos que o sentenciado restou condenado a cumprir pena de oito anos de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 217, § 1º, alínea *a*, do CP, sendo certo que já ocorreu o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Pois bem.

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) promoveu extensa alteração no tratamento dispensado pela lei à pessoa que padece de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Como exemplo, temos a revogação dos incisos do art. 3º do Código Civil, que antes considerava absolutamente incapaz aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Atualmente, o indivíduo que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade é tratado como relativamente incapaz (art. 4º, inciso III).

Isso ocorre, sobretudo, por influência do art. 6º da Lei nº 13.146/15, segundo o qual a deficiência não “afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos (destacamos);
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse sentido, no campo penal, a entrada em vigor do Estatuto tem suscitado dúvidas a respeito da influência do disposto no inciso II acima transcrito na caracterização do crime de estupro de vulnerável, especificamente no caso do § 1º do art. 217-A do Código Penal, que pune a conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

A meu sentir, esse conflito é meramente aparente.

Para dirimir a dúvida, façamos uma análise do tipo do art. 217-A no que concerne aos sujeitos passivos, não por acaso separados entre o *caput* e o § 1º:

1) O menor de 14 anos: Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto no art. 224, presumivelmente violenta a relação sexual com menor de 14 anos. Havia, então, extenso debate a respeito da natureza da presunção, isto é, se relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Com a edição da Lei nº 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal, e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no *caput*, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

2) Aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência: Essa situação, extraída do § 1º do art. 217-A, em tudo difere da anterior - daí por que dissemos não ter sido por acaso que o legislador cindiu o tipo penal entre o *caput* e o § 1º para tratar do sujeito passivo do crime.

Nesse caso, assim como ocorria em relação ao menor de 14 anos, o ordenamento, antes da Lei nº 12.015/09, presumia a violência por meio do mesmo art. 224 do Código Penal.

Uma vez em vigor a referida Lei, o tipo do § 1º do art. 217-A passou a punir o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Iniciando pela última hipótese, em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência, podemos citar como exemplos a situação da pessoa que, embora

não padeça de nenhuma anomalia mental, embriaga-se até a inconsciência e, inerte, é submetida ao ato sexual sem que possa resistir; ou da pessoa que é induzida, por meio de drogas, à inconsciência por alguém que tem o propósito de com ela manter relação sexual não consentida.

No caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nessa condição, como ocorre no caso do menor de 14 anos. Aqui, caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento. É imprescindível, portanto, ao contrário do que se verifica no *caput*, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato.

In casu, conforme bem asseverado pelo MP, apesar de a vítima ser interditada, tal fator não se deu de forma exclusiva para ocasionar a condenação do réu, ora recorrente, até porque houve também análise das condições mentais da vítima no decreto condenatório.

Ademais, no v. acórdão de f. 186/192, há menção expressa de que a vítima, além de ser interditada, é também alienada, demonstrando, assim, seu total comprometimento mental.

Nessa linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois, desde a edição da Lei nº 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. As disposições do art. 6º do Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo, razão pela qual, ao meu aviso, não se trata, no caso em comento, de reconhecer o *abolitio criminis* (art. 217-A, § 1º, do CP), tampouco a atipicidade da conduta do condenado, ora agravante, com consequente extinção de sua punibilidade.

Esclareço ainda que, atuando na função de *custos legis*, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judiciosa peça (f. 219-221-TJ), na qual opinou pelo não provimento do recurso, abordou também, com a devida propriedade, o tema objeto do presente recurso, pelo que peço vênia para transcrever seu parecer:

[...]

IV) Analisando os autos, entende a Procuradoria:

a) De início, cumpre registrar que a Lei nº 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência) veio para assegurar direitos aos deficientes, não para excluí-los da tutela penal.

Nesta esteira, a reclamada *abolitio criminis* (art. 217-A, § 1º, do CP), sob pretexto da edição da Lei nº 13.146/15, à evidência, acabaria por caracterizar a própria negação de uma das balizas de sua inspiração teleológica [...], tal como se extrai de seu art. 5º e parágrafo único;

b) quanto à pretensa 'atipicidade de sua conduta', também improsperável o recurso do reeducando. Primeiro, porque a deficiência que não afeta a plena capacidade civil - tal como se lê no art. 6º, *caput*, da Lei nº 13.146/15 -, naturalmente, é aquela que, por si (ontologicamente), não autoriza a interdição. E, no caso, a vítima erra interditada (vide f. 187) e, portanto, sua deficiência era mais ampla que aquela objeto do art. 6º, *caput*, da Lei nº 13.146/15. Segundo, porque ao contrário do que o reeducando tenta fazer crer, não foi condenado, 'unicamente' [...], por ter mantido relação sexual com uma pessoa interditada [...], mas porque no processo de conhecimento ficou claro que a vítima não tinha discernimento suficiente (necessário) para o ato sexual, em razão de deficiência mental (vide f. 155).

Diante do exposto, opina-se pelo conhecimento e improvimento do Agravo.

Com efeito, não é necessário mais do que foi dito, sob pena de pedante tautologia, pelo que acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, certo de que a remissão aos seus fundamentos satisfaz a exigência constitucional do art. 93, IX, da Carta Magna.

Sobre o tema:

Agravo de instrumento. Decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal. Consequente inviabilidade do recurso que a impugna. Subsistência dos fundamentos que dão suporte à decisão recorrida. Incorporação ao acórdão das razões expostas pelo ministério público federal. Motivação *per relationem*. Legitimidade jurídico-constitucional dessa técnica de fundamentação. Recurso de agravo improvido (STF - Al: 821108 GO, Relator: Min. Celso de Mello, j. em 28.02.2012, Segunda Turma, Acórdão Eletrônico DJe-057 divulg. 19.03.2012, p. em 20.03.2012).

Processual civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Nulidade. Motivação *per relationem*. Possibilidade. Omissão. Inexistência. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende possível a adoção, pelo julgador, de motivação exarada em outra peça processual juntada aos autos como fundamento da decisão (*per relationem*), desde que haja sua transcrição no acórdão. 3. Recurso Especial não provido (STJ - REsp: 1314518 RS 2012/0054652-0, Relator: Ministro Herman Benjamin, j. em 07.05.2013, T2 - Segunda Turma, DJe de 17.05.2013).

Com tais considerações, certo da constitucionalidade da fundamentação de que me valho, nos termos da pacífica jurisprudência dos tribunais superiores, conheço e nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. decisão agravada em seus demais termos.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KÁRIN EMMERICH e EDISON FEITAL LEITE.

Súmula - SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Homicídio culposo - Acidente de trabalho - Contrato verbal de empreitada - Propriedária da obra - Responsabilidade de fiscalização - Inexistência - Empreiteiro - Negligência - Culpa comprovada - Pena - Redução - Extinção da punibilidade - Prescrição - Ocorrência

Ementa: Apelação criminal. Homicídio culposo decorrente de acidente de trabalho. Art. 121, §§ 3º e 4º, do CP. Absolvição da ré E. Necessidade. Responsabilidade pessoal e subjetiva inexistente. Ausência de violação pessoal de dever de cuidado específico. Impossibilidade de exigência de conhecimento técnico por parte da ré. Mera proprietária do edifício que contratou profissional especializado para a prática do serviço. Ausência de nexo de determinação. Condenação afastada. Absolvição do réu A. Inviabilidade. Negligência configurada. Ausência de observância das regras de segurança. Condenação mantida. Redução da pena corporal de A. Necessidade. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Transcurso do prazo prescricional entre os marcos interruptivos. Extinção da punibilidade. Reconhecimento necessário.

- Admitindo o Direito Penal tão somente a responsabilização pessoal e subjetiva, inviável se cogitar a condenação por homicídio culposo da proprietária do edifício que contratou profissional tecnicamente capacitado para o exclusivo fim de executar a empreitada com o respectivo fornecimento dos equipamentos de segurança aos operários. Impossível, daí imputar-lhe penalmente resultado que não exiba vinculação direta com o comportamento negligente, por ausência do denominado nexo de determinação, imprescindível à configuração do crime em sua modalidade culposa.

- Inadmissível atribuir-se negligência à conduta de quem deixa de fiscalizar serviço alheio, desde que executado por profissional qualificado e especificamente contratado para tal fim, na medida em que, nessa hipótese, aplica-se o princípio da confiança. Não havendo provas de que a proprietária do imóvel foi quem deveria ter fornecido os equipamentos de segurança aos operários, o que, em tese, seria de responsabilidade do empreiteiro por ela contratado, este é quem deve ser exclusivamente responsabilizado pelo homicídio culposo ocorrido, sendo aplicável, apenas em relação a ele, o art. 13, § 2º, *b*, do Código Penal.

- Havendo ligeiro equívoco quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, imperiosa se faz sua reanálise, com o consequente redimensionamento da pena-base cominada.

- Não se vislumbrando eventual possibilidade de absolvição, a qual, por óbvio, se mostra como a solução mais benéfica ao réu, e tendo decorrido o lapso prescri-

cional entre os marcos interruptivos, com a redução da reprimenda operada nesta instância revisora, declara-se extinta a sua punibilidade do crime de homicídio culposo, pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0394.10.001923-8/001 - Comarca de Manhuaçu - Apelante: A.C.L., E.S.Q. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: C.M.P. - Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JQUES - Trata-se de sentença de f. 189/192, que, julgando procedente a pretensão punitiva do Estado deduzida na exordial, condenou A.C.L. e E.S.Q. como incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal brasileiro, às respectivas penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, no regime inicial aberto e 2 (dois) anos e 20 (vinte) dias de detenção no regime inicial aberto. Diante da presença das condições legais insculpidas no art. 44 do Código Penal, cada uma das penas corporais foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes na prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos a serem pagos à entidade pública ou privada com destinação social, mais a prestação de serviços à comunidade. Por fim, foram os réus condenados ao pagamento das custas e despesas processuais.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 22 de janeiro de 2010, na rua [...] Centro, Manhuaçu/MG, os denunciados A.C.L. e E.S.Q., agindo com negligência, consistente na ausência de fornecimento de equipamento individual e coletivo de segurança para operários no exercício de trabalho em andaime, provocaram lesões corporais na vítima E.M.P., as quais, por sua natureza, foram a causa de sua morte.

Segundo restou apurado, no dia e local mencionados, a vítima E.M.P. e a testemunha E.J.J., na condição de operários, prestavam serviços de instalação de uma placa de gesso na portaria do prédio de propriedade da ré E., estando, naquela oportunidade, trabalhando para o réu A., o qual, para a realização da obra, foi pela mesma contratado pelo importe de R\$1.000,00 (mil reais).

No entanto, os acusados A. e E. deixaram de observar regra técnica de profissão para a realização

da instalação das placas de gesso, pois foram omissos quanto ao fornecimento dos equipamentos de segurança para E. e C., que executaram o serviço em cima de um andaime improvisado, sem qualquer instrumento de proteção.

Em certo momento, durante a instalação das placas, o andaime improvisado não suportou o peso de C. e E., de forma que as placas de madeira que estavam em sua base se romperam e a vítima C. despencou daquela armação.

Em função da queda, a vítima C. foi projetada sobre uma lança metálica pontiaguda, que estava localizada na porção posterior do portão metálico do prédio, e sofreu fratura nos arcos costais à esquerda, lesão perfuro-contusa na região esplênica (baço) e lesão perfuro-contusa em miocárdio. Após o impacto inicial na lança metálica, a vítima C. caiu na porção inferior da escada localizada no acesso principal do imóvel.

Acionado, o Corpo de Bombeiros prestou socorro ao réu, que, em razão da gravidade das lesões sofridas, veio a óbito no momento em que adentrava o hospital local.

Ao término da instrução processual, ambos os réus foram condenados nos exatos termos da denúncia.

Inconformada com o édito condenatório, a defesa ajuizou recurso de apelação, sustentando, em suas razões de f. 217/220, a necessidade de absolvição de ambos os acusados, ao fundamento de que a conclusão alcançada em primeira instância se encontra divorciada da realidade fática dos autos. Argumenta que a apelante E. apenas contratou os serviços do recorrente A., não concorrendo para o evento descrito na inicial, já que não teria como fiscalizar a forma como seria prestado o serviço durante todo o período de execução da obra, pois exerce atividade laborativa. Subsidiariamente, pugnou pela redução da reprimenda corporal cominada a ambos os réus, ao fundamento de que as balizas judiciais do art. 59 do CP foram sopesadas de forma equivocada. Requereu, ainda, fosse a baliza judicial referente ao comportamento da vítima sopesada em seu favor.

Por sua vez, o Ministério Público estadual apresentou suas contrarrazões às f. 228/232-v., por meio das quais se manifestou pelo parcial provimento do apelo para, mantendo-se a decisão condenatória, reduzir a pena-base para o patamar mínimo legal, suprimir a majorante inserta no art. 121, § 4º, do CP e, por fim, amortizar a pena de prestação pecuniária, fixando-a em seu menor patamar previsto pela lei.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 233/239, opinando pelo conhecimento da súplica defensiva, provimento do apelo no que tange à ré E.S.Q. e desprovimento no que concerne ao acusado A.C.L..

É o relatório.

Não havendo preliminares suscitadas ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passa-se ao exame do mérito.

Em primazia à melhor técnica, entendo por mais adequado examinar separadamente a suposta culpa atribuída a cada um dos autores, a qual deve sempre se dar sob a ótica de responsabilização pessoal, escopo de um Direito Penal de viés eminentemente subjetivo.

- Da absolvição da acusada E.S.Q.

Compulsando minuciosamente os autos, verifica-se que pretende a combativa defesa, no primeiro momento, a absolvição de E.S.Q., ao argumento de que o fato de, na condição de proprietária do edifício, ter contratado empreitada para a instalação de placas de gesso não desaguarda na sua responsabilidade criminal pelo óbito da vítima E.M.P.

Alheio a incertezas, em que pese a boa retórica que abrilhanta sentença condenatória, tenho que melhor sorte assiste a acusada, senão vejamos.

É sabido que a imputação de ilícito criminal exige a apuração de responsabilidade pessoal e subjetiva do agente, estabelecendo-se a necessária relação de causalidade entre sua conduta e o evento típico. Tal responsabilidade pressupõe, pois, a existência de nexo psíquico que ligue o fato ao seu autor, sendo vedada, neste contexto, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva.

Trocando em miúdos, o Direito Penal contemporâneo pressupõe a responsabilidade somente por fatos que decorram da vontade do indivíduo, observando-se, pois, o aspecto subjetivo do comportamento. Não basta a ocorrência do resultado danoso, sendo imperiosa a verificação, na seara da tipicidade subjetiva, a presença do dolo ou da culpa.

Como cediço, o delito culposos tem como uma de suas particularidades a violação de dever objetivo de cuidado. Isso, todavia, não pressupõe que tal modalidade de crime dispense a existência de nexo de causalidade entre a conduta de violar o dever objetivo de cuidado e o resultado naturalístico superveniente. O agir leviano, por si só, não tem o condão de permitir a responsabilização do agente por qualquer resultado ilícito que esteja aparentemente vinculado à displicente conduta engendrada.

Sobre o dever de cuidado, lecionam os festejados doutrinadores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O estudo da culpa a partir do resultado e da causalidade desviou a ciência jurídico-penal do caminho correto acerca da compreensão do problema. A causação do resultado e a previsibilidade podem ocorrer - e de fato ocorrem - em numerosíssimas condutas que nada têm de culposas. Todo sujeito que conduz um veículo sabe que introduz um certo perigo para os bens jurídicos alheios, a ponto de contratar seguros 'por danos a terceiros'. Sem embargo, isto é absolutamente insuficiente para caracterizar a culpa. O entendimento correto do fenômeno da culpa é recente na doutrina, surgindo a partir da focalização da atenção científica sobre a violação do dever de cuidado, que é o ponto de partida para a construção dogmática do conceito (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* - Parte Geral. 3. ed. rev., e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 518.)

Com efeito, sob o prisma angular do Direito Penal, a definição de “culpa” se materializa na previsibilidade dos eventos e na ausência de cautela por parte do agente, haja vista que é na omissão de certos cuidados nos fatos prosaicos da vida, perceptíveis à atenção comum, que se configuram as modalidades culposas da imprudência e negligência.

In casu, à ré E.S.Q. foi imputado o delito de homicídio culposo por ter, na condição de contratante da empreitada para a instalação de uma placa de gesso em edifício de sua propriedade, agido com negligência consistente na ausência de fornecimento de equipamento de segurança para os operários no exercício de trabalho em andaime, o que acabou desaguando em acidente que levou à morte da vítima.

Não obstante, à primeira vista, sejamos levados a pensar que a ré concorreu para a ocorrência do evento danoso, após detida análise da hipótese em espécie, não é esta a realidade que se depreende dos autos.

Isso porque E.S.Q., na qualidade de proprietária do prédio onde ocorreu o trágico acidente, optou por contratar empreiteiro - o ora corréu A. - para a realização de obra, o qual, em tese, deteria plena capacidade técnica para atender aos anseios da contratante e executar o serviço de forma eficiente, mormente por se tratar de empresa idônea, com ilibado histórico de 15 (quinze) anos no mercado local.

A acusada, completamente leiga em matéria de obras civis, pôs nas mãos do empreiteiro contratado toda a responsabilidade pelo êxito da obra, incluindo, claro, a observância da segurança dos operários que porventura atuassem na instalação das placas de gesso, mesmo porque, por deter as rasas noções de homem médio, não teria a ré conhecimento específico acerca das normas e medidas de segurança a serem obrigatoriamente adotadas naquele contexto para se evitar acidentes de trabalho. Isso, ainda que tacitamente, ficaria a cargo do corréu, o qual passou a assumir um dos polos do contrato de empreitada que foi firmado, tendo por escopo principiológico a confiança *inter partes*.

Cumprido destacar, nessa toada, que o princípio da confiança que permeia o aludido negócio jurídico “refere-se à situação na qual o indivíduo age de acordo com as regras avençadas pela sociedade (para uma determinada atividade), e acredita que a outra também agirá conforme tais regras. Trata-se de um orientador da conduta humana que visa a organizar os comportamentos sociais, de forma que um sujeito saiba o que esperar do outro. Do contrário, seria muito difícil o convívio humano.” [...] “O princípio da confiança guarda relação direta com os crimes culposos. Ele indicará, no caso concreto, se o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência, ou se apenas atuou orientado pelo princípio da confiança. Se o agente atuou corretamente, confiando na conduta de outra pessoa, não pode ser responsabilizado por eventual resultado ofensivo a bem jurídico.

Quem atua sob o império do princípio da confiança, adequadamente, cria risco permitido (logo, não há falar em tipicidade material) [...]”. (<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923753/o-que-se-entende-por-principio-da-confianca>. Acesso em: 11 ago. 2016.)

Trazendo contornos bastante esclarecedores acerca do princípio da confiança, leciona o acadêmico Fernando Galvão:

Segundo tal princípio, apesar de a experiência mostrar que outras pessoas cometem erros, aquele que se comporta adequadamente pode confiar que os demais também o façam, desde que não existam motivos para acreditar no contrário. O princípio fundamenta-se no fato de que os indivíduos, em sociedade, podem organizar suas atividades sobre o pressuposto de que todos atuam de maneira adequada e de que o comportamento praticado conforme as expectativas sociais não pode ser considerado incremento de uma situação de risco proibida. A consequência da aplicação do princípio é a impossibilidade de responsabilizar aquele que atua conforme o cuidado objetivamente exigido (*Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 82).

Na espécie, a partir do livre convencimento motivado a mim atribuído pela Lei Penal, tenho que o dever de cuidado por parte da acusada foi integralmente cumprido. Além de contratar, especificamente para a realização da obra, pessoa especializada na instalação de placa de gesso, conforme comprovado pela prova oral jungida, E. não se prestou a fornecer qualquer equipamento de segurança a C. e E. Afinal, o que se espera de um empreiteiro é que ele se responsabilize por toda e qualquer intempérie que venha a ocorrer durante a execução do serviço e crie, de forma segura e adequada, condições para o bom andamento do trabalho para o qual foi contratado.

Ora, o dever de cuidado de quem se propõe a realizar uma obra restringe-se à contratação de profissionais competentes e de reputação ilibada para a execução e fiscalização de serviços técnicos que o contratante desconhece.

A ré, exatamente por não deter qualquer experiência em matéria de obras, não se prontificou a fornecer qualquer aparelho de segurança, já que, ao que indica a prova oral acostada ao feito, tal obrigação seria de A., o qual, além de não pedir para que a ré providenciasse qualquer material de segurança, presumiu que este seria desnecessário, dada a altura relativamente pequena em que os pedreiros permaneceriam para a efetivação da obra. Tanto é que a própria vítima C., com a ajuda de E., foi quem construiu o andaime.

A responsabilidade pela fiscalização da empreitada, pelo contrato verbal firmado, não incumbiria à acusada, a qual, por desenvolver atividade laboral diária, nem sequer teria condições de acompanhar a obra ou verificar se estavam sendo cumpridas as exigências relativas à segurança dos pedreiros. *In verbis*:

[...] que a vítima e o depoente não estavam usando equipamento de segurança; que, pela altura, não tinha nem como

usar equipamento de segurança [...]; que normalmente quem fornece equipamento de segurança é o dono da obra [...]. E.S.Q., à f. 158.

[...] que o réu A. e os funcionários de A., C. e E. não pediram equipamento de segurança, em razão da altura que iam trabalhar, o local é baixinho; que a vítima, para chegar até o teto para a instalação de gesso [...]. E.J.J., à f. 157.

[...] que, no dia dos fatos, realmente o interrogando havia celebrado o contrato verbal com a ré E., no sentido de colocação de gesso, no andar térreo, do prédio da ré E., na varanda [...]; que nesta contratação, nada ficou avençado com relação a quem seria responsável pela segurança dos trabalhadores, nem quem iria fornecer, se necessário fosse, o equipamento de segurança, mesmo porque, o local era baixo, nem tinha condições de instalar equipamento de segurança; que os trabalhadores não estavam usando capacete, porque não tem como colocar gesso e usar capacete ao mesmo tempo [...]; que não passou pela cabeça do interrogando colocar proteção em cima das lanças para evitar o acidente; que segundo consta, só acima da altura de um metro e oitenta, é que é exigido equipamento de segurança [...]; que trabalha na colocação de gesso há mais de dez anos, sendo que nesse período nunca houve qualquer tipo de acidente. A.C.L., às f. 160/161.

Conjugando o que até aqui se sustentou, ao não se incumbir do ônus de atribuir à ré ato concreto que teria de algum modo concorrido para a realização do fato criminoso, o ente acusatório acabou por atribuir à mesma conduta delitiva a título de responsabilidade objetiva.

Decerto, não tendo a denúncia infligido à acusada contribuição pessoal para o cometimento dos fatos criminosos ali delineados, conclui-se que a atribuição, ou seja, o vínculo causal entre o fato e o agente é de caráter objetivo e, como tal, contraria frontalmente o ordenamento jurídico penal vigente.

Partindo desse pressuposto e, ainda, tomando por base o princípio da confiança que permeou o contrato verbal de empreitada celebrado, emerge como inviável a condenação de E.S.Q. pelo delito de homicídio culposo, motivo pelo qual absolve a ré da imputação delineada na denúncia.

- Da absolvição do acusado A.C.L.

Por outro lado, e me valendo de fundamentos já trazidos à baila por ocasião do presente voto, tenho que a condenação do réu A. pelo delito a ele imputado na exordial deverá prevalecer, conforme bem entendeu a sentença condenatória.

A materialidade do delito foi devidamente demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de f. 11/14, Laudo Pericial de Vistoria em Imóvel de f. 15/22, e, ainda, pelo Relatório de Necropsia de f. 23/23-v.

Quanto à autoria, esta também restou sobejamente consubstanciada nos autos, mormente pela prova oral produzida, tanto no inquérito quanto na constância do presente feito.

Como já consignado, o réu A. foi procurado pela corrê E. para, diante de sua expertise na condução de

obras civis, conduzir a instalação de placa de gesso no teto da entrada de edifício de propriedade da mesma, sendo o responsável direto por assegurar o bom andamento dos serviços prestados, inclusive no que tange à observância das indispensáveis regras de segurança na sua execução.

Na hipótese vertente, como já consignado, a culpa pelo homicídio do operário que faleceu durante a execução da obra decorreu da imprudência e negligência do apelante, na medida em que o plexo probatório coligido evidencia, com nitidez solar, que este contribuiu para o evento que culminou no óbito do ofendido.

Nesse giro, as conclusões alcançadas pelo vasto mosaico probatório é a de que A. deixou de assegurar os cuidados de proteção recomendáveis à situação de risco em que se encontrava o ofendido para executar a instalação da placa de gesso sob o seu comando e supervisão, não tendo o mesmo fornecido os equipamentos de segurança imprescindíveis para garantir a integridade física de seus funcionários ou ao menos minimizar a ocorrência de um eventual desastre, o qual, de fato, acabou acontecendo.

Abro parêntesis para, neste ponto, trazer a lume algumas considerações explanadas pelo Laudo Pericial elaborado (f. 15/22), o qual atribuiu à ausência de equipamentos de segurança a causa que levou ao óbito a vítima:

[...] Pelo exposto, aponta o perito haver ocorrido no local, objeto do presente laudo, um acidente de trabalho.

Entende o perito que o acidente foi motivado pela concorrência das seguintes causas:

a) Prática de ato inseguro por parte da vítima, funcionário da empreiteira, em posicionar e permanecer sobre o andaime de madeira improvisado e sem adoção de qualquer procedimento de segurança.

b) E, principalmente, pela condição insegura no ambiente de trabalho, permitindo que os funcionários da empreiteira (vítimas) praticassem atos inseguros, realizada pela empreiteira na pessoa do encarregado de turma, técnico em segurança ou engenheiro responsável pela execução do trabalho. [...].

Diante disso e tomando por base a redação legal extraída do art. 13, *caput* e § 2º, alínea b, do Código Penal, incumbiria ao réu A., na função de empreiteiro e garantidor, não somente fornecer os equipamentos de proteção indispensáveis ao serviço e à segurança essencial das vítimas, haja vista que, além de deter responsabilidade pela execução e entrega da obra em si, possui o dever de fiscalizar a execução da atividade laborativa, o que, decerto, não sucedera. *In verbis*:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]

Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. [...]

Dessarte, afóra a materialidade e a autoria delitivas, o nexo de causalidade entre fato e resultado emerge cristalino do feito, na medida em que, ao deixar de fornecer o equipamento de segurança necessário aos obreiros, o réu acabou por assumir a responsabilidade de evitar a morte do ofendido E.M.P.

Ora, o recorrente só poderia ser afastado da teia causal se houvesse claras evidências de que o mesmo tivesse municiado a vítima de todo o aparato de segurança para a execução do serviço, bem como fiscalizado seu uso. Todavia, não é essa a realidade que se verifica, já que o empreiteiro, como visto, não cumpriu com suas obrigações de zelo a contento, devendo, assim, ser responsabilizado pelo óbito de seu funcionário.

Nessa senda, já entendeu a jurisprudência emanada por este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Homicídio culposo. Art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Absolução. Impossibilidade. Autoria, materialidade e responsabilidade pelo crime devidamente comprovadas. Culpa, imperícia e negligência demonstradas. Recurso não provido. - Age culposamente, nas modalidades de imperícia e negligência, o agente que, na condição de empreiteiro, deixa de assegurar os cuidados de segurança recomendáveis em situações de altíssimo risco em que se encontrava a vítima para executar suas tarefas diárias na construção de um telhado, sob o seu comando e supervisão, sem que fossem fornecidos os equipamentos indispensáveis para garantir a sua integridade física, ou ao menos minimizar a ocorrência de um possível acidente, provocando como resultado a morte (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.08.473080-6/001, Rel.º Des.º Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 03.12.2013, p. em 07.01.2014).

Penal. Homicídio culposo. Autoria e materialidade comprovadas. Andaime suspenso. Instalação por operários. Acompanhamento por engenheiro civil. Inexistência. Responsabilidade técnica pela obra. Conferência do estado do equipamento antes da jornada de trabalho dos operários. Ausência. Infrações à Norma Regulamentadora nº 18, do Ministério do Trabalho e Emprego. Negligência. Configuração. Condenação mantida. Recurso a que se nega provimento. - Se a conduta do acusado, responsável técnico por determinada obra, denota a inobservância de um dever objetivo de cuidado, consistente no não acompanhamento da montagem de andaime suspenso, em violação a normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, deve ele responder pela prática de homicídio culposo, ante a sua negligência. Recurso desprovido (TJMG, Apelação Criminal 1.0024.01.010300-0/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Hélio Valentim, p. em 14.12.2007).

Com efeito, dúvidas não restam quanto à responsabilidade de A.C.L. pelo delito de homicídio culposo decorrente de acidente de trabalho, motivo pelo qual, sem maiores divagações acerca do caso, há de ser conservada a condenação operada na instância primeva.

- Da reprimenda.

No que tange à pena fixada à A.C.L. pelo Magistrado *a quo*, necessário que tenhamos algumas observações em atenção à pretensão defensiva de redução da mesma.

Inicialmente, nota-se que, ao realizar a dosimetria em relação ao réu A., o Sentenciante fixou a pena-base em 2 (dois) anos de detenção, 1 (um) ano acima do patamar mínimo, por considerar como negativas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP relativas à culpabilidade, conduta social e consequências do crime.

No que concerne à culpabilidade, entendo que diz respeito à censurabilidade/reprovabilidade de sua conduta, devendo ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, não podendo ser confundida com a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa que são elementos do crime em si.

Acerca da matéria, são as considerações doutrinárias do festejado jurista Ricardo Schmitt:

[...] a circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Trata-se de um *plus* na reprovação da conduta. A circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja conduta podia não praticá-la ou evitá-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal. [...] Está ligada à intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena base [...] (*Sentença penal condenatória*, 6. ed., p. 82).

De posse de tal lição, tenho que a fundamentação utilizada pelo d. Sentenciante para desvalorar a culpabilidade não está apta a justificar o aumento da pena-base, mormente porque não agiu o réu com dolo que ultrapassasse aquele previsto pelo próprio tipo penal. A inobservância das regras de técnica profissional relativas à segurança e proteção dos funcionários está, a meu ver, abarcada pela causa de aumento inserta no § 4º do art. 121 do CP, a qual será oportunamente aplicada na terceira fase da dosimetria.

Em relação à conduta social, cumpre ressaltar que, distintamente do que entendeu o d. Sentenciante, não existem elementos, nos autos, suficientes a macular tal circunstância, frise-se, de caráter puramente comportamental, já que o fato de existirem apontamentos nas CACs do acusado (f. 34 e 162/164) não necessariamente significa possuir ele conduta social desvirtuada.

Sobre a conduta social, preleciona Ricardo Augusto Schmitt:

Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes e a reincidência, os quais são reservados para fatos ilícitos (criminosos). A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em

que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 6. ed. Salvador: JusPodium: 2011).

Assim, diante da ausência de coleta de elementos empíricos dando conta do relacionamento do acusado no meio em que vive perante a comunidade, família e colegas de trabalho, não há como atribuir mácula à sua conduta social, a qual, como dito, não se refere a fatos criminosos, e sim ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita.

As consequências do crime, revelada pelo resultado da própria ação criminosa, são inerentes ao tipo penal, nada havendo que se valorar a esse respeito em esfera criminal, sendo certo que a única dependente financeira deixada pela vítima - C.M.M.S. - já recebeu indenização pecuniária fixada pela Justiça do Trabalho pela morte do parente.

Quanto às demais balizas, coaduno com o entendimento sentencial de que se emolduram dentro dos limites estabelecidos pelo tipo penal, de modo que, à míngua de qualquer mácula a ser sopesada em desfavor do apelante, imperioso fixar a pena-base em seu patamar mínimo, a saber, 1 (um) ano de detenção.

Em seguida, na segunda etapa dosimétrica, à míngua de agravantes e atenuantes, mantenho a pena provisória no patamar alhures.

Na terceira etapa, diante da ausência de causas de diminuição, reconheço apenas a causa de aumento inserta no § 4º do art. 121 do CP, razão pela qual exaspero a reprimenda em 1/3 (um terço) para concretizá-la em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção.

Nesse ponto, abro parêntesis para rechaçar a tese ministerial de decote da aludida majorante.

Sobre o instituto em voga, é a lição ministrada pelo festejado autor Rogério Greco:

No homicídio culposo, a inobservância de regra técnica faz com que a pena aplicada ao agente seja majorada em um terço. Esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento (*Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 180).

A nosso ver, a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, CP, 1ª parte, não pode, em hipótese alguma, ser confundida com a imprudência, a imperícia ou a negligência, já que tais modalidades da culpa constituem o próprio escopo do tipo penal em apreço. Decerto, a inobservância de regra técnica de segurança, por se situar no âmbito da culpabilidade do agente, implica uma maior reprovabilidade da conduta, consistindo em verdadeiro *plus* decorrente do agir sem específicas cautelas.

Não há, desse modo, falar em *bis in idem* pela incidência da aludida majorante, haja vista que o recorrente,

empreiteiro de experiência, deu de ombros às regras técnicas cogentes ao bom andamento do serviço que foi contratado para executar, não buscando conhecer as condições do andaime instalado por seus funcionários e o peso que ele suportaria.

Suponhamos, por exemplo, que a síndica do prédio decidisse, sozinha, realizar a obra na fachada do imóvel. Por óbvio, não poderia ela ser punida com a mesma veemência com a qual penitenciáramos o acusado, exatamente por desconhecer os deveres do ofício e as técnicas específicas de uma empreitada.

Nesse rumo, é o entendimento pretoriano emanado deste Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Homicídio culposo resultante de inobservância de regra técnica de profissão. Absolvção. Impossibilidade. Vasta prova material e oral. Autoria e responsabilidade pelo crime devidamente comprovadas. Imperícia e negligência demonstradas. Condenação mantida. Decote da causa de aumento do § 4º do art. 121 do CP. Apelante que praticou o delito na condição de engenheiro civil, deixando de observar as regras técnicas da profissão. Manutenção da majorante. Redução da pena. Necessidade. Recurso provido em parte. - Age culposamente, nas modalidades de imperícia e negligência, o agente que, na condição de engenheiro civil, realiza reforma sem observar seu dever objetivo de cuidado e as regras técnicas da profissão, provocando como resultado a morte de um transeunte. - Ao delito de homicídio culposo praticado por agente em razão de inobservância de regra técnica da profissão aplica-se a majorante do art. 121, § 4º, CP. - Verificada a incorreção do juízo primevo quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deve ser reduzida a reprimenda imposta ao agente (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.02.724813-7/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 17.04.2012, p. em 27.04.2012).

Com efeito, causa de aumento há de ser conservada.

Mantenho o regime aberto, da forma como fixado pelo MM. Juiz a quo, visto que cumpridos os requisitos legais previstos no art. 33, § 2º, c, do CP.

Estando presentes os requisitos legais insertos no art. 44 do Código Penal, conservo, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam prestação de serviços à comunidade, por igual período da condenação, e prestação pecuniária, agora redimensionada para o valor de 1 (um) salário mínimo, em virtude do princípio da proporcionalidade, destinados a instituições a serem designadas pelo Juízo da Execução.

- Da prescrição retroativa.

In casu, observa-se que a pena do acusado foi amortizada para o patamar de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção pela prática do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Contra essa decisão, aliás, não houve insurgência ministerial.

Com efeito, na forma do art. 109, V, c/c art. 110, § 1º, ambos do CP, o prazo prescricional será de 4 (quatro) anos.

Consta da exordial acusatória que o delito se consumou em 22.01.2010 (f. 02/03), a denúncia foi recebida em 06.02.2012 (f. 51) e a sentença condenatória publicada em 12.02.2016 (f. 193).

Pois bem, considerando que, entre os dois últimos marcos prescricionais citados, o lapso temporal de 4 (quatro) anos se concretizou, é de rigor o reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva, restando, pois, fulminado o exercício do *jus puniendi* estatal.

Assim, julgo extinta a punibilidade do réu A.C.L., diante do reconhecimento da prescrição retroativa em relação ao crime de homicídio culposo que lhe fora imputado, com arrimo no art. 107, IV, c/c o art. 109, V, art. 110, § 1º, todos do Código Penal.

- Conclusão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo para absolver a ré E.S.Q. das imputações declinadas na denúncia com fulcro no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, bem como para reduzir a reprimenda do apelante A.C.L. e, diante disso, reconhecer a extinção de sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DENISE PINHO DA COSTA VAL e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto qualificado e majorado - Rompimento de obstáculo - Concurso de pessoas - Repouso noturno - Princípio da insignificância - Furto famélico - Atenuante inominada - Corrupção de menores - Delito formal - Confissão espontânea

Ementa: Apelação criminal. Furto circunstanciado e qualificado. Repouso noturno. Rompimento de obstáculo e concurso de pessoas. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Furto famélico. Estado de necessidade não evidenciado. Condenação mantida. Decote da qualificadora do concurso de pessoas. Inviabilidade. Reconhecimento atenuante inominada (art. 66 do CP). Descabimento. Corrupção de menores. Absolvição. Descabimento. Idade do adolescente comprovada por documento idôneo. Irrelevância da ausência de certidão de nascimento. Crime formal. Desnecessário o resultado naturalístico. Condenação mantida. Atenuante da confissão espontânea. Reconhecimento necessário.

- O princípio da insignificância não se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, na medida em que sua aplicação

importaria o desprestígio da função preventiva da norma, estimulando a reiteração de delitos.

- Somente se verifica a hipótese de furto famélico quando comprovado que o agente subtraiu apenas gêneros alimentícios com a pura intenção de saciar a fome, em situação de extrema necessidade.

- Comprovadas, portanto, a materialidade e autoria do crime de furto, através, inclusive, da confissão do recorrente, não há falar em absolvição.

- Demonstrado nos autos, até mesmo pelas declarações do próprio réu, que o crime de furto foi cometido em conjunto com outro agente, não há falar em decote da qualificadora referente ao concurso de agentes.

- O ordenamento jurídico deve ser contemplado em sua inteireza e interpretado de modo a realizar os fins sociais das normas e as exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Como as qualificadoras do crime de furto e a majorante do furto noturno não se mostram antagônicas, é perfeitamente possível a incidência de ambas em um mesmo caso concreto.

- Para fins de comprovação de menoridade do comparsa, para configuração da materialidade do delito de corrupção de menores, outros documentos dotados de fé pública, além da certidão de nascimento, podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada perante a polícia civil.

- Não é necessário um resultado naturalístico para que o delito tipificado no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 se configure.

- Tendo o agente confessado a prática de crime em companhia de adolescente, há que se reconhecer em favor do mesmo a atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, quando da aplicação da pena em relação ao crime de corrupção de menores.

- Não havendo provas nos autos acerca da condição de miserabilidade do agente e completa falta de oportunidade, o que poderia embasar o pleito de reconhecimento da atenuante inominada do art. 66 do CP (cuculpabilidade), não há falar em qualquer atenuação da pena por essa razão.

V.V. - Dentro do princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve ser proporcional à sanção corporal, uma vez que, para aplicá-las, são utilizados os mesmos critérios.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.16.002899-4/001
- Comarca de Ponte Nova - Apelante: E.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: S.T.P. - Relator: DES. CÁSSIO SALOMÉ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2016. - Cássio Salomé - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recurso de apelação interposto por E.A. contra a sentença de f. 149/153-v., que o condenou como incurso nas sanções do art. 155, § 1º e § 4º, I e VI, do CP, e do art. 244-B do ECA às penas definitivas de 3 anos, 6 meses e 23 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 60 dias-multa, à razão mínima.

A denúncia narra que, no dia 03.05.2016, por volta das 22:15h., na Avenida xxx, na Cidade e Comarca de Ponte Nova, o apelante, de forma livre, voluntária e consciente, impelido de *animus furandi* e mediante rompimento de obstáculo, agindo em comunhão de esforços com uma menor, subtraiu, em proveito comum, a importância de R\$100,00 (cem reais), uma cartela de isqueiros e outros objetos, pertencentes à vítima S.T.P., corrompendo e facilitando a corrupção da menor.

De acordo com o que consta da exordial acusatória, o recorrente, previamente ajustado com a mencionada adolescente, arrombou a porta lateral do estabelecimento conhecido como “Bar do Tãozinho”, pertencente à vítima S.T.P., tendo acesso ao interior do imóvel, de onde subtraiu a importância de R\$100,00 e os demais objetos supracitados.

Após a subtração, o acusado e a menor evadiram do local dos fatos, aparentemente, pelas mesmas vias da penetração, levando consigo as res. Ao perceber a movimentação no local, a testemunha D.A.D., que estava nas proximidades do local guardando seu caminhão, acionou a Polícia Militar, que compareceu ao local, abordando os acusados nas proximidades do bar, estando eles na posse de parte do que foi furtado.

Encerrada a instrução e prolatada a sentença, as intimações foram regulares, f. 148-v.

Pleiteia o apelante, razões de f. 156/165-v., a absolvição em relação ao crime de furto, invocando a atipicidade material do fato, que seria alcançada pelo princípio da insignificância ou pela tese de furto famélico. Eventualmente, requer o decote da causa de aumento referente ao repouso noturno, ao argumento de que essa é incompatível com a modalidade de furto qualificado. Busca, ainda, o decote da qualificadora referente ao concurso de agentes, bem como a redução do *quantum* de aumento de pena em razão de o crime ser qualificado.

Quanto ao crime de corrupção de menores, requer a absolvição por falta de comprovação de que a adolescente com quem, em tese, praticou o furto seria menor de 18 anos de idade ou, também, pela falta de comprovação da efetiva corrupção da mesma, por se tratar de delito material.

Contrarrazões às f. 169/176, em que o *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 180/192, opinou pelo parcial provimento do recurso para que seja decotada a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício.

Do crime de furto.

A materialidade do fato, bem como a autoria, restaram bem demonstradas nos autos, não se insurgindo as partes em relação a este aspecto da sentença, até porque o próprio recorrente confirmou a prática delitiva (f. 148), o que fora corroborado pelas palavras da testemunha ocular (f. 147), que o reconheceu como autor da subtração.

Alega a defesa, entretanto, a atipicidade da conduta, invocando, em seu benefício, o princípio da insignificância.

Contudo, não assiste razão à tese defensiva.

O princípio da insignificância, a meu ver, não se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, na medida em que sua aplicação importaria o desprestígio da função preventiva da norma, estimulando a reiteração delitos.

Cumprе lembrar que o Direito Penal guia-se pela interferência mínima nas relações sociais, fazendo-se valer em situações estritamente necessárias; é orientado também pelo princípio da reserva legal, o qual, previamente, seleciona e tipifica as condutas negativas de maior relevância, objetivando a pacificação, a harmonização e a estabilidade no convívio social.

A “insignificância”, assim, é avaliada em momento anterior à elaboração da lei, servindo como orientadora do legislador para a seleção de condutas penalmente relevantes, a serem tipificadas conforme o grau de lesividade ao bem jurídico protegido, aos costumes e à moral da coletividade.

Não cabe, portanto, considerar uma conduta típica, assim já delineada no ordenamento jurídico, como atípica.

A norma penal traz em si o caráter preventivo e punitivo. Na conjectura de pacificação e harmonização da convivência social, o tipo penal não pode ser fragmentado a ponto de seu desrespeito ser trivializado, sob

o infortúnio de se incentivar a prática delituosa reiterada, gerando insegurança e desarmonia no seio comunitário.

De outro ângulo, o que é insignificante para um pode não o ser para outro, indicando a diversidade socioeconômica dos indivíduos, carecendo o princípio de objetividade para a sua incidência.

Dessa forma, entendo que ao Judiciário não cabe rechaçar condutas penalmente previstas com base na insignificância. Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal (www.tjmg.jus.br):

Embargos infringentes. Furto. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. - A aplicação acrítica do Princípio da Insignificância equivaleria a uma forma de anistia aos criminosos habituais. Correr-se-ia o risco de que o princípio, criado como modo de adequar o Direito Penal a um imperativo de justiça, de proporcionalidade, terminasse por inviabilizar uma das funções precípua desse ramo do Direito, qual seja a proteção a bens jurídicos relevantes e vulneráveis, em frontal ofensa ao princípio da legalidade em se tratando de crime de furto (TJMG - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1.0024.13.234773-3/003. Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama. p. em 27.11.2015).

Nos casos de assenhoreamento do patrimônio alheio, o legislador brasileiro anteviu, além do caráter econômico, o repúdio moral da sociedade a essas agressões ao direito de propriedade, constitucionalmente tutelado.

Ainda, *data maxima venia*, faço aqui um contraponto à forma de aplicação deste “instituto” pelos Tribunais Superiores. O princípio da insignificância, em sua original concepção, afasta a tipicidade do fato, sendo irrelevante qualquer outra circunstância de cunho subjetivo. Limita-se a questão à análise do valor do objeto subtraído (critério objetivo).

Entretanto, a jurisprudência vem criando uma insustentável figura jurídica, trazendo “requisitos” subjetivos para a concessão da benesse, como a primariedade. A situação é de tamanha estranheza que, a título de exemplificação, se estivermos diante de um furto “insignificante” (ou seja, sem “tipicidade material”), praticado em concurso de pessoas, e um dos agentes for reincidente e o outro primário, o fato será típico para um agente e atípico para outro, segundo o aludido entendimento.

No mais, o legislador foi sábio e já previu, no próprio tipo penal do furto, uma benesse legal para as hipóteses em que, sendo o réu primário, seja de pequeno valor a coisa subtraída (art. 155, § 2º, do CP - furto privilegiado), com redução da pena na fração de 1/3 a 2/3, substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou aplicação somente da pena de multa - a critério do julgador, de acordo com o caso concreto em julgamento.

Dessarte, entendo que é inviável a aplicação do Princípio da Insignificância não só no presente caso, mas em qualquer hipótese. A aglutinação de requisitos subjetivos para a incidência do aludido princípio - como

sugerem hodiernamente as orientações jurisprudenciais - vai de encontro à sua real concepção jurídica, que se fundamenta estritamente na tipicidade penal (de forma objetiva), e não nas características pessoais do agente e do fato em si.

Concessa venia, então, o princípio da insignificância parece-me estranho a nosso ordenamento jurídico, razão pela qual as absolvições almejadas na atipicidade das condutas não procede.

Lado outro, no que se refere à alegação de estado de necessidade, ressalto que, para seu eventual reconhecimento, seria necessário que ocorresse a subtração apenas de alimentos suficientes a lhe saciar a sua fome, o que não ocorreu no presente caso, visto que nem sequer se pode precisar quais objetos tentou subtrair do local.

Ainda, o simples fato de o réu alegar que está desempregado e em grave situação financeira não possui o condão de absolvê-lo, já que, conforme o d. Sentenciante fundamentou: “haveria outras saídas para o acusado que não a delinquência, e não lhe era demandado esforço sobre-humano para sustentar sua família”.

Sobre o assunto:

[...] O furto famélico somente se verifica quando há provas de que o agente possui uma condição de indigência tal que o faça subtrair gêneros alimentícios para satisfazer uma privação inadiável. Recurso não provido (TJMG, Ap. Criminal nº 1.0686.04.120693-5/0001, Relator Des. Edival José de Moraes, j. em 26.09.2006).

O furto famélico deve ser apreciado pelo Juiz com extrema cautela, sob pena de se abrir perigoso precedente, favorecendo a prática de outros delitos da mesma espécie, em razão da impunidade dos infratores. Para o reconhecimento do furto famélico é necessário que o réu atue com o único intento de saciar a fome, em necessidade extrema, não podendo esperar mais, por ser a situação insuportável e que somente através do ato ilícito consiga resolver o problema da falta de alimentação, sendo certo que a simples alegação de falta de recursos financeiros não justifica tal prática (RJDTA-Crim 27/66).

Dessa forma, também inviável o reconhecimento da excludente do estado de necessidade prevista no art. 24 do CP.

Requer o recorrente, noutro norte, o decote da qualificadora do concurso de agentes, ao argumento de não ter sido comprovada a participação da comparsa.

Todavia, razão não lhe assiste, uma vez que, em seu próprio interrogatório (f. 148/148-v), E. confirmou a participação da sua namorada na prática delitiva, o que fora confirmado pela testemunha D.A.D. (f. 06 e f. 147), que declarou ter avistado os dois agentes praticando a subtração.

Correto, portanto, o reconhecimento da qualificadora do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, devendo ser mantido.

Pretende a defesa, ainda, o decote da majorante do repouso noturno, ao argumento de que é impossível cominar o furto majorado com o furto qualificado. Argumenta, também, que o fato de a vítima ser um estabelecimento comercial e, portanto, desabitado, não há falar em repouso noturno.

Nosso ordenamento jurídico deve ser contemplado em sua inteireza e interpretado de modo a realizar os fins sociais das normas e as exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). E, como as qualificadoras do crime de furto e a majorante do furto noturno não se mostram antagônicas, é perfeitamente possível a incidência de ambas em um mesmo caso.

Não há, também na hipótese dos autos, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido da compatibilidade entre a qualificadora e a majorante no crime de furto:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Aplicação da causa de aumento do repouso noturno. Possibilidade. Óbice da Súmula 83 desta Corte. Agravo improvido. - 1 - Ao contrário do afirmado, a decisão agravada está sim em absoluta consonância com a linha de raciocínio desenvolvida por esta Corte na apreciação do recurso especial representativo da controvérsia 1.193.194/MG, ocasião em que se decidiu pela compatibilidade do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado. 2 - Desse modo, seguindo, *mutatis mutandis*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. 3. Assim, à míngua de argumentos robustos o bastante para superar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume pelos seus próprios termos. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 741.482/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 08.09.2015, DJe de 14.09.2015).

Inexiste, pois, óbice legal à aplicação concomitante das qualificadoras previstas no art. 155, § 4º, do Código Penal e a majorante do repouso noturno, constante do § 1º do mesmo dispositivo legal.

Da mesma forma, não assiste razão ao recorrente quando alega que não há falar em repouso noturno por se tratar a vítima de um estabelecimento comercial e, portanto, inabitado. Isso porque, analisando o arcabouço probatório, verifico que o furto foi praticado em desfavor do estabelecimento comercial, no entanto, por volta da 22:15h, período este habitualmente consagrado ao repouso em geral e em que o patrimônio fica mais exposto à ação de criminosos, não importando se o local é habitado ou não.

Portanto, vislumbrando que o apelado se aproveitou da maior vulnerabilidade do patrimônio da vítima para atacá-lo e que tal conduta enseja uma maior reprovação

social, reconheço a causa de aumento de pena constante do art. 155, § 1º, do CP.

Sobre o tema, confira-se o magistério de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Discute-se, porém, sobre a necessidade, para a caracterização da qualificadora, de tratar-se de crime praticado em casa habitada e de que haja moradores repousando. Tratando a lei apenas da questão do momento em que o crime é praticado, dada a carência de vigilância normal nas horas consagradas ao repouso, a melhor orientação seria a de que só a circunstância de ser o crime praticado durante o repouso noturno é o suficiente para a configuração da agravação da pena (MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 956).

A causa de aumento foi corretamente reconhecida pelo Juízo *a quo*, devendo, pois, ser conservada.

Do crime de corrupção de menores.

Pugna a defesa pela absolvição do apelante em relação ao crime do art. 244-B do ECA, ao argumento de que não restou comprovada, adequadamente, a idade de sua comparsa.

Todavia, razão não lhe assiste.

No que concerne ao pedido de absolvição em relação ao crime de corrupção de menores, sob o argumento de que não há nos autos a certidão de nascimento do menor L.F.P.N., tenho que mais uma vez não merece prosperar o pleito defensivo.

É sabido que, para o reconhecimento da menoridade do agente, faz-se necessária a prova documental. Nesse sentido, colaciona-se o entendimento do colendo STJ esposado no enunciado da Súmula 74. *verbis*: “Sum. 74. “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Todavia, esclareço que, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, qualquer documento dotado de fé pública, não necessariamente a certidão de nascimento, pode servir para comprovar a menoridade do envolvido. Veja-se a recente orientação jurisprudencial:

Processo penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Inadequação da via eleita. Roubo circunstanciado. Corrupção de menores (art. 1º da revogada Lei 2.252/54, atual art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente). Documento hábil para comprovar a menoridade. Existência. Súmula 74/STJ. Ausência de fundamentação idônea para a aplicação do concurso formal impróprio. Desígnios autônomos não demonstrados. Constrangimento ilegal evidenciado. Não conhecimento do *writ*. Concessão da ordem de ofício. - 1 - Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de *habeas corpus* impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional. 2 - A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. 3 - O documento hábil ao qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida

situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada pela polícia civil. 4 - Como de sabença, o concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta. 5. Assim, verificada a ocorrência de concurso formal entre o crime de roubo e de corrupção de menores, as penas referentes aos dois delitos serão aplicadas cumulativamente somente quando demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente. Caso contrário, é de ser aplicada a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (Art. 70, primeira parte, do Código Penal). 6. Tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram se os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço. 7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer o concurso formal próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente (STJ - HC 134640-DF 2009/0076357-5, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJPE, j. em 06.08.2013, Sexta Turma, p. em 13.09.2013).

E observo pelo documento de f. 08 que a adolescente C.A.L.M. foi civilmente identificada, havendo, além de sua naturalidade e filiação, a data de seu nascimento, a saber, 06.08.1998, elemento de prova que indica cabalmente a idade do envolvido na empreitada delitosa, que ocorreu em 03.05.2016.

Não merece prosperar, também, o pedido de absolvição fulcrado no argumento de que o crime é de natureza material e, portanto, exige uma comprovação da efetiva corrupção do menor.

Quanto à natureza do crime, vale registrar que, quando aportei nesta e. 7ª Câmara Criminal, abracei a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que o crime de corrupção de menores é material e, portanto, depende de um resultado naturalístico para a sua configuração. Contudo, após cuidadoso estudo da matéria, resolvi repositonar-me, passando a entender que se trata de crime formal.

É que percebi que, em geral, os menores não passam de garotos cândidos a jovens libertinos em um único ato: a sua integridade moral vai se deteriorando pouco a pouco, com a prática de injustos penais e com o envolvimento em outros eventos abjetos. Assim, cada vez que alguém infringe a lei penal na companhia de um menor ou o induz a infringi-la, perverte um pouco o imputável, mesmo que a mácula na personalidade deste não seja imediatamente visível ou ainda que não seja ele um exemplo de conduta.

Nesse sentido, é a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Corrupção de menores. Art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Natureza formal. - 1 - O crime de corrupção de

menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2 - Recurso ao qual se nega provimento (STF - Relatora Ministra Carmen Lúcia - RHC 109140/DF - Data da Publicação: 14.09.2011).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Natureza formal do delito de corrupção de menores. Redação do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Proteção da criança e do adolescente. Finalidade imediata da norma penal. - 1 - Prevalece nesta Casa de Justiça o entendimento de que o crime em causa é de natureza formal, bastando a prova, portanto, da participação do menor em delito capitaneado por adulto. 2 - A tese de que o delito do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente exige prova da efetiva corrupção do menor implica, por via transversa, a aceitação do discurso de que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) a proteção da norma penal. Conclusão inadmissível, se se tem em mente que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisiômicos dela própria, como é o tema dos direitos e garantias individuais. 3 - Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido (STF - Relator: Ministro Ayres Britto - RHC 108970/DF - data da publicação: 19.12.2011).

Aliás, acerca do tema o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 500, limitando, portanto, as discussões envolvendo a matéria e pacificando o entendimento em busca da efetivação da segurança jurídica. *Verbis*: "Súmula 500: a configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

Dessarte, se o inimputável, após o fato, passa a dedicar-se a atividade criminosa, ocorre o mero exaurimento do delito, que se consumou quando com ele se praticou um crime.

In casu, conforme já dito alhures, não há qualquer dúvida de que o recorrente praticou o crime de furto qualificado em companhia da menor C.A.L.M., já que ele próprio confirmou tal fato, razão pela qual a manutenção da condenação pelo crime previsto no art. 244-B do ECA.

Quanto à reprimenda, verifico que, nesse aspecto, a r. sentença está a merecer pequeno reparo.

Quanto ao crime de furto qualificado, a reprimenda restou incorreta e estabelecida em patamar razoável à prevenção do crime na espécie, devendo ser mantida em 3 anos e 20 dias de reclusão, mais 60 dias-multa, à razão.

Nesse ponto, não há qualquer razão para subsistir o pedido defensivo de incidência da atenuante genérica da culpabilidade, prevista no art. 66 do Código Penal.

Ora, diante dos dados trazidos ao feito, não há qualquer razão para se atenuar a pena do agente - aplicando a dita atenuante inominada (art. 66 do CP) - sob o argumento de que o fato de o agente ser morador de

rua e não ter maiores oportunidades na vida o levou a praticar o ilícito em análise.

Ora, a condição financeira prejudicada do agente não deve, de forma alguma, servir de justificativa para conduzir, necessariamente, a práticas criminosas. Além disso, a defesa não demonstrou situação apta a sustentar o pedido de aplicação da referida atenuante, já que, neste ponto, caberia a ela comprovar o grave risco social em que se encontrava o apelante, o que não fora sequer demonstrado.

Aliás, o que se vê é que o recorrente vem fazendo da prática criminal o seu meio de vida, o que se vê da FAC de f. 90/106, razão pela qual não há falar em qualquer atenuação de pena.

Todavia, quanto ao crime de corrupção de menores, embora a pena-base tenha sido estabelecida adequadamente em 1 ano e 2 meses de reclusão, verifico que, na segunda fase da dosimetria da pena, a d. Sentenciante não reconheceu a atenuante da confissão espontânea, embora o recorrente tenha confirmado o cometimento da subtração em concurso com a adolescente C.A.L.M.

Assim, atenuo a pena para o patamar mínimo de 1 ano de reclusão, a qual torno definitiva à míngua de agravantes, majorantes e minorantes.

Conservo o concurso formal de crimes e a aplicação da pena mais grave, qual seja aquela aplicada ao crime de furto, bem como o seu aumento em 1/6, mantendo-a definitivamente aplicada em 3 anos, 6 meses e 23 dias de reclusão, mais 60 dias-multa, à razão mínima.

O regime prisional deve ser mantido no inicial semiaberto, haja vista os maus antecedentes do réu, tal como examinado na r. sentença primeira.

Incabível a substituição da pena corporal e o *sursis*, ante o não preenchimento dos requisitos legais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para, mantida a condenação do apelante pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 1º e § 4º, I e IV, do CP e no art. 244-B do ECA, reconhecer a atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de corrupção de menores, sem contudo, alterar a pena definitivamente aplicada.

Custas, na forma da sentença, f. 153.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Coloco-me de acordo com o eminente Desembargador Relator, para também dar parcial provimento ao recurso. Todavia, divirjo, *data venia*, de Sua Exa. apenas no que tange à pena de multa fixada ao apelante pela prática do crime de furto, qual seja 60 (sessenta) dias-multa, por considerá-la desproporcional à respectiva pena corporal.

A pena de multa, tal como a pena privativa de liberdade, deve obedecer ao critério trifásico de aplicação da pena, devendo o julgador sentenciante, ao fixá-la, atentar para as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, bem como para o disposto no art. 68 do mesmo Codex.

Certo é que, dentro do princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve ser proporcional à sanção corporal, pois ambas as sanções são dosadas com base no mesmo critério.

Assim, tendo em vista que a reprimenda foi fixada em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, fixo a pena de multa em 18 (dezoito) dias-multa.

Quanto ao mais, acompanho todos os termos do voto condutor.

Mediante tais considerações, ousou divergir do eminente Desembargador Relator, apenas para reduzir a pena de multa imposta ao acusado para 18 (dezoito) dias-multa.

É como voto.

DES. SÁLVIO CHAVES - Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, também conheço do recurso.

Depois de compulsar os autos detidamente, acompanho o posicionamento adotado pelo e. Des. Relator Cássio Salomé, no que tange ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em favor do réu E.A. Contudo, peço-lhe vênia para aderir ao posicionamento do douto Des. Agostinho Gomes de Azevedo para reduzir a pena de multa para o montante de 18 (dezoito) dias-multa, por levar em consideração a proporcionalidade com a sanção corporal ora fixada.

No que tange à alegação defensiva de absolvição do réu com fulcro no princípio da insignificância, acompanho o disposto no voto condutor. No entanto, peço vênia para deixar consignado meu entendimento no sentido de que reconheço a existência e a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância em crimes de furtos, caso a caso, consideradas suas particularidades, sendo que, aqui, tal princípio não incide em favor do agente.

É que o posicionamento expressado no voto do e. Relator traduz a ideia de total descabimento do princípio supracitado, ao rejeitar qualquer consideração sobre a insignificância do delito feita pelo aplicador da lei. Da mesma perspectiva não partilho, pelas razões a seguir aduzidas:

Consoante entendimento já consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 108.149), como causa supralegal de exclusão da tipicidade, o princípio da insignificância tem aplicação quando preenchidos os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta perpetrada pelo agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, veja-se aresto do julgador relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legítima o reconhecimento desse postulado de política criminal. [...] - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. [...] (STF - HC 92.463/RS - Relator: Ministro Celso de Mello - Segunda Turma - DJ de 31.10.2007, p. 104).

No mesmo voto, o e. Ministro Celso de Mello assim se manifestou:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade, e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integralidade da própria ordem social (STF, HC 92463/RS, Relator: Ministro Celso de Mello - Segunda Turma - DJ de 31.10.2007).

Como cediço, a aplicação do referido princípio afasta a tipicidade material, tendo em vista a mínima repercussão da conduta dos agentes sobre o bem jurídico tutelado.

No caso dos autos, contudo, não visualizo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, isso porque a carga de agir do acusado foi extremada, pois aqui com ousadia e pouco se importando com o patrimônio alheio, o agente, durante o período noturno, e em concurso de pessoas com uma menor de idade, arrombou a porta do estabelecimento comercial de onde subtraiu a *res furtiva*, caracterizando o desvalor de sua conduta.

Portanto, sob o aspecto acima, não há falar em aplicação do referido princípio no presente caso, sob pena de servir como incentivo ao agente na prática de crimes.

Feita essa breve ressalva, acompanho o posicionamento externado pelo eminente Desembargador Relator. É como voto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Suspensão condicional do processo - Benefício cabível em tese - Proposta não oferecida em primeira instância - Nulidade do processo - Ofensa ao devido processo legal - Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 - Infração a que se comina pena de multa alternativa - Possibilidade de *sursis* processual quando a reprimenda de multa é alternativa à sanção privativa de liberdade - Entendimento dos tribunais superiores

Ementa: Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990. Infração a que se comina pena de multa alternativa. Suspensão condicional do processo. Benefício cabível em tese. Proposta não oferecida em primeira instância. Ofensa ao devido processo legal. Nulidade declarada de ofício.

- Constatado que o preceito secundário do tipo incriminador prevê a sanção de multa, a título de punição alternativa à pena privativa de liberdade, possível seja proposta a suspensão condicional do processo, nos termos preconizados pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Precedentes dos tribunais superiores.

- Sendo, em tese, cabível o *sursis* processual, e verificada omissão quanto à sua propositura, necessário seja reconhecida a nulidade do processo, por violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CR/1988).

- Nulidade declarada de ofício, para oportunizar ao Ministério Público oferecer ao acusado a suspensão condicional do processo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0342.13.003665-6/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: J.R.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em SUSCITAR PRELIMINAR, DE OFÍCIO, PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO, A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Trata a espécie de recurso de apelação criminal interposto por J.R.P. contra a respeitável sentença de f. 143/158, de lavra

do em. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ituiutaba, que o condenou como incurso nas sanções do art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990, fixada reprimenda de 2 (dois) anos de detenção, em regime prisional aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Segundo a denúncia, no dia 23.08.2012, por volta das 13h41min, integrantes de órgãos de fiscalização oficiais, como Vigilância Sanitária e Procon Estadual, constataram que, nas dependências do estabelecimento comercial de nome fantasia [...], situado na [...], centro da Comarca de Ituiutaba, o acusado expôs à venda, de forma culposa, mercadorias em condições impróprias para consumo, constituídas por produtos com o prazo de validade vencido e mercadorias acondicionadas de forma inadequada, como um guaraná da marca “Mineiro”, pacote de pães da marca “Bom Dia” e cortes de frango.

Ainda de acordo com a inicial, naquela mesma ocasião, o denunciado dolosamente comercializou produtos e subprodutos cárneos não inspecionados, como vários quilos de peixe e banha, violando as normas regulamentares de distribuição, apresentação e comércio, com incidência do previsto no art. 18, § 6º, I e II, da Lei nº 8.078/1990 (Código do Consumidor).

Recorreu o sentenciado (f. 163/184), suscitando, preliminarmente, a inépcia da denúncia; cerceamento de defesa por ausência de intimação quanto à expedição de carta precatória; e ilegitimidade passiva. No mérito, pugna pela absolvição, alegando carência de provas quanto à materialidade e insubsistência da acusação, pois as mercadorias impróprias não estavam expostas à venda. Alternativamente, pleiteia a suspensão condicional da pena.

Apresentada resposta ao recurso (f. 185/197), bate-se o Ministério Público pela manutenção da sentença recorrida.

Instada a se manifestar (f. 202/211), opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça no sentido da rejeição das questões preliminares e não provimento do recurso, em parecer subscrito pelos Drs. Renato Bretz Pereira e Ronald Albergaria.

É, resumidamente, o relatório.

De pronto, apreciando detidamente os documentos colacionados, suscito preliminar, de ofício, para reconhecer a nulidade do processo, tendo em vista a possibilidade de concessão de benefício ao acusado, em observância ao devido processo legal, constitucionalmente consagrado.

Em virtude da necessidade de adequação dos procedimentos penais a novos institutos, criados para reduzir os deletérios efeitos do processo criminal, principalmente em relação a delitos considerados de menor repercussão social ou de menor ofensividade, foi prevista a suspensão condicional do processo, inserta no art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Nos termos de referido dispositivo, o legislador erigiu a pena privativa cominada com o parâmetro objetivo para incidência do benefício, pois a sanção prevista, para a propositura da suspensão, deve ser igual ou inferior a 1 (um) ano, sendo exigidos ainda outros requisitos, como ausência de condenação anterior por outro crime.

Não obstante, em virtude da constante evolução do entendimento jurisprudencial, as hipóteses de incidência do benefício foram ampliadas, pois se consagrou que, em infrações penais em que a sanção de multa é alternativa à pena privativa de liberdade, também é possível a propositura da suspensão do processo, pois referidos delitos não são de alta reprovabilidade social.

Com efeito, considerando que a imposição de pena privativa de liberdade, em qualquer patamar, é sempre mais gravosa que a obrigação de natureza pecuniária, não cabe afastar a incidência do benefício, nos casos em que a multa é prevista pelo legislador como aplicável de forma isolada.

Inviável desconsiderar, por medida de política criminal, que a pretendida ressocialização do infrator pode ser atingida mais facilmente, nos delitos de menor ofensividade, quando afastadas as agruras do processo penal ou da condenação criminal, facultando-lhe reparar o dano por meio de medidas de outra natureza, como aquelas dispostas no art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/1995.

A questão foi debatida no âmbito dos tribunais superiores, restando consolidado o entendimento de que o *sursis* processual é cabível nos casos em que a reprimenda de multa é alternativa à sanção privativa de liberdade, justamente a hipótese das condutas insertas no art. 7º da Lei nº 8.137/1990.

Oportuno colacionar, a respeito, os seguintes julgados:

Ação penal. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. - Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo (STJ, 2ª Turma, HC 83926/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 07.08.2007, p. em 14.09.2007 - RT, 867/525-528).

Processo penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90. Pena mínima cominada igual a dois anos. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento. - 1. O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90 comina pena privativa de liberdade mínima igual a dois anos ou multa. 2. Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é possível a aplicação dos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95. 3. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca das propostas de transação

penal e suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada para o referido crime (STJ, 6ª Turma, RHC 54.429/SP, Rel.º Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 24.03.2015, p. 29.04.2015).

Processo penal. *Habeas corpus*. Art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90. Pena privativa de liberdade. Mínimo cominado superior a um ano. Previsão alternativa de pena de multa. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. - Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, é cabível a aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (Precedente do STF). Ordem concedida (STJ, 5ª Turma, HC 109.980/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 04.12.2008, p. em 02.03.2009).

Recentemente, foi julgado recurso de apelação em que a situação jurídica é semelhante à destes autos, decidindo esta c. Câmara Criminal pela nulidade processual da ação penal em que não foi oportunizada a propositura da suspensão condicional do processo, quando prevista a multa alternativa, julgamento do qual participei e que restou assim ementado:

Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90. Preliminar em contrarrazões. Suspensão condicional do processo. Cabimento. Crime que prevê pena de multa alternativa. Proposta não oferecida em primeiro grau. Ofensa ao princípio do devido processo legal. Nulidade decretada. Preliminar acolhida. - Cabível o oferecimento da suspensão condicional do processo a delito que comine pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, mesmo que o preceito sancionador disponha pena corpórea superior a 01 (um) ano. (Precedentes do STJ e do STF) - A não propositura do benefício da suspensão condicional do processo, quando cabível a medida, justifica a decretação de nulidade do feito, por ofensa ao princípio do devido processo legal, haja vista a omissão de ato procedimental de cumprimento obrigatório (art. 89 da Lei nº 9.099/95). (TJMG, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 1.0487.10.004848-6/001, Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, j. em 02.06.2016, p. em 13.06.2016).

Ressalto, por outro lado, que o acusado não ostenta condenações criminais anteriores, ou mesmo responde a ações penais diversas, conforme CAC de f. 37, circunstância que possibilita, a princípio, sem prejuízo de análise detida dos requisitos pelo *Parquet*, o oferecimento do *sursis* processual.

Sendo assim, considerando a necessidade de estrita observância ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CR/1988), com possibilidade de situação jurídica menos gravosa ao condenado, diante da existência de instituto processual que evita imposição de sentença penal condenatória, imperioso declarar a nulidade deste processo, a partir do recebimento da denúncia, para que seja conferida oportunidade de propositura da suspensão do processo.

Fiel a essas considerações, e atenta a tudo mais que dos autos consta, suscito preliminar, de ofício, para declarar a nulidade do processo, a partir do recebimento da denúncia, determinando o retorno dos autos à

comarca de origem, no intuito de se oportunizar ao Ministério Público a possibilidade de propor ao apelante, se for o caso, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Não há necessidade de expedição de alvará de soltura, pois o acusado responde a este feito criminal em liberdade.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e CATTALINA PRETA.

Súmula - DE OFÍCIO, SUSCITARAM PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO, A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, OPORTUNIZANDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PROPOR AO ACUSADO A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

...

**Crimes contra a
flora - Crimes contra o meio ambiente - Corte
de árvores sem permissão da autoridade
competente - Absorção - Condenação - Dolo -
Prefeito municipal - Circunstâncias agravantes
não alegadas na denúncia - Livre
convencimento motivado - Concurso formal
perfeito - Pena de multa**

Ementa: Apelações criminais. Crimes ambientais. Destruição de floresta em área de preservação permanente. Corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Desclassificação do delito para a forma culposa. Não cabimento. Dolo comprovado. Decote das agravantes não narradas em denúncia. Impossibilidade. Comprovação nos autos. Reconhecimento do concurso formal impróprio. Inviabilidade. Manutenção do valor unitário do dia-multa. Recursos conhecidos e desprovidos.

- Os crimes ambientais praticados pelo réu configuram delitos autônomos, devendo ser afastada a aplicação do princípio da consunção.

- Comprovado, nos autos, que o réu agiu de forma dolosa ou que tenha atuado, no mínimo, com dolo eventual, inviável a desclassificação do crime para a modalidade culposa.

- Ainda que não descritas em denúncia, necessário o reconhecimento das agravantes comprovadas nos autos.

- Inviável o reconhecimento do concurso formal impróprio entre os delitos praticados, se a ação ilícita não deriva de desígnios autônomos.

- O valor unitário do dia-multa deve observar os limites estabelecidos na legislação penal, devendo ainda ter como parâmetro as condições financeiras do acusado, possibilitando o cumprimento da obrigação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.13.003778-7/001
- Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º) A.C.G.T. - Ex-Prefeito Municipal de Santana do Pirapama - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, A.C.G.T. e o assistente de acusação - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por A.C.G. em face da sentença de f. 448/460, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas julgou procedente a denúncia, condenando o réu, como incurso nas sanções dos arts. 38 e 39, ambos da Lei nº 9.605/98, à pena total de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 11 (onze) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais às f. 480/485, o Ministério Público pugna pela aplicação do concurso formal imperfeito entre os delitos praticados, por entender que os crimes foram praticados com desígnios autônomos distintos e, portanto, devem as penas ser aplicadas cumulativamente. Pleiteia, também, o aumento do valor do dia-multa aplicado para o patamar de 2 (dois) salários-mínimos, diante da gravidade dos fatos praticados e da desproporção com a condição econômica do réu.

Contrarrazões da defesa de f. 492/494, em que pugna pelo conhecimento e desprovemento do apelo ministerial.

Razões da defesa de A.C.G. às f. 509/523, em que pleiteia a reforma da sentença para que seja afastada a condenação do réu como incurso nas sanções do art. 39 da Lei nº 9.605/98, em razão da aplicação do princípio da consunção. Em consequência, pugna pelo afastamento do concurso formal de delitos, bem como das agravantes previstas no art. 15, inciso II, d, da Lei nº 9.605/98 e

no art. 61, inciso II, g, do Código Penal, por não terem sido descritas em denúncia, mas tão somente suscitadas pelo assistente de acusação em sede de alegações finais. Requer, ainda, o reconhecimento da conduta tipificada no art. 38 da Lei nº 9.605/98 na sua modalidade culposa, com a devida reestruturação das penas do acusado.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 526/532, em que requer o desprovemento do apelo defensivo.

Às f. 534/539, contrarrazões do assistente de acusação, em que pugna pelo desprovemento do recurso defensivo.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovemento do apelo defensivo e pelo provimento do recurso ministerial (f. 544/551).

É o relatório.

Decido.

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

Não vislumbro nenhuma nulidade que vicie o feito ou questão que mereça apreciação de ofício.

Narra a exordial que, no dia 6 de julho de 2009, o denunciado, ora apelante, agindo na condição de Prefeito de Santana do Pirapama, deu autorização a funcionário da Prefeitura, embora sem permissão da autoridade competente, para que procedesse ao corte de árvores às margens da estrada Riacho D'Anta e na propriedade de J.A.M., denominada Mangabeiras, situada na zona rural do Município de Santana do Pirapama, vindo a provocar dano em floresta considerada de preservação permanente.

Segundo consta, na data dos fatos, a estrada Riacho D'Anta estava sendo objeto de alargamento e, pelo fato de a propriedade rural supracitada se localizar na divisa da referida estrada, foi realizada a intervenção ambiental mediante ordens do denunciado, acarretando, conforme laudo pericial proveniente do Instituto Estadual de Florestas (IEF), os seguintes danos: 1) supressão de 1,54 ha de formações campestres em áreas comuns e de propriedades alheias, em razão da retirada/afastamento da cerca de divisa com a estrada; 2) supressão de vegetação nativa (formações campestres) em 0,017 ha de área de reserva legal, averbada em Cartório de Registro de Imóveis, de propriedade de J.A.M.; 3) supressão de vegetação nas margens do Ribeirão dos Gerais em área de 0,024 ha de preservação permanente; 4) supressão de 44 pequizeiros, árvore imune de corte, nas margens da estrada Riacho D'Anta e no interior de propriedades particulares.

Apurou-se, ademais, que, de acordo com os esclarecimentos prestados pela perícia do IEF, em complementação ao laudo pericial de f. 07/14, a área atingida é de floresta nativa, a intervenção se deu sem qualquer solicitação de autorização ao órgão competente, que seria o IEF, com infringência às normas de proteção estabelecidas nos arts. 7º, 10 e 14, todos da Lei nº 14.309/2002, da Lei nº 17.682/2008, e, ainda, da Deliberação Normativa

nº 76/2004, tendo a supressão dos pequizeiros gerado danos significativos, haja vista que as árvores adultas foram extraídas com a raiz.

Conforme relatado, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o recorrente como incurso nas sanções dos arts. 38 e 39, ambos da Lei nº 9.605/98, o que motivou os presentes recursos.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada por meio dos laudos periciais de f. 10/12; anexos fotográficos de f. 13/17; boletim de ocorrência de f. 21/22; e respostas do Instituto Estadual de Florestas (IEF), às f. 36/40.

Inicialmente, passo a analisar o pedido defensivo para que seja aplicado o princípio da consunção, por entender que o crime, previsto no art. 39 da Lei nº 9.605/98, foi abrangido pelo delito de destruição de floresta considerada de preservação permanente, já que os pequizeiros localizados na área de cerrado e suprimidos compunham a floresta danificada.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Entendo, pois, que o crime de “corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente” não foi praticado como meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução do delito previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98, nem sequer se trata de exaurimento desse crime principal.

A conduta prevista no art. 39 da Lei nº 9.605/98 não encerrou a sua potencialidade lesiva na própria destruição da floresta considerada de preservação permanente, ou seja, não exauriu a possibilidade de continuar a servir para prática de outros delitos, podendo, perfeitamente, se repetir.

Ademais, como bem salientado pelo *Parquet*, os delitos praticados atingiram bens jurídicos distintos, tendo em vista que um tipo penal se refere à destruição ou à daniificação de área de preservação permanente, enquanto o outro, embora também diga respeito à área de preservação permanente, visa tutelar especificadamente o corte de árvore sem permissão da autoridade competente.

Feitas essas considerações, não há falar na aplicação do princípio da absorção ou consunção consubstanciada na Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual o crime-fim - no caso, o delito previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98 - absorve ou consome o crime-meio.

Mantida a condenação do réu como incurso nas sanções dos arts. 38 e 39, ambos da Lei nº 9.605/98, incabível o afastamento do concurso formal entre os crimes praticados.

Em relação à alegação de que o crime tipificado no art. 38 da Lei nº 9.605/98 deva ser reconhecido na modalidade culposa, mais uma vez razão não assiste à defesa.

Alega a defesa que, “ao determinar a execução da referida obra pública, o apelante não se cercou com os cuidados técnicos devidos, em especial, a consulta prévia

aos órgãos ambientais”, o que permite concluir que o réu não agiu com o dolo deliberado de causar qualquer dano ambiental.

Contudo, entendo que o acusado, na condição de Prefeito, tinha consciência das condutas por ele praticadas.

Embora tenha negado os fatos narrados em denúncia, afirmou expressamente que “a obra na estrada foi executada pela AMAV, através de convênio firmando com o Município”, que, inclusive, “tem que conferir a execução da obra”. Alegou, ainda, que a “construção da ponte foi precedida de licenciamento ambiental; que o Município fiscalizou a construção da ponte” (f. 303/304).

Constata-se, portanto, que, de fato, o acusado, na qualidade de autoridade superior da Administração Pública local, tinha o dever legal de zelar pela regularidade das obras realizadas na estrada Riacho D’Anta e na propriedade de J.A.M. que, por sua vez, somente poderiam ter sido realizadas mediante a concessão prévia do respectivo licenciamento ambiental, por serem áreas de preservação permanente.

Assim, entendo que o acusado tinha plena ciência, ou, ao menos, assumiu o risco de causar dano ao meio ambiente, ao conceder autorização de forma voluntária para que um funcionário da Prefeitura realizasse intervenções ambientais sem o prévio licenciamento ambiental. A meu ver, o réu tinha o claro intuito de finalizar a obra durante a vigência de seu governo, não podendo, portanto, se eximir da responsabilidade penal pelo ato por ele ordenado.

Dessa forma, comprovado que o réu agiu de forma livre e consciente ao ordenar a destruição de floresta localizada em área permanente e o corte de árvores nessa mesma localidade, inviável é a desclassificação da conduta para a modalidade culposa.

Em relação ao pedido de decote das agravantes previstas no art. 15, inciso II, *d*, da Lei nº 9.605/98 e no art. 61, inciso II, *g*, do Código Penal, ao argumento de que foram elas alegadas apenas pelo assistente de acusação em alegações finais, e não pelo *Parquet*, titular da ação penal, julgo que também não merece ser acolhido.

Embora a defesa alegue que as referidas agravantes não foram narradas em denúncia, o que acarretou o aumento da pena privativa de liberdade fixada em desfavor do réu, julgo ser possível que o d. Magistrado *a quo*, analisando as circunstâncias do caso concreto, as reconheça de acordo com seu livre convencimento motivado, nos termos art. 385 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Sobre o tema, ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

[...] do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está o juiz fadado a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, consequentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 729).

Nesse sentido, é a jurisprudência:

[...] 1. Não configura constrangimento ilegal: (a) manifestação discordante entre membros do Ministério Público, atuantes como órgão de acusação e *custos legis*, em face do exercício pleno e independente das suas atribuições; bem como (b) não vinculação do órgão julgador à manifestação ministerial favorável do réu, em face da liberdade de decidir do magistrado, de acordo com seu livre convencimento. Precedentes. [...] (AgRg nº REsp 1283767/SC - Relatora: Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - j. em 25.03.2014 - DJe de 31.03.2014).

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito. Pedido de desclassificação do órgão ministerial. Não vinculação do Juiz de Direito. Art. 385 do CPP. Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Não cabimento. Regime diverso do fechado. Possibilidade. - O fato de o Ministério Público ter pedido a absolvição do paciente não vincula o Juiz de Direito que tem a liberdade de decidir de acordo com o seu livre convencimento. [...] (Apelação Criminal 1.0461.11.006100-3/001 - Relatora: Des.ª Denise Pinho da Costa Val - 6ª Câmara Criminal - j. em 06.08.2013 - p. em 12.08.2013).

Ademais, julgo que referidas agravantes estão perfeitamente comprovadas no caso concreto, por se referirem aos danos gerados à propriedade alheia pela prática de crime ambiental - no caso, a propriedade de J.A.M. - e por ter o réu violado o dever inerente ao seu cargo de Prefeito municipal.

Logo, embora as agravantes não tenham sido narradas na inicial acusatória, poderá o MM. Juiz de Direito reconhecê-las, ainda que de ofício, visto que devidamente comprovadas no caso dos autos.

No que se refere ao pedido de reconhecimento do concurso formal impróprio, previsto na parte final do art. 70, *caput*, do CP, melhor sorte não socorre ao Ministério Público.

Isso, pois, entendo que não há provas suficientes de que o apelante agiu com desígnios autônomos ao praticar os crimes ambientais, muito embora tenham sido atingidos bens jurídicos distintos.

Pelo contrário, durante a instrução probatória, apenas foi comprovado que o acusado tinha como único objetivo a ampliação da estrada Riacho D'Anta, localizada no Município de Santana do Pirapama, constataando-se, portanto, que a ação ilícita não decorreu de desígnios autônomos diversos.

Assim, em conformidade com o entendimento do d. Magistrado a quo, entendo que, mediante uma conduta subdividida em vários atos, o acusado praticou dois delitos ambientais distintos, caracterizando o concurso formal perfeito, nos moldes do art. 70, primeira parte, do CP.

Em relação ao aumento do valor unitário do dia-multa aplicado, tendo em vista que a quantia arbitrada não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção dos delitos praticados, e considerando a condição econômica do réu, razão não assiste ao *Parquet*.

Com efeito, a pena de multa deve observar os limites estabelecidos no art. 49, § 1º, do Código Penal, que varia de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes este salário, conquanto, também, se devem ter como critério as condições financeiras do acusado.

No presente caso, verifico que o fato de o réu, à época dos fatos, ter praticado os delitos a ele imputados na qualidade de Prefeito municipal, não autoriza, por si só, a majoração do valor unitário do dia-multa fixado no mínimo legal.

Ademais, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, entendo que o fato de as penas-base já terem sido fixadas em patamares superiores ao mínimo legal e em cumulação com a pena de multa - que, registro, é facultativa, visto que os mencionados tipos penais preveem ou a aplicação isolada de pena privativa de liberdade ou a sua cumulação com pena de multa - é suficiente à reprovação e prevenção dos crimes ora analisados.

Dessa forma, mantenho o valor unitário dos dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos, *quantum* este que, a meu ver, se mostra razoável e possibilita o cumprimento da obrigação.

Feitas essas considerações, nego provimento aos recursos e mantenho a sentença em sua integralidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MACHADO e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Incitação de movimento para subverter a ordem - Desrespeito a ordem de agente penitenciário - Execução penal - Falta grave

Ementa: Agravo em execução. Desrespeito à ordem de agente penitenciário e incitação de movimento para subverter a ordem. Falta grave configurada. Reconhecimento. Necessidade.

- Presentes elementos que dão conta da prática de infração disciplinar consistente na inobservância dos deveres previstos no art. 39, II, da Lei de Execução Penal, inviável extirpar da esfera de responsabilidade do reeducando a prática da falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP, sendo de rigor seu reconhecimento.

- O fato de o reeducando ter incitado movimento de subversão à ordem, no estabelecimento prisional, constitui falta grave prevista do art. 50, I, da LEP.

- Daquele que pretende retornar ao pleno convívio em sociedade espera-se comportamento respeitoso e exemplar no ambiente reeducacional, não se podendo tolerar atos beligerantes, desrespeito a funcionários ou qualquer sinal relevante de desdém às regras de convívio vigentes no local.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0693.15.004376-0/001 - Comarca de Três Corações - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: I.F.S. - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, POR UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2016. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão de f. 02/03, por meio da qual a MM. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Três Corações não reconheceu a falta grave imputada ao agravado, I.F.S., ao fundamento de não ter ele pretendido, deliberadamente, ofender o agente penitenciário ou incitar a subversão à ordem ou à disciplina pelos demais detentos.

Alega o recorrente ministerial, em suas razões recursais de f. 13/16, que a falta grave atribuída ao agravado está devidamente comprovada nos autos. Sustenta que o reeducando, além de desrespeitar os agentes penitenciários - proferindo palavras de baixo calão -, incitou

movimento de subversão à ordem no estabelecimento prisional. Por força desses fundamentos, pugna pelo reconhecimento da conduta do agravado como falta grave, para os fins de regressão de regime e perda de parte dos dias remidos.

Em contrarrazões de f. 17/19, a defesa pugnou pelo desprovimento do recurso interposto.

Na fase do juízo de retratação, o Juiz singular manteve, por seus próprios fundamentos, inalterada a decisão agravada (f. 20).

A Procuradoria-Geral de Justiça recomendou o conhecimento e o provimento do recurso, em parecer exarado em f. 29/29-v.

É o relatório.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de cognoscibilidade, conheço do recurso.

À minguia de preliminares - argüidas pelas partes ou de ofício apreciáveis por este órgão jurisdicional -, passo à análise do tema recursal de fundo.

Noticiam os autos que o agravado cumpria pena em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I c/c art. 65, I e III, d, ambos do Código Penal e no art. 33, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06 (atestado de pena acostado na contracapa dos autos), quando, no curso de sua execução, desrespeitou os agentes penitenciários, proferindo palavras de baixo calão, além de incitar movimento de subversão à ordem no estabelecimento prisional.

Observado o devido processo legal, substantivo e adjetivo, ouvido o agravado em audiência de justificação, a Juíza a quo deixou de reconhecer a falta grave nos termos que se seguem:

[...] Em relação à falta noticiada, tenho que a conduta narrada nos autos não se apresenta como falta grave, uma vez que, ao contrário do que restou assentado, não verifico que tenha o reeducando pretendido, deliberadamente, ofender o agente ou incitar a subversão à ordem ou à disciplina pelos demais detentos. Ainda, ressalto, que deve ser levado em conta o ambiente de tensão existente em uma unidade prisional. Ademais, não há nos autos qualquer indicativo de que a atitude do reeducando tenha maior repercussão na rotina do sistema carcerário. Não há dúvidas de que em cumprimento de pena privativa de liberdade, deve o reeducando agir com respeito com as autoridades e a todos aqueles com quem deva conviver, entretanto, é necessário verificar o quão reprovável foi a conduta do reeducando, para que a penalidade imposta respeite os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se a prática de injustiças. No caso, a conduta descrita não se reveste de gravidade suficiente para ser reconhecida como falta grave, com as severas e duras repercussões que tal reconhecimento acarreta no cumprimento da pena imposta ao sentenciado. Diante do exposto, relevo a indigitada falta grave [...] (f. 03).

Todavia, depreende-se do Comunicado Interno acostado aos autos (f. 07) que, durante procedimento de retirada de outro preso da cela 08 - em cumprimento a alvará -, o agravado, que estava na cela 09 e não tinha nenhuma relação com o procedimento em curso,

começou a gritar palavras de baixo calão. O agravado foi advertido pelo agente penitenciário para cessar sua conduta, mas continuou gritando, bem como incitou os demais presos da cela a participarem da gritaria.

Em procedimento administrativo (f. 09), a testemunha S.L.D., agente de segurança penitenciário, afirmou que o agravado proferiu palavras de baixo calão, conforme consta no mencionado comunicado interno, bem como disse que a equipe de plantão chamou a atenção do apenado por várias vezes, contudo, ele não acatou as ordens dos agentes e, ainda, agitou o pavilhão incitando os demais a participar da gritaria.

Nesse ponto, cumpre registrar que, a princípio, inexistem motivos para se desacreditar as palavras dos agentes penitenciários, já que não teriam razões para falsa e gratuitamente imputar a um inocente o cometimento de falta grave.

Ou seja, a comunicação de tais funcionários possui presunção de idoneidade, mostrando-se suficiente para caracterizar a falta grave acaso não infirmada.

Ademais, harmônicos os fatos narrados no Comunicado Interno com os relatos colhidos em sede de apuração administrativa, dando conta que o agravado, em atitude afrontosa e desrespeitosa, proferiu palavras de baixo calão contra os servidores penitenciários, desobedecendo às ordens deles de cessar sua conduta.

Assim agindo, deixou o agravado de cumprir os deveres do condenado previstos no art. 39, II, da Lei de Execução Penal, o que, consoante o art. 50, VI, da LEP, constitui falta grave, confira-se:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

[...]

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...].

[...]

Art. 50: Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que:

[...]

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. [...].

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência deste Tribunal: Agravado em execução. Reconhecimento de falta grave. Possibilidade. Dar provimento ao recurso ministerial. - 1. Mantém-se o reconhecimento da falta grave em razão do que determina o art. 50, inciso VI, c/c o art. 39, inciso II, da LEP. 2. Recurso provido (TJMG - Agravado em Execução Penal 1.0439.12.010098-7/001, Rel. Des. Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. em 11.11.2014, p. em 17.11.2014).

Ademais, o agravado também incitou movimento de subversão à ordem no estabelecimento prisional, estimulando os demais apenados a participarem de sua conduta desrespeitosa e indisciplinada, o que constitui a falta grave prevista no inciso I do art. 50 da Lei das Execuções Penais: "incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina".

Em que pese o agravado ter negado a prática da falta grave a ele atribuída (f. 02), sua defesa, no entanto,

não indicou elementos de convicção que pudessem desconstituir os fatos narrados pelos documentos e funcionários oficiais.

Ademais, não se faz necessária, ao reconhecimento de faltas graves, infrações meramente administrativas que são, prova cabal e irrefutável da materialidade e autoria infrativas.

Portanto, fincado no conjunto fático-probatório formado nestes autos, presentes elementos que dão conta da prática de infração disciplinar consistente na inobservância dos deveres previstos no art. 39, II, da Lei de Execução Penal e na incitação de movimento para subverter a ordem no estabelecimento prisional, inviável extirpar da esfera de responsabilidade do sentenciado a prática da falta grave a ele atribuída, nos termos do art. 50, I e VI, da LEP, sendo de rigor seu reconhecimento.

Ora, se nem no ambiente prisional - em que se espera redobrado respeito ao sistema - o agravado demonstrou comportamento compatível, torna-se sombria a expectativa quanto a seu comportamento quando plenamente livre de volta ao convívio social, acaso não seja ele devidamente repreendido. Em suma, daquele que pretende retornar ao pleno convívio em sociedade espera-se comportamento respeitoso e exemplar no ambiente prisional, não se podendo tolerar atos de desrespeito/desobediência aos agentes penitenciários, incitação de movimento para a subversão da ordem ou qualquer sinal relevante de desrespeito e desdém às regras de convívio vigentes.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a falta grave atribuída ao agravado, com as devidas consequências legais a serem observadas pelo Juiz a quo.

Quanto ao pagamento das custas processuais, vale registrar que vinha entendendo que o agravado pobre no sentido legal, assistido por defensor público ou dativo, ou que tivesse expressado sua hipossuficiência financeira, fazia jus à concessão da isenção do pagamento dos referidos encargos processuais, tudo com fundamento na Lei Estadual 14.939/03.

Entretanto, em recente decisão proferida no processo nº 1.0647.08.088304-2/002, o Órgão Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da mencionada lei, à qual julgo necessário aderir, sobretudo em observância ao princípio da segurança jurídica.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), a seu turno, em vigor desde 18 de março de 2015, em seu art. 1.072, revogou expressamente a Lei 1.060/50. Assim, a tratar da matéria, remanesce apenas o art. 804 do Código de Processo Penal, o qual, entretanto, não disciplina todas as questões pertinentes, sobretudo aquelas relativas à concessão da gratuidade da justiça.

Ou seja, impõe-se a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, o qual, com a revogação citada, trata da matéria em seus arts. 98 a 102. Desses dispositivos, extrai-se que, na esteira da presunção de veracidade e da boa-fé processual, a gratuidade da justiça deve ser concedida às pessoas hipossuficientes, sem que

seja necessária a formalização de declaração assinada de próprio punho pelo requerente, podendo ser feita por simples pedido do advogado ou da parte, mesmo nos casos em que se tratar de advogado constituído. A ressalva fica para aqueles casos em que o Julgador, a partir de elementos concretos extraídos dos autos, verificar a suportabilidade do adimplemento de tais encargos pela parte, hipótese em que deverá abrir vista a ela para que preste os esclarecimentos necessários, sendo que, após, sendo o caso, de maneira fundamentada, poderá indeferir o pedido.

Todavia, esta não é a hipótese dos autos, pois não há quaisquer elementos a demonstrar que o agravado - assistido pela Defensoria Pública Estadual - tenha condições de adimplir o pagamento das custas processuais, razão pela qual deve ser suspensa a sua exigibilidade. Ressalto que a exigibilidade do crédito poderá ser buscada nos próximos cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que o certificou, desde que demonstrado pelo credor a alteração da situação de hipossuficiência financeira (art. 98, § 3º, do novo Código de Processo Civil).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS e CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, POR UNANIMIDADE.

...

Homicídio - Tentativa - Qualificadora - Decote - Impossibilidade - Arma de fogo sem munição - Posse irregular - Eficácia - Tipicidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio tentado qualificado pelo motivo fútil. Decisão de pronúncia. Decote da qualificadora. Impossibilidade. Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Art. 12 da Lei nº 10.826/03. Atipicidade. Improcedência. Conduta não abarcada pela *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 30 a 32 do mesmo diploma legal. Delito praticado após o término do prazo de entrega e/ou regularização das armas de fogo de uso permitido. Absolvição pelo princípio da lesividade. Impossibilidade. Arma eficaz, porém desmuniçada. Irrelevância. Tipicidade configurada.

- Consoante a Súmula 64 deste egrégio Tribunal de Justiça, é defeso ao magistrado, na fase de pronúncia, decotar as qualificadoras que não sejam manifestamente improcedentes.

- A descriminalização prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, que diz respeito aos "possuidores e proprietários de armas de fogo", tornou atípica a figura

da posse irregular de arma de fogo de uso permitido até 31.12.2009, prazo estabelecido pela Lei nº 11.922/09.

- Para a configuração do crime descrito no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.862/03, é irrelevante o fato de estar desmuniçada a arma de fogo apreendida, desde que comprovadamente eficaz.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0313.10.005230-4/001 - Comarca de Ipatinga - Recorrente: W.J.R.B. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.V.O.F. - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - Alberto Deodato Neto - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto em favor de W.J.R.B., contra a decisão de f. 113/116, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do CP e do art. 12 da Lei nº 10.826/03, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Denúncia às f. 2/4.

Intimações regulares, f. 117, 117-v., 146 e 156.

Nas razões de f. 123/128-v., pretende o recorrente, inicialmente, o decote da qualificadora prevista no inciso II do § 2º do art. 121 do CP. Pede, ainda, a absolvição do delito conexo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), alegando atipicidade da conduta, seja porque está abarcada pelo instituto da *abolitio criminis* temporária, seja porque a arma estava desmuniçada. Por fim, pede a isenção das custas processuais.

Contrarrazões às f. 130/134-v., em que o Ministério Público pugna pela manutenção da decisão recorrida.

Em sede de juízo de retratação, a decisão recorrida foi mantida, f. 155.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 161/162, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo ao exame do mérito.

Insurge-se a defesa, inicialmente, contra a qualificadora reconhecida na decisão de pronúncia.

No entanto, a qualificadora do art. 121, § 2º, II, do CP deve ser mantida, uma vez que possui amparo o conjunto probatório colhido dos autos.

Como se sabe, as qualificadoras só podem ser excluídas nesta fase processual quando manifestamente improcedentes e descabidas, sem qualquer respaldo na prova dos autos, vigorando o brocardo *in dubio pro societate*.

Aliás, a matéria já se encontra sumulada por este egrégio Tribunal:

Súmula 64 - Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes.

Nessa esteira, após detido exame dos autos, não vejo como prosperar a irresignação defensiva, na medida em que presentes os elementos suficientes para a manutenção das qualificadoras.

A vítima (f. 32/33) e as testemunhas (f. 22/23 c/c a f. 79; 16/17 c/c a f. 78; 20/21; 76 e 77), bem como o réu (f. 25/26), foram uníssonas ao afirmarem que o que motivou os fatos foi o acusado não aceitar que sua ex-companheira se envolvesse com o ofendido ou com qualquer outra pessoa, valendo-se de um sentimento de posse sobre ela.

Aduz a defesa que o ciúme, por ser um sentimento humano, não pode ser confundido com motivo injusto. No entanto, a paixão ou a emoção não autoriza referido comportamento.

Portanto, sendo plausível, deve ser mantida a qualificadora do art. 121, § 2º, II, do CP, respaldada pelas provas até então colhidas, ficando ao encargo do Conselho de Sentença a análise mais aprofundada sobre a efetiva ocorrência dela (art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República).

Nesse ponto, resalto que a análise mais profunda das provas é de competência do Júri Popular, ficando ao encargo do Conselho de Sentença a decisão sobre o cabimento das qualificadoras, já que o seu decote nesta fase processual só é permitido quando forem manifestamente improcedentes, o que não verifico no presente feito.

Ainda, a defesa postula a absolvição sumária de W.J.R.B. com base na atipicidade da conduta, porque está abarcada pelo instituto da *abolitio criminis* temporária ou em face do princípio da lesividade, visto que a arma apreendida estava desmuniçada.

Todavia, sem razão.

Materialidade e autoria incontestas.

A descriminalização prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, que diz respeito aos “possuidores e proprietários de armas de fogo”, tornou atípica a posse irregular de arma de fogo desde a data da publicação da Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, até a data de 23 de outubro de 2005 (fixada pela Medida Provisória nº 253/2005).

Então, com o advento da Medida Provisória nº 417/2008, quase três anos após, ressuscitou-se a atipicidade de tais condutas, estendendo o período da

vacatio legis temporalis e permitindo a regularização das armas de fogo de uso permitido até 31.12.2008 (prazo que se alargou para 31 de dezembro de 2009, em função da Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009).

Assim, após a data-limite estabelecida pela Lei nº 11.922/2009, a conduta de possuir, de forma irregular, arma de fogo de uso permitido voltou a ser típica. Ora, tendo os fatos narrados na denúncia ocorrido no ano de 2014, a conduta, *sub examine*, não se encontra abrangida pela incidência da *abolitio criminis* temporária.

Ainda que assim não fosse, a extinção da punibilidade nos termos do art. 32 da Lei nº 10.826/2003 somente seria possível na hipótese de entrega espontânea das munições à autoridade policial, situação que não se verifica nos autos, uma vez que elas foram apreendidas no interior da casa do réu.

Sobre isso, o entendimento jurisprudencial:

Apelação. Porte ilegal de arma de fogo. Preliminar. Nulidade da sentença por ausência de análise de pedidos formulados em alegações finais. Inexistência. Sentença fundamentada. Desclassificação para o delito de posse ilegal de arma de fogo. Possibilidade. Arma e munição apreendidas no local de trabalho do réu, lugar este que também é sua residência. Figura típica prevista no art. 12 da Lei nº 10.826/03. Atipicidade. *Abolitio criminis temporalis*. Inadmissibilidade no caso concreto. Delito cometido após 31.12.2009. 1. Inexiste nulidade da sentença se o raciocínio lógico trazido na decisão condenatória revela argumento contrário à tese defensiva apresentada em alegações finais. 2. Ora, se a sentença encerra conclusão inconciliável com a principal tese sustentada pela defesa, não há que se falar em qualquer nulidade. 3. Pode-se considerar a posse de arma quando o acusado está com a arma de fogo no interior de sua residência ou no seu local de trabalho, o que ocorre no caso. A posse de arma ou munição se dá em casa, no local de trabalho ou em qualquer outro ambiente similar em que ela se encontre acondicionada; já o porte de arma ou de munição sempre estará configurado quando a arma estiver fora desses ambientes. 4. O art. 32 da Lei nº 10.826/03 disponibilizou aos possuidores e proprietários de armas de fogo a faculdade de entrega espontânea das mesmas, garantindo-lhes presunção de boa-fé e indenização, mas em nenhum momento garantiu a eles a manutenção ilegal daquelas por prazo indeterminado (Apelação Criminal 1.0024.10.042204-7/001 - Relator: Des. Walter Luiz - 1ª Câmara Criminal - j. em 20.11.2012 - p. em 30.11.2012).

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. *Vacatio legis* em razão do disposto no art. 32 da Lei do Desarmamento. Rejeição da denúncia por atipicidade da conduta. Cassação da decisão. Defensoria Pública. Isenção das custas processuais. - É dotada de tipicidade, impondo o recebimento da denúncia, a conduta descrita no art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido) da Lei nº 10.826/2003, cometida fora do período de regularização do registro do armamento, não havendo falar, portanto, em hipótese de *abolitio criminis temporalis*, já que tal prazo não se confunde com aquele para entrega espontânea da arma à Polícia Federal ou nos postos de recolhimento credenciados [...]. (Recurso em Sentido Estrito 1.0024.12.084083-0/001 - Relator: Des. Duarte de Paula - 7ª Câmara Criminal - j. em 08.11.2012 - p. em 21.11.2012).

O art. 12 da Lei nº 10.826/03 prescreve, em seu *caput*, múltiplas condutas, sendo uma delas a praticada pelo apelante, possuir arma de fogo de uso permitido, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência.

Não fez o legislador quaisquer ressalvas quanto à necessidade ou não de estar municiada a arma, o que denota que a sua posse, mesmo descarregada, configura o tipo penal, tanto é que também prevê como crime a posse de munição, que, logicamente, sozinha não poderia ofender a integridade física de alguém.

O fato de não haver munição com o apelante, mas tão somente a arma desmuniçada, não caracteriza ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, a ponto de ensejar a sua absolvição.

Assim, se a arma é comprovadamente eficaz (*laudo* de eficiência de f. 34), gerando perigo de dano em potencial, configurado está o crime em tela, ainda que a arma esteja desmuniçada.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

Apelação criminal. Porte de arma de fogo desmuniçada. Alegação de atipicidade por ausência de lesividade. Não acolhimento. Erro de proibição. Ausência de potencial consciência sobre a ilicitude do fato. Não comprovação. Recurso não provido. - Ainda que desmuniçada, a posse da arma de fogo configura crime, pois trata de incriminação da mera conduta, sendo prescindível a ocorrência de resultado naturalístico. - É ônus da defesa, *ex vi* do art. 156, do CPP, a prova de que o agente não possuía, à época do delito, potencial consciência da ilicitude da conduta realizada. - Recurso não provido (Apelação Criminal 1.0024.10.130299-0/001 - Relator: Des. Corrêa Camargo - 4ª Câmara Criminal - j. em 07.05.2014 - p. em 14.05.2014).

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arma desmuniçada. Irrelevância. Desclassificação para posse irregular de arma de fogo. Impossibilidade. Recurso não provido. I - É irrelevante, para a configuração do delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03, que a arma esteja desmuniçada, bastando tão somente que o agente pratique uma das condutas descritas no referido dispositivo penal, o que, no caso concreto, se evidenciou pelo porte de arma de fogo, de uso permitido, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. II - Restando indubitado que o réu portou arma de fogo de uso permitido, fora de sua residência ou local de trabalho, sem ter a devida autorização para tal, sua conduta se subsume perfeitamente ao crime descrito no art. 14 da Lei nº 10.826/03, sendo inadmissível promover a desclassificação para o crime previsto no art. 12 da mesma lei (Apelação Criminal 1.0334.09.016296-0/001 - Relator: Des. Júlio César Lorens - 5ª Câmara Criminal - j. em 17.04.2012 - p. em 02.05.2012).

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Absolvição. Inviabilidade. Arma desmuniçada. Irrelevância. Perigo abstrato configurado. Recurso desprovido. - O delito de porte de arma de fogo é crime de mera conduta, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniçada para sua consumação, pois é prescindível a lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado (incolumidade pública) (Apelação Criminal 1.0079.10.008456-9/001 - Relator:

Des. Matheus Chaves Jardim - 2ª Câmara Criminal - j. em 12.04.2012 - p. em 20.04.2012).

Portanto, sendo típica, ilícita e culpável a conduta, não há falar em absolvição sumária.

Ademais, diante da pronúncia do réu pelo crime doloso contra a vida, estando demonstrada a materialidade e presentes os indícios de autoria em relação ao delito conexo, não pode o magistrado se manifestar acerca da procedência ou não da denúncia quanto a esse crime, que deve ser igualmente levado à apreciação pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 78, I, do CPP.

Sobre isso:

Tendo sido pronunciado o réu pelo homicídio, não podia o MM. Juiz recorrente impronunciá-lo do crime conexo, pois lhe faltava competência para examiná-lo. Tal apreciação cabia, em face da conexão, ao Tribunal do Júri. A pronúncia pelo homicídio simples obrigava a que se submetesse a julgamento, pelo Tribunal Popular, também o crime de resistência, para que não se quebrasse a unidade do julgamento pelo Juízo competente da conexão (art. 79 do CPP) (RJTJSP 114/150).

Recurso em sentido estrito. Homicídios qualificados. Prova da materialidade. Indícios de autoria. Impronúncia. Absolvição sumária. Inviabilidade. Crime conexo de corrupção de menores, tipificado no art. 244-B da Lei nº 8.069/90. Impossibilidade de análise em sede de pronúncia. Decisão mantida. Recurso não provido. - Impõe-se a pronúncia quando há, nos autos, prova da materialidade delitiva e indícios de que o recorrente seja o seu autor, não demonstrada, de plano, circunstância que exclua o crime ou o isente de pena. Uma vez pronunciado o réu pelos delitos de competência do Júri (homicídios consumados), não pode o magistrado, via de regra, manifestar-se sobre a procedência ou não do crime conexo. - Verificada a presença de delitos conexos em relação ao crime doloso contra a vida, a competência para apreciação e julgamento é do Tribunal do Júri (TJMG - Recurso em Sentido Estrito 1.0024.10.246709-9/001 - Relator: Des. Herbert Carneiro - j. em 23.11.2011).

Recurso em sentido estrito. Decisão de pronúncia. Presença de indícios de autoria e prova da materialidade. Absolvição sumária. Impronúncia. Descabimento. Qualificadora. Plausibilidade. Pronúncia mantida. Tribunal do Júri. Previsão constitucional. Competência mínima. Crime conexo. Necessidade de exame pelo Conselho de Sentença. - Havendo prova da materialidade e indícios suficientes de que o acusado concorreu para a prática delitiva, a decisão de pronúncia deve ser mantida. - A análise exaustiva das provas é de competência dos Membros do Conselho de Sentença, de sorte que, em sede de pronúncia, basta ao julgador especificar, fundamentadamente, a plausibilidade da qualificadora e a presença de indícios suficientes de sua ocorrência na hipótese. - 'Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes' (Súmula 64 do TJMG). - Verificada a presença de crime conexo em relação ao delito doloso contra a vida, o juiz natural da causa será o Tribunal do Júri, razão pela qual a tese relativa à ausência de tipicidade não pode ser examinada em sede de decisão de pronúncia (Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.10.222511-7/001 - Relator: Des. Renato Martins Jacob - j. em 18.08.2011).

No mesmo sentido, o ensinamento da doutrina:

Não cabe ao magistrado, ao elaborar o juízo de admissibilidade da acusação, em relação aos crimes dolosos contra a vida, analisar se é procedente ou não a imputação feita pelo órgão acusatório no tocante aos delitos conexos.

Havendo infração penal conexa, incluída na denúncia, ou queixa, devidamente recebida, pronunciando o réu pelo delito doloso contra a vida, deve o juiz remeter a julgamento, pelo Tribunal Popular, os conexos, sem proceder a qualquer análise de mérito ou de admissibilidade quanto a eles. Aliás, se eram grotescas, atípicas ou inadmissíveis as caracterizações dos delitos conexos, tão logo foi oferecida a denúncia ou queixa, cabia ao magistrado rejeitá-la. Se acolheu a acusação, deve repassar ao juiz natural da causa o seu julgamento. Caberá, assim, aos jurados checar a materialidade e a prova da autoria para haver condenação.

Não tem sentido o magistrado pronunciar pelo crime de sua competência e impronunciar pela infração penal conexa, cuja avaliação não lhe pertence (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. p. 3. tir. São Paulo: RT, 2008. p. 746).

O juiz não pode pronunciar o réu pelo crime de competência do Júri, e, no mesmo contexto processual, absolvê-lo da imputação de crime da competência do juízo singular. Assim agindo, estaria subtraindo do Júri o julgamento de sua competência (JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 357).

Por fim, tenho que a condenação no pagamento das custas processuais decorre de expressa disposição de lei (como consequência da sucumbência - art. 804 do CPP); e, considerando-se que sua exigibilidade está atrelada à fase de execução da sentença, relega-se a este juízo - o da execução - a análise de eventual e real impossibilidade de pagamento, situação que, como cediço, pode alterar-se no tempo, razão pela qual demanda um exame concreto das condições financeiras do réu no momento da cobrança. A respeito:

A isenção do condenado, defendido pela Assistência Judiciária, deve ser apreciada na execução do julgado, e não na fase de conhecimento. Determinando o art. 804 do CPP a condenação do vencido ao pagamento das custas, a tal condição igualmente fica sujeito o beneficiário da justiça gratuita, do que se livrará enquanto persistir o seu estado de pobreza no sentido jurídico (REsp nº 80.757/DF - 6ª Turma - Relator: Ministro Anselmo Santiago - j. em 11.12.97 - DJU de 16.02.98, p.136).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. decisão de pronúncia.

Custas, pelo recorrente, nos termos do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO BATISTA LEITE e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Extorsão - Tentativa - Prescrição - Inocorrência - Crime complexo - Tutela do patrimônio e da integridade física do ofendido - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Periculosidade social - Alto grau de reprovabilidade do comportamento - Defensor dativo - Fixação de honorários - Cabimento

Ementa: Apelação criminal. Extorsão tentada. Prescrição. Inocorrência. Mérito. Materialidade e autoria demonstradas. Absolvição por insuficiência de provas. Inadmissibilidade. Aplicação do princípio da insignificância. Descabimento. Inaplicabilidade no caso. Crime complexo. Tutela do patrimônio e também da integridade física do ofendido. Periculosidade social da ação. Alto grau de reprovabilidade do comportamento. Tese afastada. Condenação mantida. Fixação de honorários a defensor dativo pela atuação na fase de instrução do processo e em segunda instância. Cabimento. Recurso não provido.

- Ausente decurso de prazo para a declaração da prescrição da pretensão punitiva entre os marcos interruptivos, deve ser rejeitada a preliminar que arguiu a ocorrência da prescrição.

- As declarações uníssonas da vítima corroboradas por outros elementos probatórios são provas suficientes a demonstrar o dolo específico exigido no tipo do art. 158 do CP, inviabilizando a absolvição pretendida pela defesa.

- O crime de extorsão é complexo, em que há a afronta não apenas ao patrimônio do ofendido, mas também à sua integridade física, o que já é suficiente para se inadmitir a invocação do princípio da insignificância.

- A atuação do defensor dativo na fase de instrução do processo e em segunda instância demanda a fixação de honorários bem como autoriza, de ofício, a isenção ao réu do pagamento das custas do processo.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0431.12.006369-5/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: R.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: T.F.O. - Relator: DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. DE OFÍCIO, ISENTAR O RÉU DO PAGAMENTO DAS CUSTAS DO PROCESSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - Nelson Missias de Moraes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de R.A.S, condenado como incurso nas sanções do art. 158 c/c art. 14, inc. II, ambos do CPB, a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa, no regime aberto, f. 118-v./120.

Nas razões recursais, aduziu o defensor, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. No mérito, alegou que os elementos colhidos na fase inquisitorial não amparam, com segurança, a condenação, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo* com consequente absolvição do réu.

Requeru, ainda, a absolvição com fundamento no princípio da insignificância, bem como a fixação de honorários advocatícios, f. 123/126.

Contrarrazões, f. 127/138.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso, f. 150/155.

Este, em síntese, o relatório.

Em preliminar, aduziu a defesa ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, pugnando pela declaração da extinção da punibilidade do réu.

Contudo, sem razão, pois considerando que o réu fora condenado a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, tem-se que o prazo prescricional, no caso, ocorre em 4 (quatro) anos, não se constatando, entre os marcos interruptivos, o transcurso deste tempo, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

Conheço do recurso, por preencher os requisitos legais.

Mérito.

Consta da denúncia que:

[...] aos 16 (dezesseis) dias do mês de dezembro de 2012, por volta das 08:20 horas, na Rua xxx, nesta cidade, o denunciado R.A.S foi à residência da vítima T.F.O., na posse da bicicleta da vítima, informando que havia pagado R\$10,00 (dez) reais por ela para A.C.T., exigindo que o ofendido pagasse os R\$10,00 (dez) reais a ele como condição para reaver a bicicleta, sendo que, ao negar, foi constrangido pelo denunciado com o uso de uma faca e ameaças, sendo que a bicicleta não foi restituída ao ofendido. (f. 02/03).

Após regular instrução, sobreveio sentença, com condenação do réu como incurso nas sanções do art. 158 c/c art. 14, inc. II, ambos do CPB, a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa, no regime aberto, f. 118-v./120.

Nas razões recursais, aduziu o defensor que os elementos colhidos na fase inquisitorial não amparam, com segurança, a condenação, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo* com consequente absolvição do réu.

Entretanto, o pedido de absolvição pelos fundamentos apresentados não comporta provimento.

Conquanto o apelante, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, f. 10 e 95, tenha negado a autoria dos fatos, tem-se que as provas produzidas, acentuadamente a trazida aos autos pela ofendida, mostraram-se suficientes à prolação do édito condenatório.

T.F.O. (ofendida), em oitava perante o Juiz, f. 94, reconheceu o réu, que estava presente à audiência, como sendo a pessoa que, no dia dos fatos, esteve em sua casa, ameaçando-a com uma faca, oportunidade inclusive em que confirmou suas declarações prestadas na fase policial, f. 08, quando pormenorizou que:

[...] encontrava-se novamente em casa, quando o conduzido presente, pessoa que conhecia apenas de vista, ali chegou; que o conduzido presente chegou na bicicleta da declarante, dizendo que uma moça estava querendo vender a bicicleta por R\$10,00, e, então, como conhecia que a bicicleta pertencia ao declarante, resolveu segurar a bicicleta para que a moça não vendesse; que a mãe do declarante então disse para que o conduzido presente deixasse a bicicleta ali e chamou o declarante; que o conduzido presente disse que queria R\$10,00 para devolver a bicicleta, e a mãe do declarante já estava para efetuar o pagamento, quando o declarante interveio e disse que não iria pagar, pois era o legítimo proprietário da bicicleta, inclusive possuía nota fiscal; que o conduzido presente então sacou de uma faca, a mesma ora exibida, dizendo que não iria entregar a bicicleta se não recebesse o dinheiro; que a mãe do declarante disse que iria chamar a polícia, mas o conduzido presente novamente fez ameaças, dizendo que se chamassem a polícia iriam se arrepender e então montou novamente na bicicleta e evadiu-se; [...] que os policiais também apreenderam a faca utilizada pelo conduzido presente para ameaçar a declarante e a sua mãe. (f. 08).

Nesse mesmo sentido são as declarações prestadas pela mãe da vítima, C.L.R., à f. 06, a autorizar a segura conclusão quanto ao modo utilizado pelo réu para a consecução de seu intento, não consumado por circunstâncias alheias à sua vontade, conforme decidido pelo Juiz sentenciante.

Desse modo, compreendo que deve ser mantida a condenação, pois a versão apresentada pela vítima foi apoiada por outros elementos de prova.

Ademais, como cediço, em delitos dessa natureza, as declarações da vítima assumem grande importância para melhor elucidar os fatos, acentuadamente quando

confirmadas pelos demais elementos probatórios, como é o caso dos autos.

Neste sentido:

Nos delitos contra o patrimônio, em regra, praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume fundamental importância, prevalecendo, mesmo, sobre a negativa do agente, mormente quando reforçada por outros elementos de convicção (TJMG - 5ª Câmara Criminal - Apelação nº 1.0672.00.028923-7/001 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - j. em 25.04.2006 - p. em 09.06.2006).

Por outro lado, impróprio se admitir a aplicação do princípio da insignificância no presente caso.

Primeiro porque o delito de extorsão é complexo; e dois são os bens jurídicos tutelados (a integridade física e o patrimônio), de forma que não se deve desprezar, para fins de aplicação da insignificância, a grave ameaça sofrida pela vítima.

No caso, prevalece o maior desvalor da conduta sobre o eventual maior ou menor desvalor do resultado, em razão da reprovabilidade moral da ação empreendida com violência, notadamente porque o risco a que é submetida a vítima é bem maior, o que, por consequência, como resposta social, mais elevado deve ser o juízo de reprovabilidade.

Assim, de rigor a manutenção da condenação, bem como a pena fixada, corretamente no patamar de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa, no regime aberto.

Por fim, em razão da atuação da defensora dativa tanto na fase de conhecimento quanto em segunda instância, fixo-lhe os honorários em R\$2.000,00 (dois mil reais) e, de ofício, isento o réu do pagamento das custas do processo.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para fixar os honorários advocatícios e, de ofício, isentar o réu do pagamento das custas do processo, mantendo, quanto ao mais, inalterada a sentença combatida.

É como voto.

Se solicitado, expeça-se certidão.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e CATTÁ PRETA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. DE OFÍCIO, ISENTARAM O RÉU DO PAGAMENTO DAS CUSTAS DO PROCESSO.

...

Peculato - Depositário infiel - Desvio de bem penhorado - Funcionário público - Equiparação - Apropriação indébita - Desobediência - Desclassificação - Confissão espontânea

Ementa: Apelação criminal. Peculato. Depositário infiel. Equiparação a funcionário público. Precedentes. Absolvição. Impossibilidade. Conduta típica. Bem sob penhora. Vedada a livre disposição. Desclassificação para os delitos de apropriação indébita ou desobediência. Inadmissibilidade. Elementar do tipo. Confissão espontânea. Reconhecimento. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos de mesma espécie. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido.

- O depositário fiel de determinado bem equipara-se ao exercício de uma função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal, e, assim sendo, responde pelo crime de peculato quando desvia bens confiados à sua guarda e conservação mediante depósito legal.

- O fato de o bem desviado pertencer à própria acusada não ilide a responsabilidade por sua conduta, na medida em que aquele se encontrava sob o pálio da penhora judicial, ou seja, sendo-lhe vedada a livre disposição do bem.

- Inviável a desclassificação da conduta da agente para qualquer outra prevista no ordenamento jurídico, haja vista estarem presentes todas as elementares do tipo de peculato, por ter a agente, funcionária pública por equiparação, desviado a destinação de bem que, embora de sua propriedade, se encontrava amparado pela penhora.

- Confessada a prática do crime pela agente, deve-se reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

- Nos termos do que dispõe o art. 44, § 2º, não se faz possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito da mesma espécie.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.11.006861-2/002
- Comarca de Araxá - Apelante: E.V.G. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator:
DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Araxá, E.V.G., devidamente qualificada, foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 312 c/c art. 327 do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, entre dezembro de 2009 e fevereiro de 2010, sem data precisa, na cidade e Comarca de Araxá, E. apropriou-se, na qualidade de funcionária pública, de um aparelho de DVD com MP3 e Home Theater, marca Lenox, avaliado em R\$100,00, de que tinha a posse em razão de função pública exercida transitoriamente e sem remuneração.

Após instrução, sobreveio a r. sentença def. 151/152-v., julgando procedente a denúncia para condenar E. às penas de dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a quarenta dias-multa, fixado o valor unitário mínimo, como incursa nas iras do art. 312 c/c 327 do CP. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas prestações pecuniárias, no valor individual de R\$500,00.

Inconformada com a r. sentença condenatória, manifestou a ré seu desejo de recorrer (f. 154-v.), arguindo, em suas razões recursais de f. 160/169, a nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva. No mérito, requereu a absolvição por atipicidade de conduta, já que depositário infiel não ocupa cargo público e, portanto, não poderia ser considerada incursa no art. 312 do CP. Aduziu que não pode haver a prisão do depositário infiel e que não agiu com dolo, considerando que o bem deve estar na casa do ex-marido.

O referido recurso de apelação fora julgado por esta eg. 7ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (f. 186/193), oportunidade em que a sentença foi anulada por vício de fundamentação, tendo em vista a ausência de análise de uma das teses defensivas expendidas pela defesa em sede de alegações finais.

Em seguida, proferida nova sentença pelo r. Juízo primevo (f. 201/203), E.V.G. foi novamente condenada pela prática do delito previsto no art. 312 c/c art. 327 do Código Penal, às penas 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e mais 40 (quarenta) dias-multa, fixado o valor unitário mínimo, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, ambas de prestação pecuniária.

Novamente irresignada, a ré recorreu (f. 207), apresentando suas razões recursais às f. 207/210, por meio das quais pleiteia a sua absolvição, ante a atipicidade de sua conduta, seja porque não há provas de que o bem discutido era de propriedade de outra pessoa, seja porque já fora efetivamente sancionada na esfera cível, onde fora condenada a pagar multa de 20% sobre o valor atualizado. Eventualmente, requer a desclassificação de

suas condutas para os crimes de desobediência ou apropriação indébita. Caso mantida a condenação, pugna pela incidência da atenuante da confissão espontânea, com a consequente redução da pena ao mínimo legal cominado ao delito.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 212/217, manifesta-se pelo não provimento do recurso.

A denúncia foi recebida no dia 5 de dezembro de 2011 (f. 102) e a nova sentença publicada em mãos do escrivão no dia 18 de março de 2016 (f. 204), sendo a ré devidamente intimada à f. 206.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 171/182, pelo não provimento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares. Outrossim, não vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito dos recursos.

Analisei atentamente as razões recursais da combativa defesa, as contrarrazões do ilustre Promotor de Justiça, bem como o esclarecedor parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e, atendo-me aos elementos coligidos, tenho que o apelo merece parcial provimento, pelos motivos que declino.

De início, tenho que a materialidade do crime restou evidenciada através do Boletim de Ocorrência Policial de f. 06/07, Auto de Depósito de f. 11, Certidões de f. 18 e f. 23 e Sentenças Cíveis de f. 65/66 e f. 87/88.

Da mesma forma, a autoria delitiva é incontroversa, haja vista a confissão da acusada nas duas oportunidades em que fora ouvida (f. 30/30-v. e f. 132), tanto que nem sequer se insurgiu quanto ao aspecto em suas razões recursais, por meio das quais pleiteia, basicamente, a sua absolvição em razão da atipicidade de sua conduta.

Contudo, razão não assiste à defesa.

Isso porque comungo do entendimento jurisprudencial no sentido de que o depositário infiel de determinado bem se equipara ao exercício de uma função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal, e, assim sendo, responde pelo crime de peculato quando desvia bens confiados à sua guarda e conservação mediante depósito legal.

Sobre o assunto, vejam-se os precedentes deste eg. Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Depositário judicial. Equiparação a funcionário público. Artigos 312 e 327 do Código Penal. Peculato. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Decote a prestação pecuniária substitutiva. Inviabilidade. Recurso improvido. - Deve ser mantida a condenação do acusado de crime de peculato, por equiparação a funcionário público, quando este na função de múnus público se omite na entrega de bem que está sob sua responsabilidade na qualidade de depositário judicial. - Estando a prestação pecuniária proporcional ao princípio da culpabilidade e da razoabilidade em relação aos fatos, não há que

se decotar a pena substitutiva. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0687.09.077001-1/001, Relator Des. Sálvio Chaves, 7ª Câmara Criminal, j. em 02.10.2014, p. em 10.10.2014).

Peculato. Réu nomeado depositário de bem penhorado. Exercício de função pública. Equiparação a funcionário público. Apropriação do bem de terceiro. Autoria, tipicidade e materialidade comprovadas. Manutenção da condenação. - O particular nomeado depositário de bem de terceiro é equiparado a funcionário público para fins de Direito Penal e, ao se apropriar do bem, pratica o crime de estelionato (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0674.10.001929-0/001, Relator Des. Amauri Pinto Ferreira [Juiz de Direito convocado], 4ª Câmara Criminal, j. em 26.08.2015, p. em 01.09.2015).

Apelação criminal. Peculato-furto. Nulidade. Violação do art. 514 do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada. Mérito. Autoria, materialidade e tipicidade comprovadas. Absolvção. Impossibilidade. Desclassificação para apropriação indébita. Inviabilidade. Redução das penas-base aos mínimos legais. Não cabimento. Abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Impossibilidade. Condenação mantida. Recurso não provido. [...] - Deve ser mantida a condenação do acusado de crime de peculato, por equiparação a funcionário público, quando este na função de múnus público se omite na entrega de bem que está sob sua responsabilidade e custódia. Por conseguinte, não há que se falar em desclassificação para o crime de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0372.15.002111-4/001, Rel.º Des.º Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 24.05.2016, p. em 03.06.2016).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Peculato. Modalidade desvio. Atipicidade. Inocorrência. Dolo específico. Funcionário público. Conceito. - 1 - O peculato desvio caracteriza-se na hipótese em que terceiro recebe armas emprestadas pelo juiz, depositário fiel dos instrumentos do crime, acautelados ao magistrado para fins penais, enquadrando-se no conceito de funcionário público. 2. *In casu*, Juiz Federal detinha em seu poder duas pistolas apreendidas no curso de processo-crime em tramitação perante a Vara da qual era titular. Ao entregar os armamentos a policial federal desviou bem de que tinha posse em razão da função em proveito deste, emprestando-lhe finalidade diversa da pretendida ao assumir a função de depositário fiel. 3 - O art. 312 do Código Penal dispõe: 'Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa'. 4 - É cediço que 'o verbo núcleo desviar tem o significado, nesse dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem. Nessa figura não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com simples uso irregular da coisa pública, objeto material do peculato.' (BITTENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47). 5 - É

possível a atribuição do conceito de funcionário público contida no art. 327 do Código Penal a Juiz Federal. É que a função jurisdicional é função pública, pois consiste em atividade privativa do Estado-Juiz, sistematizada pela Constituição e normas processuais respectivas. Consequentemente, aquele que atua na prestação jurisdicional ou a pretexto de exercê-la é funcionário público para fins penais. Precedente: RHC 110.432, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 18.12.2012). 6. A via estreita do *habeas corpus* não se presta à discussão acerca da valoração da prova produzida em ação penal. É que, nos termos da Constituição esta ação se destina a afastar restrição à liberdade de locomoção por ilegalidade ou por abuso de poder. 7 - Recurso desprovido (RHC 103559, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 19.08.2014, Acórdão Eletrônico DJe-190, divulg. 29.09.2014, public. 30.09.2014).

É justamente nesse contexto que remanesce típica a conduta praticada pela acusada, a quem fora confiada o depósito de bem discutido (aparelho de DVD) em virtude de penhora decorrente de ação cível ajuizada contra ela pela autora E.M.S., conforme Auto de Depósito de f. 11.

Nesse contexto, tendo a acusada sido nomeada como depositária fiel do citado bem, adquiriu o *status*, ainda que provisório, de funcionário público, previsto no art. 327 do Código Penal, pelo que devia ter mantido a sua guarda e, assim não procedendo, visto que lhe deu outra destinação, cedendo-lhe ao marido por ocasião de partilha de bens em separação extrajudicial, acabou por apropriar-se do bem, desviando a sua finalidade, o que era vedado por força de penhora.

Ressalte-se, ainda, que o fato de o bem desviado pertencer à própria acusada não ilide a responsabilidade por sua conduta, na medida em que aquele se encontrava sob o pálio da penhora judicial, o que, como cediço, lhe retira o poder de livre disposição do bem.

Da mesma forma, conforme muito bem pontuado pelo douto Magistrado sentenciante, em que pese o teor da Súmula Vinculante nº 25, que dispõe ser "ilícita a prisão civil de depositário infiel", em decorrência do disposto no art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o "Pacto de San José da Costa Rica", do qual o Brasil é signatário, tenho que tal vedação não abarca as prisões criminais, sobretudo quando em decorrência de condenação penal transitada em julgado, advinda de procedimento que observou o princípio do devido processo legal.

Assim sendo, patente que a conduta da acusada subsumiu-se ao tipo penal descrito no art. 312 do Código Penal, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta.

Da mesma forma, descabe no presente caso a desclassificação da conduta da agente para o crime de apropriação indébita, pois a prova dos autos demonstra que a ré desviou a finalidade de um bem que lhe pertencia, embora restringido pela penhora, conduta que se amolda ao tipo penal previsto no art. 312 do Código Penal, haja vista a sua condição de depositária fiel. Por sua vez, o delito de apropriação indébita, disposto no art. 168 do

Código Penal, exige que, como elemento normativo do crime, externado pela expressão “coisa alheia”, o bem apropriado pertença a terceira pessoa, o que não é o caso dos autos, conforme já demonstrado.

Igualmente não merece prosperar o pleito de desclassificação para o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, tendo em vista que a acusada não se restringiu a uma mera desobediência de ordem judicial; pelo contrário, esta se assenhorou de bem cuja disposição se encontrava restringida por força de penhora, de modo que sua conduta somente pode ser tipificada nas iras do art. 312 do Código Penal, que assim prevê:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Dessarte, comprovadas a materialidade e a autoria do delito, resta inviabilizado o acolhimento dos pretendidos pedidos de absolvição ou desclassificação, sendo a manutenção da condenação de E.V.G., pela prática do delito de peculato, medida de rigor.

Quanto à dosimetria da pena, verifico que ela merece pontual reparo, na medida em que a acusada faz jus à incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, alínea d, do Código Penal, uma vez que confessou ter se apropriado e desviado a finalidade do bem que possuía a título de depósito judicial.

Assim sendo, partindo do *quantum* da pena-base imposta na r. sentença (2 anos e 6 meses de reclusão), em relação ao qual mantenho pelos mesmos fundamentos expendidos pelo douto Juiz *a quo*, reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea, pelo que reduzo a reprimenda da acusada ao patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, e mais 10 (dez) dias-multa, conservando, inclusive, a proporcionalidade almejada entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa.

Prosseguindo no exame da dosimetria da pena e constatando inexistirem outras circunstâncias especiais a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda tal como fixada na etapa anterior.

O regime prisional, por sua vez, também deve ser mantido no inicial aberto, com fulcro no art. 33, § 2º, alínea c e § 3º, do Código Penal.

Da mesma forma, restando preenchidos os requisitos dispostos no art. 44 do Código Penal, mostra-se plenamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pelo que a mantenho.

Contudo, o douto Magistrado sentenciante não observou que a regra prevista no § 2º do art. 44 refere-se a duas espécies diferentes de pena substitutiva, não sendo possível, pois, a substituição por duas penas restritivas de direito da mesma espécie, tal como procedido *in casu*, em que foram fixadas duas penas de prestação pecuniária,

uma destinada a sua credora E.M.S. e outra à entidade assistencial, ambas no valor de R\$500,00.

Isto porque entendo que, ao adotar duas penas restritivas de direitos idênticas, na verdade, estar-se-ia aplicando a mesma reprimenda de forma mais avantajada, violando, pois, o citado dispositivo penal, o qual dispõe que “[...] se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos”.

Sobre o aspecto, colaciono os seguintes julgados:

Agravo de execução penal. Substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária. Impossibilidade. Ofensa à coisa julgada. Aplicação de duas penas restritivas de direitos idênticas. Ofensa ao art. 44, § 2º, do Código Penal. Recurso não provido. - 1 - Nos termos do art. 148 da Lei de Execuções Penais, a competência do Juízo da Execução limita-se à alteração da forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade fixada na condenação, ajustando-a as condições pessoais do condenado, sendo-lhe vedado, contudo, substituí-la por pena restritiva de direitos de natureza diversa. 2 - O art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal veda substituir a pena privativa de liberdade superior a um ano, por duas restritivas de direitos idênticas, já que, do contrário, estar-se-ia aplicando, ao condenado, uma única pena restritiva de direitos, fato que não atenderia às finalidades preventiva e retributiva da pena (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0194.13.008664-9/002, Relator Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, j. em 13.10.2015, p. em 27.10.2015).

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Fixação de duas penas restritivas de direitos idênticas. Impossibilidade. Recurso desprovido. - Impertinente a permuta da pena de prestação de serviços à comunidade por uma de prestação pecuniária, porquanto a fixação de duas prestações de natureza pecuniária teria o mesmo efeito prático do estabelecimento de uma só sanção restritiva de direito com valor mais elevado, contrariando o disposto no § 2º do art. 44 do CP (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0042.09.029744-3/001, Relator Des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, j. em 12.01.2012, p. em 25.01.2012).

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo. Substituição da pena por duas restritivas de direitos da mesma espécie. Inviabilidade. Majoração dos honorários do advogado dativo. Impossibilidade. Recurso improvido. 1 - Não merece ser acolhido o pleito de fixação de duas penas restritivas de direitos da mesma espécie, eis que além de a mesma não se mostrar mais adequada para a reprovação e prevenção do crime, haveria afronta à disposição contida no § 2º do art. 44 do Código Penal, uma vez que estaríamos, na realidade, diante de apenas uma pena restritiva de direitos. 2 - Os honorários advocatícios devidos ao defensor dativo devem ser fixados em valor proporcional ao estabelecido no Termo de Cooperação Mútua firmado entre a Advocacia-Geral do Estado (AGE) e a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais (OAB/MG) (Apelação Criminal nº 1.0209.06.060914-3/001, Relator Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 17.09.2013, p. em 23.09.2013).

Assim, entendo necessário adequar as penas restritivas de direitos, pelo que mantenho apenas uma pena

de prestação pecuniária, e, quanto à outra, substituo por prestação de serviços à comunidade, ressaltando que as condições de cumprimento, bem como a eleição do destinatário da pena pecuniária deve ficar a cargo do d. Juízo da Execução Penal.

Finalmente, embora tenha alterado meu entendimento quanto ao ponto, deixo de me manifestar quanto às custas processuais, uma vez que o d. Sentenciante já isentou a ré do pagamento delas.

Posto isto, dou parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação de E.V.G. nas iras do art. 312 c/c art. 327 do Código Penal, reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e, por conseguinte, reduzir a reprimenda da acusada ao patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto, e mais 10 (dez) dias-multa, à razão mínima, além de adequar as penas restritivas de direitos, aplicando-lhe a pena de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no mesmo valor aplicado na r. sentença.

Encontrando-se a acusada em liberdade, permito que, nesta condição, aguarde o trânsito em julgado da condenação.

Registro, por fim, que deixo de proceder na forma do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porque a acusada nem sequer permaneceu acautelada provisoriamente em razão da prática do delito pelo qual fora denunciado, além de lhe ter sido estabelecido o regime inicial aberto.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Homicídio triplamente qualificado - Lista de jurados - Rol de testemunhas - Quesito obrigatório - Inexistência de nulidades - Rejeição das preliminares - Pena - *Quantum* - Modificação.

Ementa: Criminal. Homicídio triplamente qualificado. Lista de jurados. Rol de testemunhas. Quesito obrigatório. Nulidades. Inexistência. Preliminares rejeitadas. Pena. *Quantum*. Modificação. Impossibilidade.

- O art. 535 do Código de Processo Penal não determina a intimação da parte da lista de convocação dos jurados, razão pela qual inexistente nulidade a ser decretada.

- Demonstrado que, na fase do art. 422 do CPP, o MP não foi inerte, mas, pelo contrário, solicitou diligências e suscitou questões ainda pendentes de decisão, não se

afigura extemporânea a apresentação do rol de testemunhas.

- O magistrado pode reduzir ou ampliar o rol de testemunhas, ouvindo-as como se fossem do juízo.

- Os quesitos foram corretamente formulados, dentro do disposto na lei processual penal, e das teses sustentadas pelo apelante. Ao fixar a pena, o MM. Juiz *a quo* observou todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

- Não sendo totalmente favoráveis ao apelante, correta a fixação da pena acima do mínimo legal, cuja finalidade é repressão e prevenção do crime.

- Improvimento do recurso que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.12.007193-7/006 - Comarca de Araxá - Apelante: J.J.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.O.R. - Corréu: K.L.A.O. - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - 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 J.J.M., em face da sentença de f. 1.385/1.388, que, acolhendo decisão emanada do soberano Tribunal do Júri Popular, o condenou à sanção do art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Sustenta o apelante, nas razões de f. 1403/1419, em sede de preliminar, que o julgamento é nulo por: A) ausência de intimação da defesa da lista de jurados, descumprindo-se, por conseguinte, o disposto no art. 435 do Código de Processo Penal; B) intempestividade do rol de testemunhas pelo órgão acusador; C) inadequado número de testemunhas arroladas e inquiridas pelo acusador; D) indeferimento de quesito acerca do excesso culposo e do excesso exculpante.

Tocante ao mérito, busca a redução da pena.

Consta do processo que:

[...] no dia 11 de junho de 2.012, por volta de 21h30, defronte o imóvel localizado na Rua xxx, nesta cidade e comarca de

Araxá, o denunciado J.J.M, supra qualificado, subjetivamente vinculado com os demais denunciados, todos munidos pelo *animus necandi* - intenção de matar, valendo-se de um revólver calibre 38, desferiu quatro projéteis contra a vítima G.O.R., nascido em 28.09.1973, atingindo-lhe a região posterior do tórax à esquerda, a região posterior do punho esquerdo, a região posterior do terço superior do antebraço direito e a região anterior do tórax à direita, causando-lhe as lesões descritas no laudo de necropsia inserto às f. 165/171, que por sua natureza e sede foram a causa eficiente da sua morte.

Preliminarmente.

A) ausência de intimação da defesa da lista de jurados, descumprindo-se, por conseguinte, o disposto no art. 435 do Código de Processo Penal.

Afirma o apelante que o processo é nulo porque “[...] foi juntada aos autos a Portaria designando a pauta do Tribunal do Júri (f. 1307), mas deixou de anexar a Lista de Convocação dos Jurados, o que evidencia o prejuízo da defesa [...]”.

Determina o art. 435 do Código de Processo Penal que:

Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

De acordo com a leitura deste artigo, é obrigatório afixar na porta do edifício onde será realizado o júri a relação dos jurados convocados, dentre outros dados.

Não existe nenhuma determinação/orientação no sentido de que, neste momento - publicação da portaria designando a pauta do tribunal do júri -, deve ser juntada aos autos a lista de convocação dos jurados a que irão participar da sessão de julgamento, razão pela qual não há nulidade a ser declarada.

Do mesmo modo, o referido artigo não determina a intimação da parte da lista de convocação dos jurados.

Lado outro, não cuidou a defesa de protestar a ocorrência em momento oportuno nos termos do art. 571, V, do Código de Processo Penal, considerando-se, portanto, preclusa a questão.

Dispõe o referido artigo que:

Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

[...]

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apreoadas as partes [...].

Pelo que se infere da ata de julgamento, nenhuma nulidade fora apontada neste sentido.

Rejeita-se a preliminar.

B) intempestividade pelo órgão acusador da apresentação do rol de testemunha previsto no art. 422 do Código de Processo Penal, extrapolando o número legal.

Novamente sem razão o apelante.

À f. 1.261, o douto Magistrado determinou a intimação das partes, consoante disposto no art. 422 do CPP.

Nesse momento, o representante do *Parquet* solicitou algumas diligências (f. 1.265), que foram determinadas pelo douto Magistrado, f. 1270.

Após cumprida a diligência, f. 1279, foi apresentado rol de testemunhas à f. 1.280.

Demonstrado que na fase do art. 422 do CPP, o MP não foi inerte, mas, pelo contrário, solicitou diligências e suscitou questões ainda pendentes de decisão, não se afigura extemporânea a apresentação do rol de testemunhas.

Como perfeitamente observado pelo douto Magistrado, à f. 1.353,

[...] verifico que, por ocasião do art. 422 do CPP, conforme f. 1.261, não obstante deflagrado o prazo para as partes, o MP solicitou diligências prévias, conforme f. 1.265, e que foram deferidas por este juízo, conforme f. 1270, na prática interrompendo-se aquele prazo multimencionado do art. 422 do CPP. Prova disso é o despacho de f. 1273-v., em que se demonstra que ainda pendia deliberação sobre a separação dos processos dos corréus remanescentes K. e J. Tanto assim, que a pendenga procede às f. 1.276 e seguintes. Finalmente, à f. 1.780 (numeração errada, o correto é 1.280, oportunamente renumerar), o MP oferece o aludido rol. A preclusão dos atos processuais somente pode ser admitida quando decorre da inércia da parte. É este o espírito da lei. Aqui, o MP solicitou diligências, suscitou questões ainda pendentes de decisão e, portanto, não foi inerte. Daí por que não tenho como admitir aludida preclusão, considerando, via de consequência, tempestiva a manifestação ministerial de f. 1.780, consignando, na oportunidade, o veemente protesto da ilustrada defesa e dando prosseguimento aos trabalhos.

Sendo assim, inexistente nulidade a ser decretada.

Quanto ao excesso de testemunhas, pelo que se depreende dos autos, ao arrolar um número maior de testemunhas, o representante do órgão acusador justificou afirmando que seria necessária a oitiva de todas para melhor elucidação do crime e na busca da verdade real.

Ainda, o apelante, através de seu advogado, teve oportunidade de perguntar às testemunhas o que entendeu necessário.

Novamente, de maneira ponderada, observou o douto Magistrado de primeiro grau que

[...] algumas das testemunhas são comuns, a bem da verdade real, necessárias, até mesmo porque todas ou quase todas ouvidas em plenário com perguntas da defesa que delas se valeu para a construção da sua prova [...].

Ademais, o juiz, no momento da oitiva das testemunhas, pode reduzir esse rol ao número legal e ouvir as testemunhas excedentes como se fossem do juízo.

Ressalte-se, ainda, que o processo penal moderno é regido pela verdade real, em que o magistrado pode buscar as provas para formar o seu livre convencimento, determinando diligências, ou requisitando testemunhas, não advindo daí nenhum prejuízo com a oitiva das demais testemunhas arroladas.

Rejeita-se a preliminar.

C) indeferimento de quesito acerca do excesso culposo e do excesso exculpante.

Sem razão o apelante.

Pelo que se depreende do Questionário de f. 1.353, os quesitos foram corretamente formulados, dentro do disposto na lei processual penal e das teses sustentadas pelo apelante - legítima defesa própria e putativa; homicídio privilegiado pelo relevante valor moral.

A tese do excesso culposo, em momento algum, fora sustentada em plenário de julgamento; e, quanto ao excesso exculpante, por se tratar de tese absolutória, encontra-se inserido no quesito único de absolvição.

O questionário foi proposto de acordo com as modificações da Lei 11.689/08. O § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal dispõe que "Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?"

É certo, que com as alterações advindas da Lei 11.689/08, as teses defensivas são concentradas em uma única indagação.

A propósito do tema vejamos lição do professor Aury Lopes Júnior:

O terceiro quesito somente será formulado quando os jurados responderem afirmativamente aos dois primeiros (materialidade e autoria), sendo proposto da seguinte forma (como previsto no art. 486, § 2º): 3º O jurado absolve o acusado? Esse quesito é a principal simplificação operada pela Lei 11.689/2008, pois ele engloba todas as teses defensivas (exceto a desclassificação, que será tratada a continuação), não mais havendo o desdobramento em diversos quesitos para decidir-se sobre a existência (ou não) da causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade eventualmente alegada. Agora, a tese defensiva é decidida neste terceiro quesito, sem que se formule uma ou mais perguntas sobre legítima defesa, por exemplo, como no sistema anterior.

Apenas para reforçar o afirmado: mesmo que a defesa alegue que o réu agiu ao abrigo da legítima defesa e, alternativamente que não lhe era exigível, naquelas circunstâncias, uma conduta diversa, deverá o juiz formular um único quesito: o jurado absolve o acusado? Apenas isso, nada mais.

Qualquer que seja a tese defensiva, abrangida ou não pelo 3º quesito, sempre deverá o juiz formular esse quesito genérico da absolvição. É, pois, um quesito obrigatório (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, v. II, 2009, p. 295-296).

Rejeitam-se todas as preliminares.

De pronto, cumpre ressaltar que a "preliminar de nulidade da sentença por erro na dosimetria da pena" é matéria de mérito e como tal será analisada.

Compulsando os autos, verifica-se que o Magistrado, ao calcular a pena-base, analisou criteriosamente todas as circunstâncias judiciais constantes no art. 59 do Código Penal.

O apelante foi condenado pelo crime de homicídio triplamente qualificado, cuja pena mínima é de 12 (doze) anos de reclusão. A pena-base foi fixada em 13 (treze)

anos de reclusão e aumentada, posteriormente, em 2 (dois) anos, por força das 2 qualificadoras reconhecidas pelos jurados.

Com efeito, existe um rol de oito (8) circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, e todas estas devem ser observadas pelo magistrado no momento da aplicação da pena.

Pelo que se vê, tanto da decisão prolatada pelo Juízo, quanto pelo exame das provas coligidas aos autos do processo, nem todas são favoráveis ao apelante, não se podendo perder de vista a reprovabilidade maior pela gravidade da conduta, bem como a consequência do delito.

A pena-base, que deve ser suficiente para prevenção e repressão do crime, bem como para reeducar o infrator, foi fixada acima do mínimo legal, como realmente necessário.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Roubo majorado - Corrupção de menores - Excludente de ilicitude - Estado de necessidade - Art. 24 do CP - Não caracterização - Crimes - Pena de reclusão - Medida de segurança de internação - Tratamento ambulatorial - Substituição - Impossibilidade - Duração - Trinta anos

Ementa: Apelação criminal. Roubo majorado e corrupção de menores. Estado de necessidade. Inocorrência. Substituição da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial. Não cabimento. Limitação do prazo de duração da medida de segurança. Inviabilidade. Prazo que deve perdurar enquanto não cessar a periculosidade do agente. Limite temporal máximo de trinta anos. Recurso desprovido.

- Dificuldades financeiras, desemprego ou até mesmo doença não caracterizam a excludente de ilicitude do estado de necessidade, para o que é imprescindível que bens ou interesses estejam correndo perigo em decorrência de ato não provocado voluntariamente pelo agente.

- Tendo em vista que os crimes cometidos pelo apelante são punidos com reclusão e levando-se em conta a peri-

culosidade dele, inviável, por expressa vedação legal, a substituição da internação por tratamento ambulatorial.

- A medida de segurança aplicada em virtude de sentença absolutória imprópria deve perdurar por tempo indeterminado, persistindo enquanto não se verificar a cessação de periculosidade do réu. No entanto, considerando o óbice constitucional à pena perpétua, o prazo de duração da medida de segurança não pode ser eterno, ficando limitado ao período máximo de trinta anos, conforme interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75 e 97 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.15.007423-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Y.L.C.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: C.B.B. - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de outubro de 2016. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de apelação criminal interposta por Y.L.C.A., em face da sentença de f. 107/111, que o absolveu dos crimes imputados na denúncia, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.343/06 e art. 386, III, do Código de Processo Penal, aplicando-lhe medida de segurança, consistente em tratamento hospitalar, por prazo indeterminado, por no mínimo 1 (um) ano e 6 (seis) meses, conforme art. 97, § 1º, do Código Penal.

Sobre os fatos, narra a exordial acusatória que:

I - Na data de 7 de abril de 2015, por volta das 21 horas, na Av. [...], Bairro São Pedro, nesta, o denunciado Y.L.C.A., juntamente com três menores, com vontade livre e consciente, devidamente unidos para o mesmo fim criminoso, com franca repartição de tarefas, subtraíram, para si, mediante grave ameaça, simulando a posse de uma arma, a quantia de R\$542,00 (quinhentos e quarenta e dois reais) em espécie, além de diversos produtos capilares, quais sejam dezesseis 'blowdon' (doze reais cada); sete tabletes 'Santo Antônio' (três reais cada), e oito kits de *Salon Line* para alisar os cabelos (quinze reais cada), perfazendo o total de R\$875,00 (oitocentos e setenta e cinco reais), da vítima C.B.B., proprietário da Drogaria [...], localizada no endereço supramencionado, ficando esta com sua capacidade de resistência reduzida à impossibilidade.

Na mesma data, horário e local, o denunciado corrompeu três, com eles praticando a infração penal acima descrita.

II - Na data e hora acima mencionadas, o denunciado, na companhia dos menores, se dirigiu à Drogaria [...], Bairro São Pedro, nesta, lá adentrando com dois dos menores, enquanto o terceiro aguardava do lado de fora da referida drogaria, simulando interesse em adquirir produtos para cabelo, sendo atendido pelo proprietário da referida drogaria, C.B.B. (f. 06/07).

No momento em que Cláudio se posicionou atrás do balcão para concluir a venda dos produtos, um dos menores colocou uma das mãos sob a blusa, simulando estar de posse de uma arma, e anunciou o assalto, exigindo que o dinheiro do caixa fosse entregue para que ninguém se machucasse. Além do dinheiro, o denunciado e os menores subtraíram da sobredita drogaria kits de produtos para cabelo, quais sejam dezesseis 'blowdon', vendidos na drogaria por doze reais cada; sete tabletes 'Santo Antônio', vendidos por três reais cada, e oito kits de *Salon Line* para alisar os cabelos, vendidos a quinze reais cada, e evadiram rumo ao local conhecido como 'beira', na Cidade Universitária.

Logo em seguida, a vítima acionou a Polícia Militar, e, após comparecerem à drogaria e assistirem às imagens do circuito interno de câmeras, os Policiais Militares foram ao encalço do denunciado e dos menores, encontrando Y. ainda com as mesmas roupas que usava no momento dos fatos, o qual confirmou aos policiais sua participação na prática do crime e apontou quais seriam os demais participantes. Foram então atrás dos demais envolvidos.

Um dos menores foi procurado em sua casa, sendo reconhecido como sendo um dos participantes do crime pelos seus familiares, através das roupas que usava, no momento em que viram as imagens gravadas pela câmera de segurança da Drogaria, que fora exibida pelos policiais.

Em seguida foram à procura de outro menor, encontrando as roupas que usava no momento da prática delituosa sobre sua cama. Ele confirmou a participação na empreitada criminosa e disse que o quarto envolvido seria outro menor, sendo encontrada em seu poder parte do dinheiro subtraído da Drogaria, no importe de R\$59,00 (cinquenta e nove reais).

Na sequência, os policiais se dirigiram à casa do último menor, sendo recebidos pela mãe deste, a qual entregou aos milicianos um kit de produto para alisamento de cabelo furtado da citada drogaria e indicou onde ele estava. Ele também confirmou a participação na empreitada criminosa e entregou o valor de R\$56,00 (cinquenta e seis reais), dinheiro este que também fazia parte do dinheiro roubado, que fora dividido entre os autores.

Por fim, os militares retornaram até a casa desse menor, onde os seus familiares entregaram aos policiais um outro kit para alisamento de cabelo que fora subtraído na ocasião da ação criminosa, e a quantia de R\$117,00

(cento e dezessete reais), que também fazia parte do montante total roubado da Drogaria pertencente à vítima.

III - Os objetos e o valor em dinheiro subtraídos da Drogaria, que foram recuperados pelos Policiais Militares, foram apreendidos e constam do REDS (f. 25/26) e Auto de Apreensão (f. 30), sendo eles restituídos à vítima, conforme Termo de Restituição à f. 31 - (f. 01D-04D).

Nas razões recursais de f. 113/117, requer a i. defesa a absolvição do recorrente, sob o fundamento de ter ele agido amparado pelo estado de necessidade exculpante - inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que “tendo contraído dívidas de droga que não podia pagar, não restou alternativa ao apelante senão a prática do delito em debate para salvaguardar sua vida”. Subsidiariamente, impreca pela substituição da internação hospitalar para o tratamento ambulatorial, por ser este o mais benéfico para a recuperação do acusado. Por derradeiro, aduz que não poderia ter sido fixado prazo mínimo para o cumprimento da medida de segurança.

Contrarrazões às f. 123/128, em que pugna o Ministério Público pela manutenção da sentença fustigada.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (f. 139/143). É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

- Da absolvição do apelante pelo estado de necessidade exculpante.

Registro, inicialmente, que a materialidade delitiva restou consubstanciada no APFD de f. 02/11, B.O. de f. 15/29, auto de apreensão de f. 30 e termo de restituição de f. 31. Tudo em sintonia com o conjunto probatório carreado aos autos.

A autoria, de igual modo, ressaí indubitosa, máxime diante da confissão do réu em juízo (f. 87/88), a qual foi corroborada pelo acervo probatório, não sendo sequer alvo de insurgência da defesa.

De fato, o que verifico é que a discussão se atém à tipicidade da conduta.

Entretanto, sem embargo das judiciosas razões do i. Defensor Público, não há como acolher o pleito de reconhecimento do estado de necessidade, pois, ao contrário do sustentado, as provas amealhadas ao longo da instrução não demonstram ter agido o acusado sob o amparo desta excludente. Senão vejamos.

Para a configuração da excludente de ilicitude prevista no art. 24 do Código Penal, é imprescindível a comprovação da existência de perigo atual, iminente e inevitável, a involuntariedade na sua provocação e a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, o que não ocorreu *in casu*.

Sobre a caracterização do estado de necessidade, leciona Weber Martins Batista:

[...] exige a doutrina, para a configuração do estado de necessidade, a impossibilidade de evitar por outro modo o perigo. Por isso, como se tem decidido, não o caracteriza

o simples desemprego [...] e, com maior razão, o fato de o agente perceber parco salário [...]. Lógico concluir, portanto, [...] que não pode alegar o estado de necessidade o agente que sofre as agruras comuns a toda classe trabalhadora do país e que, além de estar empregado - o que não acontece a todos - não faz prova de que passar por situação de especial dificuldade (BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 100).

No caso dos autos, verifica-se que o réu, em seu interrogatório judicial, assevera ter praticado o roubo com o propósito de pagar a droga que estava devendo a um traficante.

No entanto, em que pesem as alegações expendidas, o acusado não se desincumbiu, em momento algum, do ônus de provar a ausência de recursos, ou a impossibilidade de evitar, por outro modo, o suposto perigo. Aliás, o próprio acusado declarou que, “embora estivesse devendo ao traficante, apesar de ter praticado o crime com intuito de pagar a droga que estava devendo, não chegou a ser ameaçado pelo traficante”.

Como se vê, ao contrário do alegado pela defesa, o increpado nem sequer estava correndo perigo de vida, pois, como bem por ele informado, embora tivesse contraído uma dívida com um traficante, este não havia lhe ameaçado.

E, por se tratar de causa excludente de ilicitude, o estado de necessidade precisa de comprovação, pertencendo a quem alega o ônus da prova.

Nesse sentido a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

Apelação. Roubo. Nulidade da sentença. *Mutatio libelli*. Inexistência. Fato descrito na denúncia. Estado de necessidade. Não comprovação. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Tentativa. Não ocorrência. Majorante do emprego de arma. Decote. Arma de brinquedo. - I - Não configura *mutatio libelli* atribuir capitulação legal diversa a fato descrito na denúncia. II - O reconhecimento do crime fâmico depende de comprovação, por parte da defesa, de que a conduta típica foi praticada para afastar perigo à saúde do agente ou de terceiro. Deve estar provado, ainda, que aquele comportamento lesivo ao patrimônio alheio era o único modo de evitar a lesão iminente. III - Ao cancelar a Súmula 174, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento rechaçando a possibilidade de que a arma de brinquedo possa majorar o roubo (Apelação Criminal nº 1.0271.07.109191-9/001 - Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, p. em 20.10.2007).

E, ainda, a eventual dificuldade financeira suportada pelo denunciado não configura, por si só, perigo atual ou inevitável a ponto de embasar a prática de uma conduta típica.

Não bastasse isso, há muito se consagrou em nossa jurisprudência o entendimento de que dificuldades financeiras, desemprego, ou até mesmo situação de penúria e doença, não caracterizam o estado de necessidade nem justificam a prática de ilícitos penais, sob pena de dar-se reconhecimento de excludente de ilicitude a toda conduta

de marginais que, por não exercerem profissão ou por falta de emprego, atacam o patrimônio alheio.

Nesse norte:

Furto qualificado. Estado de necessidade. Inocorrência. Princípio da insignificância inacolhido. Lesividade da conduta presente. Abuso de confiança. Empregada doméstica. Caracterização. Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria e doença não caracterizam o estado de necessidade nem justificam a prática de ilícitos penais, porque não configuram o perigo involuntário, requisito essencial da excludente de ilicitude, sob pena de permitir-se e legalizar condutas de marginais que, por não exercerem profissão ou por falta de emprego, atacam o patrimônio alheio. Não sendo irrisório o valor da *res furtiva*, impossível se falar em aplicação do princípio da insignificância, por se fazer presente a lesividade da conduta do agente. Caracteriza o crime de furto qualificado pelo abuso de confiança a conduta da empregada responsável por determinada residência, que se aproveita da ausência da patroa para subtrair pertences pessoais da família. Recurso improvido (TJMG, Ap. 2.0000.00.475886-9/001, Relator Des. Antônio Armando dos Anjos, p. em 09.08.2005).

Da mesma forma, leciona Fernando Capez:

[...] dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, por si sós, não caracterizam essa discriminante. Do contrário, estariam legalizadas todas as condutas dos marginais ou mesmo de grande parte da população desempregada que, por não exercer qualquer atividade laborativa, apoderam-se do patrimônio alheio para sua subsistência. Assim, para que se reconheça o estado de necessidade, por exemplo, nos casos de furto famélico, exige-se prova convincente dos requisitos do art. 24 do CP [...]. Desse modo, a prática do ato ilícito deve ser um recurso inevitável, uma ação *in extremis*. Se o agente tinha plenas condições de exercer trabalho honesto, não opera a excludente [...] [Curso de direito penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, parte geral: (art. 1º a 120)].

Dessarte, impossível acolher a tese absolutória, se a defesa não logrou comprovar os requisitos exigidos para a configuração da discriminante do estado de necessidade, não bastando para tanto a simples alegação de estar o agente passando por dificuldade financeira.

- Da modificação da medida de segurança.

Lado outro, insurge-se a defesa contra a medida de segurança aplicada ao recorrente, argumentando que a internação compulsória, embora não possua natureza retributiva, mostra-se excessivamente prejudicial, por condená-lo a um isolamento social, impedindo seu convívio com familiares, fatores de fundamental importância para a reinserção social e restabelecimento da dependência das drogas.

Dessa forma, requer a substituição da internação hospitalar para o tratamento ambulatorial.

Todavia, razão não lhe assiste.

Preceitua o art. 97 do Código Penal que, se agente for inimputável, o juiz determinará sua internação, salvo se praticou delito punível com detenção. A medida de internação, portanto, é aplicável quando se verifica

a necessidade de especial tratamento curativo, como *in casu*.

Leciona Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, volume 1: parte geral) que “[...] a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade [...]” e só “[...] findam quando cessar a periculosidade do agente [...]”.

Ora, no caso em análise, o próprio resultado do laudo pericial realizado e acostado às f. 11/18 (apenso 02 - nº 0145.15.047365-3) indica o tratamento inicial em regime de internação hospitalar.

A propósito, como bem ponderado pela insigne Julgadora (f. 111), logo após o cometimento dos presentes fatos e, após ter sido beneficiado com a liberdade provisória, o réu foi novamente preso em flagrante delito pela suposta prática de outro delito patrimonial, o que demonstra a sua periculosidade *in concreto*.

Se não bastasse isso, os crimes perpetrados pelo indigitado, caso fosse imputável, seriam puníveis com reclusão, devendo ser a ele aplicada medida de segurança mais severa.

Em situação análoga, já decidiu este e. TJMG:

Apelação criminal. Homicídio qualificado. Absolvição. Inimputabilidade. Medida de segurança. Internação. Substituição. Tratamento ambulatorial. Substituição não recomendada. - 1 - Além de o crime pelo qual o apelante foi condenado ser punido com pena de reclusão, a periculosidade do acusado ficou devidamente demonstrada, o que impede a substituição da internação por tratamento ambulatorial, pois esta, no momento, mostra-se a mais indicada. 2 - Tendo o togado singular proferido sentença absolutória imprópria, aplicando ao acusado medida de internação pelo prazo mínimo de 03 (três) anos, não há como alterar esse prazo, pois, além de não ter sido feita qualquer prova quanto à cessação da sua periculosidade, de acordo com o § 1º, do art. 97, do Código Penal, ‘A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade’. 3 - Recurso não provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.07.513464-3/001, Relator Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, j. em 04.02.2014, p. em 12.02.2014).

Assim, tendo em vista que os crimes imputados ao apelante são punidos com reclusão e levando-se em conta a sua periculosidade, é de rigor a manutenção da medida de segurança de internação.

Por fim, no que tange ao tempo de duração da medida de segurança fixado na sentença, tenho que não merece qualquer reparo.

É que, a meu ver, a medida de segurança aplicada por sentença absolutória imprópria deve perdurar por tempo indeterminado, persistindo enquanto não se verificar a cessação de periculosidade do réu.

É o que se extrai da leitura do art. 97, § 1º, do Código Penal, *in verbis*: “§ 1º - A internação, ou tratamento

ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”.

A medida de segurança tem feição terapêutica, intencionando, a um só tempo, a recuperação e cura daquele que praticou o fato típico e ilícito, e, ainda, a tutela dos interesses sociais, afastando do convívio comunitário aquele que oferece risco à sociedade.

Portanto, entendo que a internação deve perseverar enquanto se fizer necessária, encontrando limite na interrupção da periculosidade do agente.

Nesse norte, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Furto tentado. Paciente inimputável. Sentença absolutória imprópria. Imposição de medida de segurança. Internação. Prazo indeterminado. Cessação de periculosidade. Ordem denegada. Decreto nº 7.046/09. Indulto. Ordem concedida de ofício. - 1 - O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o instituto da prescrição é aplicável na medida de segurança, estipulando que esta ‘é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no art. 109 do Código Penal’ (RHC nº 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 02.12.2005). 2 - Não há como se reconhecer a prescrição da pretensão executória no caso em comento, porquanto o início do cumprimento da medida de segurança pelo paciente, em 13.12.1990, interrompeu o transcurso do lapso prescricional, nos termos do art. 117, inciso V, do Código Penal. 3. Esta Corte Superior firmou entendimento de que a medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade (Precedentes STJ). 4. Não se verificando tal condição, não há falar em extinção da medida de segurança. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício para extinguir a medida de segurança imposta ao paciente em razão do disposto no art. 1º, inciso VIII, do Decreto Presidencial nº 7.046/09 (STJ, HC 112227/RS, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 09.08.2010).

Por outro lado, entendo que o prazo de duração das medidas não pode ser eterno, diante do óbice constitucional às penas de natureza perpétua. Deste modo, em uma interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75 e 97 do Código Penal, penso, na linha da posição dominante no Supremo Tribunal Federal, que a medida de segurança fica limitada ao prazo máximo de trinta anos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, o r. *decisum* vergastado.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAUBERT CARNEIRO JAQUES e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - RECURSO DESPROVIDO.

...

Crime contra a ordem econômica e tributária - Corrupção ativa - Equiparação a servidor público - Expedição de licença de aprendizagem - Ausência de recolhimento de taxa - Ato de ofício - Prova testemunhável - Causa de aumento de pena

Apelação criminal. Crime de corrupção ativa. Oferecimento de vantagem a servidor público. Autoria e materialidade comprovadas. Configuração. Manutenção da sentença.

- Comprovado nos autos o oferecimento de vantagem indevida a servidor público com a finalidade de omitir ato de ofício, qual seja deixar de recolher tributos devidos, gerando por isso prejuízo ao erário, resta caracterizada a prática do crime de corrupção ativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.03.008795-4/001 - Comarca de Betim - 1º Apelante: A.M.S. - 2º Apelante: D.R.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corrés: J.C.L., P.R., W.R.R., S.R.C. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2016. - Fernando Caldeira Brant - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação aviado por D.R.R. (1º) e A.M.S. (2º) contra a r. sentença que, nos autos da ação penal pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenou A.M.S. e D.R.R. como incurso nas sanções do art. 333, parágrafo único do CP.

Em relação ao réu A.M., a pena definitiva foi fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, ao valor unitário do dia multa em um trigésimo do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços gratuitos à comunidade, pelo período da pena, durante 07 (sete) horas semanais, em entidade a ser designada pelo juiz de execução, junto à Ceapa, bem como pagamento de pena pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo em benefício da entidade Sociedade São Vicente de Paula de Betim.

Quanto à ré D.R.R., a pena definitiva foi fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, ao valor unitário do dia multa em um trigésimo do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi

substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços gratuitos à comunidade, pelo período da pena, durante 07 (sete) horas semanais, em entidade a ser designada pelo juiz de execução, junto à Ceapa, bem como pagamento de pena pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo em benefício da entidade Sociedade São Vicente de Paula de Betim.

Em recurso de apelação (f. 506/510), a acusada D.R.R. insurgiu-se contra a sentença, defendendo que os depoimentos colhidos em juízo demonstram sua inocência, restando comprovado que ela sequer trabalhava para a autoescola à época e, quando lá laborou, era funcionária meramente administrativa, realizando serviços de recepcionista e dos chamados *boys*. Ao final, a recorrente insurge-se contra a majorante prevista no parágrafo único do art. 333 do CP e pede o provimento do recurso para a reforma da sentença.

O segundo recurso foi apresentado pelo acusado A.M.S. (529/543) apontando, em preliminar, a nulidade do processo, uma vez que seu desmembramento impediu a defesa e o amplo acesso à justiça e o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa; a invalidade do inquérito policial por ter ferido vários princípios constitucionais da administração pública. Em relação ao mérito, afirma que a capitulação ministerial diverge da realidade posta em conformidade com o Direito, sustentando que não existem provas da participação do denunciado na empreitada desenvolvida com exclusividade pela ré J., mas apenas se valia da comodidade de pessoa de confiança e que também desempenhava atividade pública. Ao final, aponta como autônoma a conduta de J., requerendo a reforma da sentença, inclusive com a aplicação do princípio da insignificância.

Contrarrazões às f. 545/555.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 571/578 opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço de ambos os recursos, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Consta da denúncia que os denunciados J.C.L., A.M.S., D.R.R., S.R.C., P.R. e W.R.R. incorreram na prática de crime contra a ordem econômica e tributária, fraudando os cofres públicos do Estado ao realizarem operações administrativas em conluio, sem o recolhimento bancário da taxa devida.

Conforme relatado, a acusada J., quando desempenhava funções junto ao Setor de Habilitação da 8ª DSPM - Ciretran de Betim, recebia dos demais acusados a metade da quantia referente às taxas para Licença de Aprendizagem de Direção sem, contudo, proceder à quitação bancária.

O valor unitário da referida taxa era de R\$14,99, tendo sido sonegadas aproximadamente 200 unidades de licenças, segundo consta do procedimento investigatório

016/2003, vindo o fato criminoso a ser descoberto apenas em 17.06.2003.

Os acusados, representantes das autoescolas CFC Quality Ltda. e CFC Rodrigues Ltda., cientes do embuste, repassavam diretamente a J. as quantias em dinheiro, ao em vez de quitá-los no banco, e esta misturava os documentos de arrecadação não quitados junto a outros quitados, a fim de confundir seu superior e dificultar a conferência e a consequente descoberta da não quitação, para depois embolsar o dinheiro. J.C.L. foi acusada como incurso no art. 317, § 1º c/c art. 327 do CP e art. 3º, II, da Lei 8.137/90. Os demais acusados foram incursos no art. 333, parágrafo único c/c art. 327 do CP.

Inicialmente, necessário esclarecer que o feito foi desmembrado, conforme decisão à f. 351-v., prosseguindo este em exame apenas em relação aos denunciados A.M.S. e D.R.R..

Pois bem.

Em sede de preliminar, o apelante aponta nulidade do processo em relação ao desmembramento, alegando que houve impedimento à defesa e ao amplo acesso à justiça.

Sem razão o recorrente, visto que o desmembramento realizado através da decisão de f. 351-v. mostrou-se medida necessária, justamente para não prejudicar a defesa do apelante A.M.S., uma vez que os demais denunciados não foram encontrados no endereço de sua qualificação, motivo pelo qual houve a suspensão do feito em relação a eles.

Como se depreende dos autos, o réu foi defendido a contento em Juízo, participando regularmente de todos os atos processuais, não sendo por isso possível apurar prejuízo que pudesse configurar ofensa à ampla defesa ou ao contraditório.

Em relação ao inquérito policial, o apelante aponta também preliminar de invalidade, alegando, em suma, que feriu vários princípios constitucionais da administração pública, visto que a denunciada J. não teria legitimidade para a prática de atos típicos de funcionário público por trabalhar dentro do órgão público, mas ter seu salário pago por empresa privada.

Novamente sem razão o recorrente.

O art. 327 do CP dispõe que “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, dispondo o § 1º que “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Conforme restou patente nos autos, a denunciada J., a despeito de não ser servidora pública efetiva, prestava serviços administrativos na Seção de Habilitação do Detran de Betim, sendo, portanto, equiparada a funcionária pública para os fins penais.

Ademais, não há nos autos prova capaz de imputar aos agentes policiais responsáveis pelo inquérito a parcialidade quando da apuração dos fatos, tal como aponta o apelante. Isso porque, ao tomar conhecimento dos fatos, a autoridade policial agiu em conformidade com a lei, instaurando o inquérito policial competente para a apuração dos fatos, inclusive de ofício (f. 06/07).

Diante do exposto, rejeito as preliminares trazidas pelo segundo recorrente e passo ao exame do mérito de ambas as apelações.

No que toca à materialidade, restou comprovada por meio da comunicação de f. 09/10; do termo de declarações de f. 11/22 e do termo de apreensão de f. 23, além da farta prova testemunhal constante dos autos.

Em relação à autoria, também há prova suficiente nos autos tanto no que diz respeito a A.M.S. quanto a D.R.R..

A acusada J.C.L. confessou a prática do crime na fase pré-processual quando disse que contraiu dívidas com os donos das autoescolas “Quality” e “Rodrigues”, e que concordou em emitir licenças de aprendizagem sem o recolhimento da taxa devida ao erário estadual, no intuito de quitar essas dívidas contraídas por ela:

que, a declarante é funcionária da empresa “Zé Pinto Moto Pista”, sediada nesta cidade e aproximadamente dois anos exerce funções variadas no Setor de Habilitação desta DSPM, tudo com anuência entre a direção desta Seccional e a empresa; que, nos afazeres naquele setor, a declarante se dedicava à conferência de pautas, taxações, expedições de ofícios e licenças de aprendizagem; que, desde fevereiro p.p. a declarante contraiu uma dívida monetária no valor de duzentos e cinquenta reais, diretamente com o proprietário da CFC Quality, SR. A., o qual propôs à declarante que, para o pagamento do referido débito, a declarante poderia expedir licenças de aprendizagem para o mesmo, sem o devido recolhimento bancário e, aos valores seriam descontados ao empréstimo realizado, culminando na emissão de aproximadamente umas cinquenta unidades, no valor unitário de catorze reais e noventa e nove centavos, portanto, ultrapassou em muito ao valor devido a A.; que a declarante também contraiu um débito financeiro de quinhentos reais, intercalados em valores diversos, com a proprietária da CFC Rodrigues, Sr.ª V., isto, iniciando na mesma época do empréstimo com a Quality, passando então a declarante a emitir licenças de aprendizagem, para o mesmo CFC, sem o recolhimento do valor unitário de catorze reais e noventa e nove centavos, chegando-se ao número que a declarante não se recorda nesta oportunidade, mas que não chegou a ultrapassar ao valor devido, mas que o número foi maior do que valor que a declarante se encontrava devendo (sic), uma vez que a declarante recebia aproximadamente a metade do valor real de cada taxa de segurança pública; que o *modus operandi* constituía-se no seguinte: que A., V. e, ao final, as irmãs desta última, conhecidas como S., P. e D., traziam os documentos de arrecadação estadual (DAE) preenchidas e não quitadas em rede bancária e entregavam à declarante no próprio setor de habilitação, e, por estarem as taxas preenchidas, não gerava nenhuma suspeita aos funcionários do mesmo setor, passando a declarante a emitir as respectivas licenças de aprendizagem, as quais eram assinadas pela Autoridade presidente, juntamente com as taxas sem o devido recolhimento bancário

e, para não gerar suspeita, a declarante jogava algumas taxas quitadas junto àquelas, e, por constituírem-se em um número muito elevado de licenças e acúmulo dos serviços de gabinete, passavam despercebidas tais investidas, pois que certo número de taxas era gradativamente intercalado junto àquelas devidamente quitadas em rede bancária, e, no decorrer desses seis meses, chegou-se ao número de licenças irregulares anteriormente declaradas; que, ao final, a declarante jogava fora as DAE’s preenchidas e não recolhidas em rede bancária, pois que era a mesma quem inutilizava com carimbagem as taxas utilizadas e recolhidas em bancos; que, ao caso de C.L.M., relatado pelo chefe de setor J.L.C., a declarante esqueceu-se de jogar fora a respectiva DAE e ainda lançou na mesma a carimbagem “inutilizado”, como se fazia com as DAE’s lícitas, talvez, segundo a declarante, por um lapso de sua parte; que, após as quitações dos débitos contraídos pela declarante nos respectivos CFC’s, criou-se um outro *modus operandi*: a declarante recebia juntamente com as DAE’s preenchidas pelos referidos CFC’s e não quitadas em rede bancária, quantias monetárias diversas, chegando-se, em alguns casos a cinquenta, oitenta e cem reais, repassados diretamente das mãos de A., V., P., D. e S., passando então a declarante a desenvolver as demais fases do processado; que a declarante não tem ideia real de quantas licenças expediu e nem do total de valores monetários recebidos dos mesmos CFC’s; (f. 11/12).

Por sua vez, a testemunha J.L.G.C., em depoimento prestado em juízo (f. 388), reconheceu a participação de A. na prática criminosa realizada:

que, esclarecendo sobre o procedimento para a emissão da licença, disse que as autoescolas à época enviavam a relação dos candidatos aprovados na prova de legislação acompanhada da taxa; que a servidora J. recebia todo o material, fazia conferência e encaminhava para superiores; que as autoescolas já teriam que encaminhar a guia já com a taxa de segurança pública paga; que estava ocorrendo que as autoescolas não recolhiam a taxa e a funcionária juntava ao processo do interessado uma taxa paga de outro candidato; que dentre as autoescolas o depoente se recorda da Quality, Campolina e outras de que não se lembra o nome; que das pessoas da autoescola envolvidas na fraude o depoente se lembra do nome de A. representante da Quality e S. representante da Campolina; que o depoente se lembra de que a fraude deve ter atingido umas quinhentas guias; que o depoente à época era detetive e chefiou as investigações que apuraram a fraude; que J. confessou a prática do ilícito para o depoente além do nome das pessoas que participaram da fraude; que as autoescolas entregavam a J. metade do valor da taxa e por isso ela não fazia o pagamento do valor global, ficando com todo dinheiro; que J. indicou o nome dos representantes legais das empresas Quality e Rodrigues como participantes da fraude junto com a mesma.

Além disso, em sede de depoimento extrajudicial, A.M.S. reconheceu a prática do ilícito:

que o declarante é Diretor Geral da CFC Quality com matriz e filial localizada nesta cidade de Betim, onde funciona a matriz aproximadamente há quatro anos e a filial, aproximadamente há um ano; que sobre o comportamento irregular e funcional de J.C.L., servidora no Setor de Habilitação desta DSPM, declara: que o declarante conhece a pessoa de J. desde que a mesma iniciou seus trabalhos no Setor de Habilitação, isto, aproximadamente há dois anos, exercendo

diversas funções naquele Setor de Habilitação, e inclusive expedição de licenças de aprendizagem; que no início deste ano, podendo ser em fevereiro, o declarante foi procurado pela funcionária J., a qual solicitou-lhe a quantia em dinheiro de duzentos e cinquenta reais, a título de empréstimo, ficando de quitá-la no próximo mês, uma vez que necessitava de quitar um débito de financiamento de seu veículo, [...] que passado um mês, o declarante chegou até pensar de que não iria receber, uma vez que ainda não havia sido procurado por J. para quitação do débito; que então o declarante em contato telefônico com J. perguntou-lhe do débito pendente, quando foi proposto ao declarante que havia combinado com o “Delegado” e que este autorizou que o declarante poderia trazer todas as DAE’s para pagamento das taxas de segurança pública para expedição de licenças de aprendizagem, que ficaria em desconto à quantia devida, e que a mesma J. ficaria incumbida de quitar todas as DAE’s junto à rede bancária, tudo em valores reais e totais, ou seja, cada licença de catorze reais e noventa e nove centavos, receberia o mesmo desconto do débito em pendência com o declarante; que assim o declarante concordou com J., mas não chegou a inteirar-se com qualquer autoridade policial sobre a anuência de tal troca/permuta financeira, [...] que esclarece o declarante de que repassava todas as taxas devidamente preenchidas para J., a qual incumbia-se de quitá-las na rede bancária; que, com exceção das taxas quitadas por outra CFC ou mesmo o aluno, todas das licenças de aprendizagem requeridas pela CFC do declarante foram repassadas para J., desprovidas de quitação bancária pelo declarante (f. 13/14).

Desta maneira, a despeito de o acusado A.M.S. não ter convalidado em juízo o depoimento prestado na fase pré-processual, os demais depoimentos prestados, bem como todo o conjunto probatório colacionado nos autos levam à conclusão da prática do crime constante do art. 333 do CP.

Por sua vez, em relação à acusada D.R.R., restou cabalmente demonstrado nos autos que também participou da prática de ilícito de corrupção ativa, visto que em seu depoimento extrajudicial a despeito de explicar que apenas se limitava ao controle de caixa e demais funções internas na Auto Escola Rodrigues por quase dois meses, tendo mantido apenas um contato pessoal com J., quando pegou algumas licenças de aprendizagem, em seguida relata:

não repassou pessoalmente quaisquer quantias monetárias para a funcionária, diretamente no Setor de Habilitação desta DSPM, pois que J. ia pessoalmente àquela autoescola para receber valores em dinheiro referentes à expedição de licenças de aprendizagem, chegando a mesma declarante a entregar a J., não chegando no total à quantia de cem reais, esclarecendo-se por vezes também a declarante entregava às funcionárias P. e S. valores menores destinados a entregar a J., pelas licenças ora solicitadas e expedidas, tudo com anuência de V. (proprietária da mesma autoescola” (f. 19).

Em seguida, sua irmã, W.R.R. em depoimento reconheceu todo o esquema de fraude tributária, declarando,

expressamente que as irregularidades eram de conhecimento de P.R., S.C.R. e D.R.R. (f. 21/22).

Ademais, a própria acusada J.C.L., no depoimento transcrito alhures, reconheceu a participação da acusada D. em relação ao ilícito praticado.

Os acusados repassavam a J. parte do valor da taxa que deveria ser paga ao Poder Público para a emissão de autorizações de aprendizagem, a funcionária deixava de recolher aos cofres públicos, mas emitia as referidas autorizações. Assim, beneficiava-se a servidora quando embolsava o dinheiro e beneficiavam-se os acusados quando deixavam de pagar a totalidade do valor que deveria ser recolhido pelo Poder Público.

Não sendo possível, conforme o exposto, afastar a autoria quanto ao crime capitulado no art. 333 do Código Penal em relação a ambos os acusados, e na medida em que houve grande prejuízo ao erário com a emissão de inúmeras licenças de aprendizagem sem o recolhimento da taxa devida, impossível também a aplicação do princípio da insignificância.

Além disso, não tem cabimento afastar a causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do art. 333 do CP, visto que o ato praticado pelos acusados levava a funcionária a deixar de recolher aos cofres públicos os valores devidos a título de taxa de licença de aprendizagem.

Firme em tais considerações, rejeito as preliminares e nego provimento a ambos os recursos.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTIERREZ e DOORGAL ANDRADA.

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

...

Receptação - Dolo - Ciência da origem ilícita do bem - *Res furtiva* - Aquisição muito inferior ao valor de mercado - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Receptação dolosa. Absolvição. Impossibilidade. Ciência da origem ilícita da coisa. Demonstração patente de que o agente sabia que se tratava de produto de crime. Desclassificação de receptação culposa. Impossibilidade. Provas suficientes de autoria e materialidade. Condenação mantida. Recurso não provido.

- No delito de receptação, por se tratar o dolo de elemento puramente subjetivo, devem ser levados em conta os indícios e as circunstâncias em que os fatos aconteceram. Se os autos oferecem elementos de prova suficientes para se concluir que o acusado tinha ciência da origem criminosa

do bem por ele adquirido, impõe-se a condenação pelo delito de receptação.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.14.009196-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: R.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2016. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta por R.S.M., em face da r. sentença de f. 122/125-v., que o condenou pela prática do delito capitulado no art. 180, *caput*, do CP, à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais (f. 138/142-v.), a defesa pugna pela absolvição do réu ao fundamento de que não existe nos autos nenhum elemento que prove que ele tinha ciência da origem ilícita do produto. Afirma, ainda, que também não restou demonstrado que o veículo, de fato, era produto de crime; que o réu comprou a motocicleta com o motor estragado e com pendências financeiras, o que justificaria o pagamento de preço abaixo do valor de mercado. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta imputada ao acusado para o delito de receptação culposa, sustentando que, para a caracterização do crime de receptação dolosa, é indispensável a demonstração cabal de que o acusado sabia, sem sombra de dúvidas, da origem ilícita do bem que adquiriu, o que inexistia na hipótese dos autos.

Contrarrazões ministeriais às f. 144/148, no sentido da manutenção do *decisum*.

A d. Procuradoria de Justiça pronunciou-se pelo desprovidimento do recurso (f. 153/158).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 25 de dezembro de 2013, por volta das 00:25 horas, na Praça da Liberdade, situada na Av. Bias Fortes, Bairro Lourdes, nesta Capital, o acusado foi preso em flagrante delito por adquirir e conduzir, em proveito próprio, a motocicleta, de placa xxx, sabendo se tratar de produto de crime.

Pois bem. A materialidade encontra-se consubstanciada pelo APFD de f. 02/07, BO de f. 11/14, guia de recolhimento do veículo (f. 15), auto de apreensão (f. 23), bem como pela prova oral coligida.

Por sua vez, a autoria também é indubitosa, ao contrário do que alega a defesa.

Inicialmente, cumpre salientar que o delito de receptação admite as formas dolosa e culposa, ocorrendo a primeira hipótese quando o agente sabia que a coisa era produto de crime, ao passo que a forma culposa se verifica quando o agente, tendo em vista a natureza ou desproporção entre o valor e o preço da coisa, ou pela condição de quem a oferece, deveria presumir que foi obtida por meio criminoso.

No caso dos autos, verifico que o acusado restou condenado pela prática do delito de receptação dolosa, uma vez que a prova dos autos permite concluir que o apelante sabia da origem criminosa da coisa.

Vejam as declarações prestadas pelo acusado:

[...] que comprou a mesma há aproximadamente uma semana através de um indivíduo conhecido como 'N.' no Bairro Fortaleza no valor de um mil e quinhentos reais; que esclarece que não sabe informar o endereço de 'N.' que é morador do Bairro xxx; que tinha a intenção de utilizar a moto para uso próprio; que não tinha conhecimento que a moto era produto de furto, mas tinha conhecimento que a mesma tinha um problema [...] (R.S.M., depoimento extrajudicial, f. 06).

Assim, as circunstâncias em que a motocicleta foi adquirida levam à conclusão do dolo do agente, uma vez que nem sequer portava o documento da motocicleta nem recibo referente à quantia paga pelo veículo. Ademais, não soube informar onde "N." poderia ser encontrado, e ainda afirmou que sabia que o referido veículo "tinha um problema".

Cumpra aqui também destacar as declarações prestadas pela testemunha E.S.T., que às f. 114 assim declarou:

[...] confirma seu depoimento prestado perante a autoridade policial às f. 05, cuja leitura lhe foi facultada nesta oportunidade; recorda-se do fato; a moto foi apreendida com o acusado e estava estacionada na Av. Bias Fortes; o acusado disse que não tinha documento da moto encontrada [...].

Nas brilhantes palavras do i. Procurador de Justiça:

Todo cidadão apto a conduzir veículo automotor, tem um mínimo discernimento para saber que, se vai adquirir um veículo usado, tem ao seu alcance meios para pesquisar a regularidade de sua documentação, providência que não tomou, mesmo sabendo que o nosso País apresenta altos índices de furtos e roubos de automóveis, confiando em alguém que não sabia onde morava, ou mesmo o nome completo, apenas por apelido, e que não lhe apresentou qualquer documentação, o que torna inequívoco que não estava preocupado com a origem lícita do bem, quando o adquiriu, até porque permaneceu longo tempo com o mesmo, sem tomar qualquer providência visando regularizar a situação.

Não há falar em falta de provas de que a motocicleta era produto de crime, tendo em vista que o boletim de ocorrência de f. 20/21 e o documento de f. 22 comprovam o furto do referido veículo.

Ademais, verifica-se que o bem foi adquirido por um valor muito baixo se comparado ao valor de mercado, o que não deixa dúvida de que o acusado sabia da procedência ilícita do bem.

Portanto, a forma como se deram os fatos, bem como a enorme desproporção entre o valor pago pelo réu e o valor de mercado da motocicleta, demonstram, sem sombra de dúvida, que o acusado sabia da procedência ilícita do bem adquirido.

Registre-se que, por se tratar o dolo de elemento puramente subjetivo, torna-se difícil a sua comprovação, devendo ser aceita a prova produzida de forma indireta, levando-se em conta os indícios e as circunstâncias em que os fatos aconteceram.

Sobre o tema, o julgado a seguir transcrito:

Em se tratando de crime de receptação dolosa, a demonstração de que o agente tinha ciência sobre a origem ilícita da coisa pode ser deduzida de conjecturas ou circunstâncias exteriores, ou seja, do comportamento *ab externo*, do *modus operandi* do comprador, uma vez que, não se podendo penetrar no foro íntimo do agente, não há como aferir-se o dolo de maneira direta ou positiva (TACRimSP - RJDTACrim 35/285-6).

Portanto, a forma como se deram os fatos evidenciam o dolo do agente, estando, portanto, configurado o crime de receptação dolosa.

Inviável, também, o pleito de desclassificação para o delito de receptação culposa, previsto no § 3º do art. 180 do CP.

A prova dos autos é suficiente quanto à configuração do crime de receptação, havendo elementos suficientes, conforme já demonstrado, de que o acusado sabia da origem criminosa da *res furtiva*, impondo-se, portanto, a manutenção da condenação.

Dessarte, a prova dos autos é segura quanto à configuração do crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, restando suficientemente demonstrado que o réu R. tinha pleno conhecimento da origem criminosa da *res furtiva*, impondo-se, portanto, a manutenção de sua condenação.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Sem custas, por estar o apelante assistido pela Defensoria Pública.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Estelionato - Indeferimento de provas - Cerceamento de defesa - Pena de multa - Redução - Abrandamento do regime - Absolvição - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Cerceamento de defesa pelo indeferimento de provas. Inocorrência. Absolvição. Impossibilidade. Pena de multa. Redução. Abrandamento do regime. Viabilidade.

- O deferimento de diligências requeridas por qualquer uma das partes fica ao prudente arbítrio do juiz, que avalia sua necessidade e conveniência.

- Na espécie, o indeferimento de produção de provas foi devidamente fundamentado pelo magistrado, não havendo falar em nulidade.

- Comprovadas a materialidade e a autoria do crime, bem como o elemento subjetivo do injusto penal, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de isenção de pena, não há como acolher a pretensão defensiva de absolvição.

- A pena-base de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, visto que embasada nas mesmas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

- Tratando-se de agente reincidente, mas sendo a pena inferior a quatro anos, faz jus ao regime semiaberto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0134.10.014471-3/001
- Comarca de Caratinga - Apelante: C.C.G.- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016. - Maria Luíza de Marilac - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - C.C.G., inconformado com a sentença (f. 142/146), que o condenou às penas de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, regime fechado, e 37 (trinta e sete) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 171, *caput*, c/c o art. 61, I, ambos do Código Penal, interpôs, por defensor constituído (f. 85), o presente recurso de apelação (f. 155/165), arguindo, em preliminar, a

nulidade do processo por cerceamento de defesa. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas.

Contrarrazões do Ministério Público, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 167/171). Nesse sentido, também se manifestou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 186/188).

Quanto aos fatos, narra a denúncia que,

[...] no dia 11 de junho de 2010, na Rua [...], nesta cidade, o denunciado, mediante fraude, obteve, para si, vantagem ilícita consistente em R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais), em prejuízo do Centro Universitário [...]. Narra a peça informativa que o denunciado se dirigiu à Unec, apresentou-se como J.M. e disse ser o contador da mencionada instituição, momento em que solicitou que a funcionária C. lhe entregasse a quantia de R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais) em dinheiro, para que fosse efetuado o pagamento do imposto de vigilância sanitária, vindo ela, então, a repassar para o acusado a aludida quantia, obtendo, assim, vantagem ilícita em prejuízo da referida instituição.

A denúncia foi recebida em 23.02.2012 (f. 71), e a sentença, publicada em 27.05.2015 (f. 146-v.).

O processo transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o apelante pessoalmente intimado por mandado (f. 147).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como obediente às formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.

Da preliminar.

Argui a ilustre defesa, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa. Alega, para tanto, que teve seu direito de defesa cerceado, diante do indeferimento de duas diligências: realização de novo exame grafotécnico e de nova filmagem (f. 157).

Razão não lhe assiste.

Como se sabe, o deferimento de diligências requeridas por qualquer uma das partes fica ao prudente arbítrio do juiz, que avalia sua necessidade e conveniência.

No caso em análise, por ocasião da resposta escrita, a defesa do apelante requereu a realização de novo exame grafotécnico, ao fundamento, em síntese, de que

o exame grafotécnico de f. 48 também não é meio de prova que não deixa dúvidas, sendo que esta defensora até o caso dos presentes autos nunca questionou um exame grafotécnico, mas que, a partir de tal fato, tem certeza que este não pode servir de embasamento para qualquer condenação, pois, se fosse, não teria apontado o denunciado como subscritor do recibo deixado com a suposta vítima, uma vez que não foi a mesma a pessoa que foi até o local (f. 92).

Alegou também que,

quanto ao relatório de f. 24, esta defensora acredita que os agentes de polícia subscritores do mesmo, que são inimigos do denunciado, não são peritos para afirmar que tais imagens sejam do denunciado, como assim o fizeram (f. 92).

Os pedidos foram fundamentadamente indeferidos pelo Magistrado primevo (f. 113):

[...] Indefiro o pedido para a realização de novo exame grafotécnico, porque não há suspeita de que o exame de f. 46/47 tenha sido fraudado, tendencioso ou irregular. Ao contrário, a perícia atendeu aos requisitos previstos no CPP (arts. 158 a 184), foi assinada por dois peritos públicos do quadro da Polícia Civil de Minas Gerais, não havendo razões para a realização de novo exame grafotécnico. Em que pese o sempre merecido respeito pelas colocações da defesa, a questão do exame para apontar a pessoa que aparece no vídeo, fotografada à f. 21/24, não importa para a solução do processo. No vídeo, não interessa se é o acusado que aparece ou se é outra pessoa. O fato de a pessoa estar no vídeo, seja ela o acusado ou não, isoladamente considerado, não leva nem à condenação, nem à absolvição. O que dirá se a pretensão do Ministério Público é procedente ou não é o conjunto probatório formado por vários elementos de prova, sendo desnecessária a correta e precisa identificação da pessoa que está no vídeo para resolver a lide [...].

Agora em sede de razões recursais, reitera os pedidos de realização das perícias, alegando, em síntese, que

deveria o douto Magistrado ter deferido as diligências requeridas, o que causou cerceamento de defesa ao apelante, tornando nulo o feito a partir da audiência de instrução e julgamento, com o indeferimento das diligências necessárias (f. 158).

Razão não lhe assiste.

No tocante aos laudos periciais, conforme se vê às f. 21/24 e 46/47, foram devidamente assinados por dois peritos, em consonância com o que dispõe o Código de Processo Penal, não se vislumbrando qualquer nulidade. Aliás, tanto os laudos periciais são válidos que, embora a ilustre defensora requeira a realização de novas perícias, não cuidou de apontar quais seriam as irregularidades constatadas nas perícias anteriormente realizadas.

Data venia, o simples fato de a ilustre advogada discordar da conclusão dos laudos, uma vez que sustenta não ser o autor dos fatos, não é suficiente para a realização de novos exames, tratando-se, na verdade, de tese defensiva atinente ao mérito, que será analisada em momento oportuno.

Enfim, sendo o indeferimento devidamente fundamentado pelo Juiz *a quo*, não há falar em cerceamento de defesa.

Assim, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

A materialidade do fato está demonstrada pelos autos de apreensão (f. 12 e 19), laudos de degravação de conteúdo de CD (f. 21/24) e exame grafotécnico (f. 46/47), em consonância com o boletim de ocorrência (f. 06/09).

A autoria também restou devidamente comprovada nos autos.

Na fase extrajudicial (f. 32), o apelante negou a prática delitiva e, em juízo (f. 121), reiterou:

[...] que, no dia dos fatos, o depoente estava jogando futebol com várias pessoas, inclusive pessoas importantes como o Prefeito [...]; que o Prefeito não estava jogando, mas o horário era do depoente e é do depoente até hoje; que o depoente é o dono da bola, dos coletes, dono de tudo; que não foi o depoente o autor dos fatos; que o depoente nega os fatos; que o depoente afirma que não é a pessoa que aparece no vídeo às f. 19/21; que não sabia que os fatos aconteceram numa quinta-feira, às 21h; que ficou sabendo essa semana e falou com a advogada: 'quinta-feira é o horário de eu jogar futebol'; que o depoente afirma que não foi o depoente e que não sabe por que o exame grafotécnico falou que foi o depoente; que duas letras apontam que foi o depoente; que queria fazer outro exame grafotécnico com outros peritos; [...] que nem sabe o que é ITBI [...].

Entretanto, a negativa do apelante restou isolada nos autos.

C.M.O., funcionária da instituição-vítima, informou:

[...] que a declarante trabalha como atendente de caixa há aproximadamente quatro anos; [...] que, no dia 11.06.2010, pela manhã, com a chegada de J.B.A., gerente administrativo da Unec, a declarante informou que J., contador da Unec, esteve na cantina na noite anterior (10.06.2010) e pegou o dinheiro, deixando um envelope com os documentos; que a declarante entregou R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais) para o autor dos fatos; que a declarante, na noite do dia 10.06.2010, foi abordada por volta das 21h por uma pessoa que disse se chamar J.M., informando ser o contador da Unec; que a pessoa disse que foi buscar o dinheiro para efetuar o pagamento do imposto da vigilância sanitária; que a pessoa chegou a simular uma ligação para J.B.; que a declarante, na manhã do dia 10.06.2010, soube que seria pago naquele dia o imposto que vencia exatamente naquele dia, motivo pelo qual não desconfiou ser um golpe; [...] que a declarante, ao entregar o dinheiro para o autor, recebeu um envelope lacrado que, ao ser aberto no dia seguinte (11.06.2010) por J.B., se constatou que havia documentos em branco; que o autor dos fatos preencheu um recibo na presença da declarante referente ao valor entregue; que a declarante, depois dos fatos, após apresentar o vídeo para algumas pessoas, foi informada que o suspeito era uma pessoa conhecida por C.; que C. é conhecido na cidade como sendo estelionatário [...] (Depol - f. 17/18).

[...] que confirma as declarações de f. 17, ora lidas em voz alta [...]; que a depoente confirma que foi o acusado que esteve na cantina pedindo R\$880,00 para pagar o imposto de vigilância sanitária; que o acusado se apresentou como J.M., o contador da instituição; [...] que, na manhã seguinte, quando o gerente administrativo chegou à empresa, a depoente o chamou; que o gerente era J.B. e a depoente falou que tinha um envelope para ele; que o acusado falou que J.B. tinha autorizado o acusado pegar R\$880,00 referentes ao imposto; que, na frente da depoente, o acusado ligou do celular, simulando uma ligação para J.B.; que, quando falou com J.B., ele falou que não tinha autorizado nada; que a depoente teve que pagar os R\$880,00 para a faculdade; que o acusado pagou os R\$880,00 para a depoente; [...] que nunca tinha visto o acusado anteriormente; que J.B. é que falou que o acusado tinha comprado uma propriedade [...]; que todas as pessoas que estão como testemunha disseram que foi o acusado que entrou na faculdade e simulou para a depoente ser J.M.; que inclusive o marido da depoente, de nome M.L.G., que foi escrivão no fórum por 16 anos, reconheceu o

acusado no vídeo; que o acusado é famoso no território todo por esse tipo de crime; que o administrativo da faculdade sabia que o imposto seria pago naquele dia; que não lembra se preencheu o recibo para o acusado assinar; que não se lembra como o acusado estava vestido no dia dos fatos [...] (em juízo - f. 115).

No mesmo sentido é o depoimento de D.R.S.:

[...] que, no dia 10.06.2010, estava trabalhando à noite, sendo que, por volta das 21h, compareceu ao local de trabalho um rapaz que aplicou golpe naquele estabelecimento; que C.M.O. atendeu o rapaz que se apresentou como contador e solicitou a quantia de R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais) para efetuar pagamento de imposto que havia vencido; que o depoente presenciou o momento em que C. passou o dinheiro para o rapaz; que o depoente não conhece o rapaz que aplicou o golpe [...]; que o depoente acredita ser capaz de reconhecer o rapaz se o vir pessoalmente; [...] que, após examinar diversas fotografias do arquivo desta unidade policial, a depoente apontou C.C.G. como a pessoa com grande semelhança ao autor dos fatos [...] (Depol - f. 30/31).

[...] que confirma as declarações de f. 30/31, ora lidas em voz alta [...]; que o atendimento de C. foi na presença do depoente; que reconhece o acusado, aqui presente, como sendo a pessoa que se dirigiu ao caixa de C. e solicitou R\$880,00 ou R\$850,00 reais; que não tem dúvida de que foi o acusado, aqui presente, que esteve no caixa de C. no dia dos fatos [...] (em juízo - f. 117).

J.B.A., também funcionário da faculdade, declarou (f. 116):

[...] que confirma as declarações de f. 15/16, ora lidas em voz alta [...]; que o depoente assistiu ao vídeo; que o depoente, pelo que deu para identificar, é o senhor C. que esteve na faculdade; que a funcionária C. pagou o valor à faculdade; [...] que C. falou que o acusado deixou um envelope, dizendo que era o recibo; [...] que C. continua confirmando que o acusado foi o autor dos fatos; que C. viu o acusado pessoalmente e confirma que foi ele o autor do fato [...].

Além da prova oral, foi acostado aos autos o exame grafotécnico realizado no recibo entregue pelo autor dos fatos à funcionária C.M., tendo os peritos concluído que "C.C.G. é o autor material dos lançamentos de preenchimento, apostos no recibo questionado".

Também se realizou exame de "degravação de conteúdo de DVD" (f. 21/24), do qual foram extraídas imagens do autor do crime. Os policiais civis da Comarca de Caratinga compararam as fotos de f. 21/24 com a foto de C.C.G. (f. 28), concluindo que (f. 27):

[...] analisamos que o indivíduo que aparece nas imagens com um papel na mão e se dirige ao caixa do restaurante Unec II, e se passando por um contador da referida instituição, pegando o dinheiro com a vítima C.M.O., através de suas características físicas que lembra em muito as de um estelionatário muito conhecido no meio policial, por vários golpes aplicados nesta comarca e região e se trata da pessoa de C.C.G. [...].

Diante do conjunto probatório, não há como acolher o pleito de absolvição por insuficiência de provas.

Conforme visto linhas acima, o apelante foi reconhecido pela funcionária responsável pelo repasse do dinheiro, bem como pela testemunha que presenciou o fato descrito na denúncia, reconhecimentos confirmados, inclusive sob o crivo do contraditório.

Além disso, o recibo entregue pelo suposto contador foi submetido à perícia que, repita-se, concluiu que o referido documento foi preenchido por C.C.G.

Como se não bastasse, ao comparar a imagem do autor do crime (f. 22/24) com a do apelante (f. 28), os policiais civis, mais próximos da realidade dos fatos, também afirmaram que a pessoa que aparece no vídeo é C.C.G.

As alegações defensivas sobre a invalidade dos laudos periciais não merecem prosperar, uma vez que a insurgência tem por base apenas a divergência entre a conclusão dos laudos e a versão do apelante, não cuidando a ilustre defesa de apontar qualquer motivo técnico para que os laudos sejam desconsiderados.

Embora seja admirável a fidelidade da ilustre advogada à versão de seu cliente, ela não é, *data maxima venia*, suficiente para afastar a conclusão das provas periciais que são realizadas por técnicos desprovidos de qualquer paixão pelos fatos.

Não se olvida, ainda, que o apelante alegou que, “no dia dos fatos, o depoente estava jogando futebol com várias pessoas” e que a “quinta-feira é o horário de eu jogar futebol” (f. 121), o que foi confirmado por J.V.L., que relatou que “[...] todas as quinta-feiras de 20h a 22h o acusado tem um time que treina [...]” (f. 119).

Entretanto, tenho que apenas o fato de o apelante ter o costume de jogar bola quinta-feira à noite não é suficiente para afastar todos os elementos de prova em seu desfavor, pois, embora algumas pessoas realmente tenham o hábito de fazer atividades físicas em dias e horários predeterminados, isso não torna impossível que, em algum momento, elas faltem aos treinos.

In casu, embora o apelante tenha arrolado testemunha para comprovar sua alegação de que jogava bola às quintas-feiras, não se pode concluir, como alega a douda defesa, que ele não cometeu o crime em análise, pois, repita-se, muito mais fácil que ele tenha faltado ao jogo de futebol do que esteja sendo vítima de uma grande armação que incluiria não apenas o reconhecimento feito pela ofendida e testemunha presencial, mas também pelos peritos que elaboraram o laudo de f. 46/47.

Do mesmo modo, a alegação de que “M.L.G. é amásio da suposta vítima C.M.O., e é lógico que, para ajudar a amásia, imputaria o fato a qualquer pessoa que pudesse parecer com o apelante dos fatos (*sic*), e, por

azar do apelante, existem semelhanças entre o autor e sua pessoa” (f. 159) não pode prosperar.

Conforme visto linhas acima, a vítima e a testemunha presencial não afirmaram que o apelante “se parece” com o autor dos fatos, mas sim o apontaram como a pessoa que esteve na cantina naquele dia, aplicando o golpe descrito na denúncia.

O fato de a funcionária C.M.O. ser amásia de um ex-funcionário do fórum da comarca, que foi o primeiro a reconhecer o apelante no vídeo, não tem o condão de desmerecer sua palavra, uma vez que não há, nos autos, qualquer indício de que tivesse motivos para imputar falsa prática de crime ao apelante.

Além disso, diga-se mais uma vez, a prova oral foi corroborada pelo laudo grafotécnico de f. 46/47, que apontou o apelante como o autor do recibo entregue à vítima.

Melhor sorte não socorre à douda defesa ao alegar que “acredita esta defensora que os agentes de polícia subscritores do mesmo, que são inimigos do apelante, não são peritos para afirmar que tais imagens sejam do apelante” (f. 170).

Como sabido, a palavra dos policiais não pode ser relevada nem considerada suspeita apenas em razão de sua função, pois seria inadmissível que o Estado, que lhes depositou a tarefa de proteção aos cidadãos, desconsiderasse suas palavras justamente quando presta contas de suas diligências.

Nesse sentido:

[...] Este Superior Tribunal possui entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que afasta a alegação de sua nulidade (STJ - AgRg no REsp 1552938/SP - Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma - j. em 10.11.2015 - DJe de 25.11.2015).

[...] O valor probante dos depoimentos prestados por policiais é igual ao de qualquer outra testemunha, a teor do disposto no art. 202 do CPP, sendo que a condição de agente do Estado não retira a confiabilidade das palavras do agente, sobretudo quando corroboradas pela prova circunstancial que confirma a prática delitiva pelo apelante (TJMG - Apelação Criminal 1.0184.14.002564-6/001 - Relator: Des. Cássio Salomé - 7ª Câmara Criminal - j. em 04.02.2016 - p. em 18.02.2016).

Importa ressaltar que quem acusa a autoridade de arbitrária, capaz de “plantar provas” para incriminar falsamente o réu, está no dever de oferecer provas, pois a acusação é das mais graves e repugnantes, ônus do qual não se desincumbiu a douda defesa.

Enfim, ao contrário do que alega a defesa, a condenação do apelante não se baseia exclusivamente na palavra da vítima, e sim em um conjunto de fatos, provas e indícios, tudo concatenado a corroborar a materialidade

e a autoria do crime que lhe é imputado. Dessa forma, deve ser mantida a condenação de C.C.G. pela prática do crime do art. 171, *caput*, do Código Penal.

No tocante à pena privativa de liberdade, a sentença também não merece reparo.

Na primeira fase, o ilustre Juiz *a quo* fixou a pena-base um pouco acima do mínimo legal - 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em razão da correta análise negativa dos antecedentes (CAC de f. 136/141). Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes. Presente a agravante da reincidência, a pena foi aumentada de 1/6 (um sexto), resultando em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição de pena. Assim, restaram as penas concretizadas definitivamente em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, *quantum* que se mostra justo e necessário para repressão e prevenção do crime.

Noutro giro, tenho que a pena de multa merece reparo, pois, como sabido, ela deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, porquanto embasada nos mesmos fundamentos, o que não ocorreu no caso em análise.

Feitas essas considerações, passo à reestruturação somente da pena de multa, fixando-a, na primeira fase, em 12 (doze) dias-multa. Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes. Presente a agravante da reincidência, aumento a pena de 1/6 (um sexto), resultando em 14 (quatorze) dias-multa. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição da pena, ficando concretizada em 14 (quatorze) dias-multa.

Assim, fica C.C.G. condenado às penas de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

O regime fixado na sentença - fechado - também deve ser abrandado.

Em face do *quantum* da pena aplicada (inferior a quatro anos), em princípio, seria possível a fixação do regime aberto. Ocorre que o apelante, conforme já dito linhas acima, é reincidente (CAC de f. 136/141), o que equivale a dizer que o regime de pena a ser fixado deve ser o imediatamente superior, ou seja, semiaberto, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

Noutro giro, sendo o apelante reincidente específico (CAC de f. 136/141), não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou ao benefício do *sursis*.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a

pena de multa para 14 (quatorze) dias-multa e abrandar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto.

Custas, nos termos definidos na sentença (f. 145-v.).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Violência doméstica - Citação por edital - Não comparecimento - Prisão preventiva requerida pelo Órgão Ministerial - Requisitos do art. 312 do CPC - Ausência - Medidas cautelares diversas da prisão - Imposição - Inadmissibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Violência doméstica. Réu citado por edital. Não comparecimento ao processo. Prisão preventiva requerida pelo Órgão Ministerial. Impossibilidade. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Inadmissibilidade.

- A ausência do réu não implica obrigatória necessidade de decretação da prisão preventiva, tendo em vista a necessidade de preenchimento dos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP.

- Inexistindo prova de que a liberdade do processado ameaça o curso do processo ou a aplicação da lei penal, ou mesmo a garantia da ordem pública, não há falar em decretação da prisão cautelar.

- Incabível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando as circunstâncias que motivaram a prisão do paciente, a natureza do crime, bem como as suas condições pessoais não demonstram a necessidade daquelas.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0035.13.014636-4/001 - Comarca de Araguari - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: L.A.B. - Vítima: J.A.F. - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2016. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão que negou seu pedido de decretação da prisão preventiva em desfavor de L.A.B., ou de suspensão do CPF desse.

Em síntese, sustenta o recorrente serem as medidas necessárias para aplicação da lei penal, tendo em vista que o recorrido não foi encontrado para citação.

Nisso amparado, pleiteia o conhecimento e o provimento do presente recurso para que seja decretada a suspensão ou o bloqueio do CPF do recorrido, ou, ainda, a prisão preventiva desse.

Em contrarrazões de f. 61/66, o recorrido pugnou pelo desprovimento do recurso.

O Magistrado *a quo*, em juízo de reexame (f. 67), manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 73/75, manifestou-se pelo desprovimento do recurso ministerial.

É, no essencial, o relatório.

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

Ausentes preliminares, passo à análise do mérito.

Requer o Ministério Público seja decretada a suspensão ou o bloqueio do CPF de L.A.B., ou, ainda, a prisão preventiva desse, arrimado no fato de que, citado por edital, ele não compareceu aos autos e nem sequer constituiu defensor.

Após detida análise dos autos, verifico que razão não assiste ao recorrente.

Ab initio, cumpre assinalar que os Códigos Penal e de Processo Penal, assim como qualquer outra norma infraconstitucional, devem ser interpretados à luz da Carta Magna e seus dogmas, dentre os quais o princípio do estado de inocência, que, nela insculpido, impede seja alguém considerado culpado antes de condenação criminal definitiva.

Não ofende esse princípio, entretanto, a prisão processual fundada no instituto da necessidade, desde que presentes os pressupostos autorizadores - insculpidos no art. 312 do digesto processual penal - para a custódia cautelar. É que a presença de qualquer desses pressupostos implica conveniência de interesse público para a manutenção da prisão provisória. Aí reside o princípio da necessidade.

Todavia, *in haec specie*, penso que a aplicação de medida cautelar bem como a segregação provisória do recorrido não se mostram necessárias como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ora, não há prova contundente, nos autos, de que o recorrido permaneça delinquindo, de que seja

uma ameaça ao meio social ou, ainda, de que o delito a ele imputado tenha provocado grande repercussão ou clamor social que pudesse abalar a ordem pública ou econômica.

Lado outro, quanto à conveniência da instrução criminal, também não existe, no acervo probatório, indicativo de que o recorrido esteja impedindo a produção de provas ou intimidando testemunhas, apagando os vestígios do crime, destruindo documentos, ou de que não se chegará à verdade material com o acusado solto.

Ademais, quanto ao último requisito - assegurar a aplicação da lei penal -, ainda que o acusado tenha sido citado por edital e não tenha comparecido, nem constituído advogado, não há, nos autos, provas concretas demonstrando que está se furtando à aplicação da lei penal, conforme bem enunciado pelo Magistrado *a quo*.

Aliás, tanto isso é verdade que o próprio Ministério Público, em f. 46-v., asseverou que “não observa, por ora, a necessidade da prisão do denunciado”.

Não bastasse, é de se salientar que a regra do art. 366 do Código de Processo Penal não gera, por si só, a necessidade de decretação da preventiva ou de outras medidas que assegurem o comparecimento do imputado ao processo.

Ademais, também não há falar em necessidade de decretação das medidas pleiteadas para garantia da aplicação da lei penal, visto que o art. 366, exatamente com essa finalidade, determina a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional para os réus ausentes.

Ante todo o exposto, como já adiantado, não merece acolhida o pleito ministerial.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso para manter incólume a decisão de primeiro grau.

Custas, na forma do disposto no art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA LUÍZA DE MARILAC e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ausência de munção - Pedido de absolvição por atipicidade da conduta - Crime de mera conduta - Incolumidade pública - Manutenção da condenação - Isenção do pagamento das custas processuais

Ementa: Penal. Posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada. Absolvição. Arma desmuniada. Atipicidade da conduta. Impossibilidade. Delito de perigo abstrato. Crime de mera conduta. Condenação mantida.

Isenção das custas. Possibilidade. Apelantes assistidos pela Defensoria Pública. Recurso parcialmente provido.

- O delito de posse de arma de fogo é crime de perigo abstrato, dispensando a situação concreta de risco.

- Isentam-se os apelantes do pagamento das custas processuais, uma vez que se encontram assistidos pela Defensoria Pública.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.13.022492-9/001
- Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: I.C.M., J.A.F. -
Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Relator: DES. PEDRO COELHO 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, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO**.

Belo Horizonte, 4 de outubro de 2016. - *Pedro Coelho Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO COELHO VERGARA - I - Do relatório.

Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra J.A.F. e I.C.M. como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Narra a denúncia que, no dia 28 de abril de 2013, por volta das 22h45, no local conhecido por [...], na Comarca de Juiz de Fora, os apelantes possuíam uma arma de fogo, calibre 32, marca Taurus, com numeração raspada, tudo conforme consta do anexo do inquérito policial (f. 01d-02d).

Recebida a denúncia, os apelantes foram citados, apresentando defesa preliminar de f. 61 e 72 (f. 49, 55/56 e 94/95).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, interrogados os apelantes e requerida a juntada atualizada das certidões de antecedentes criminais (f. 115/121).

O Órgão Ministerial pede, nas alegações finais, a condenação dos apelantes, rogando a defesa pela absolvição por ausência de prova ou por atipicidade da conduta, devido se encontrar a arma desmuniada (f. 127/130 e 132/140).

Proferida a sentença, os apelantes foram condenados nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) 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 sanção

corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo (f. 142/147).

Inconformados com a decisão, recorreram os apelantes, objetivando a absolvição por atipicidade da conduta e a isenção das custas processuais, rogando o *Parquet* pelo desprovemento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso (f. 181/183v., 185/190 e 196/199).

É o breve relato.

II - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

III - Das preliminares.

Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

IV - Do mérito.

Cuida-se de delito de posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição por atipicidade da conduta e de isenção das custas.

Do pedido de absolvição por atipicidade de conduta.

A defesa pede a absolvição, ao argumento de que a conduta dos apelantes não violou o bem jurídico protegido.

Razão não lhe assiste.

A tese de absolvição fundada na atipicidade da conduta pela apreensão da arma desmuniada, inexistindo lesividade na conduta, afigura-se completamente descabida.

A posse de arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal é crime de perigo abstrato e de mera conduta, pouco importando o resultado, sendo desnecessária, ainda, a apreensão de qualquer munição.

O tipo penal não exige a demonstração de risco concreto ao bem jurídico tutelado.

A lei presume, de forma absoluta, a existência do risco causado à sociedade por parte daquele que, sem autorização, tem a posse de arma de fogo, acessórios ou munição.

A norma penal objetiva, portanto, proteger a incolumidade pública, evitando a exposição a qualquer risco de lesão.

Dessa forma, a simples posse de arma, mesmo estando esta sem munição, configura o delito em análise, porquanto tal conduta já é suficiente para agredir o bem jurídico tutelado, não havendo que se falar, assim, na inexistência de potencialidade lesiva à coletividade.

Tal política criminal visa à segurança de toda a coletividade ainda no seu estágio inicial, para que o ato de possuir ou portar arma de fogo, ainda que desmuniada, não evolua até se transformar em efetivo ataque.

Fernando Capez leciona sobre o tema:

[...] Não há dúvidas de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso, não há ofensividade, e sem esta não existe crime. Nada impede, no entanto, que tal lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos. Com efeito, aquele que se dispõe a circular pelas vias públicas de uma cidade, ilegalmente armado, ou dispara uma arma de fogo a esmo, está reduzindo o nível de segurança da coletividade, mesmo que não exista uma única pessoa por perto. A lei pretende tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra agressões em seu estágio embrionário. Pune-se quem anda armado ou quem atira sem direção, para se reduzir a possibilidade de exposição das pessoas ao risco de serem mortas ou feridas. É possível que, no momento em que o agente foi flagrado, não houvesse ninguém nas proximidades, mas isso não significa que, não sendo coibida a conduta, tal não acabe ocorrendo. Exigir perigo concreto e comprovado, para tais infrações, implicaria tolerar a prática de comportamentos perniciosos e ameaçadores à sociedade. Entretanto, isso não significa dizer que é crime sem resultado jurídico, pois a conduta, mesmo sem a comprovação de perigo concreto a alguém determinado, foi idônea, ou seja, apta a reduzir o nível de segurança da coletividade [...] (CAPEZ, Fernando. *Estatuto do desarmamento*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006).

A eficiência da arma de fogo, no caso em tela, foi atestada pela perícia de f. 26/27, sendo certo que o apelante poderia municiá-la, praticando crimes contra a vida, ou utilizá-la para efeito intimidador em delitos de roubo, extorsão etc.

O porte ou a posse ilegal de arma de fogo, portanto, mesmo que desmuniada, configura o delito do art. 16, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

Esse é o entendimento jurisprudencial:

[...] O desmuniamento da arma não conduz à atipicidade da conduta, bastando, como basta, para a caracterização do delito, o porte de arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...] (STJ - RHC 17561/DF - Relator: Ministro Hamilton Carvalhido - j. em 28.06.05).

A posse ilegal de arma de fogo, portanto, mesmo que desmuniada, configura o delito do art. 12 ou do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

Este Tribunal já se manifestou nesse sentido:

Estatuto do Desarmamento. Porte ilegal de arma de fogo. Pedido de absolvição por atipicidade. Arma desmuniada. Irrelevância. Caracterização do delito. Recurso improvido. - O fato de a arma encontrar-se desmuniada não descaracteriza a conduta tipificada no art. 14 da Lei nº 10.826/03, porquanto se trata de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança coletiva ou a incolumidade pública (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0074.05.028045-7/001 - Relator: Des. Edelberto Santiago - DJ de 26.02.08).

Afastada se encontra, assim, a absolvição, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Do pedido de isenção das custas processuais.

A defesa solicita, por fim, a isenção do pagamento das custas processuais.

Razão lhe socorre, uma vez que os apelantes se encontram assistidos pela Defensoria Pública.

Justificada se encontra, dessa forma, a impossibilidade de os apelantes arcarem com as custas processuais, nos termos da Lei estadual nº 14.939/03:

Art. 10: São isentos do pagamento de custas:

[...]

II - os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

Os apelantes, assim, se enquadram, indubitavelmente, na legislação pertinente à espécie.

V - Do provimento.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para isentar os apelantes do pagamento das custas processuais, mantendo os demais termos da sentença fugitada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Falsidade ideológica - Inserção indevida de informação em atestado médico - Elemento subjetivo do tipo penal - Configuração - Desclassificação do delito - Impossibilidade - Art. 301, § 1º, do CP - Inteligência - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao réu - Cumprimento da pena - Condenado não reincidente - Pena inferior a quatro anos - Regime aberto

Ementa: Apelação criminal. Crime de falsidade ideológica. Inserção indevida de informação em atestado médico. Elemento subjetivo específico do tipo penal configurado. Impossibilidade de desclassificação. Redução da pena-base. Alteração do regime.

- O crime de falsidade ideológica exige, como elemento subjetivo específico do tipo, a vontade de "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".

- A conduta tipificada no art. 301, § 1º, do Código Penal exige, para sua configuração, vantagem de natureza pública, pelo que, comprovado que o documento falso objetivava o recebimento de contraprestação de natureza pessoal, descabe falar em desclassificação do delito.

- Sendo favoráveis ao réu todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser reduzida a pena-base ao mínimo legal.

- Nos termos do art. 33 do Código Penal, “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.15.022933-2/001
- Comarca de Divinópolis - Apelante: R.E.R. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator:
DES. CATTÁ PRETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016. - *Cattá Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTÁ PRETA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por R.E.R., contra a r. sentença (f. 120/121-v.) em que o Exmo. Juiz *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu pela prática da conduta prevista no art. 299, *caput*, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicial semiaberto, substituída por uma restritiva de direitos.

Nas razões recursais, o apelante requereu a absolvição do delito a ele imputado e, na eventualidade, a desclassificação do crime para o disposto no art. 301, § 1º, do Código Penal, além da redução da pena, por estar o recorrente sofrendo perseguições em seu trabalho.

Em contrarrazões, o Ministério Público pleiteou o não provimento do recurso e a manutenção da r. sentença (f. 141/149).

No parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (f. 154/159).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Narra a denúncia que o denunciado, após ter obtido atestado médico para afastamento de suas atividades por 1 (um) dia, a partir de 16 de maio de 2014, alterou dolosamente o documento, lançando dados diversos do original, para constar o seu afastamento por 4 (quatro) dias (f. 2/5).

Feitas tais considerações, postula o recorrente a sua absolvição, com fundamento na inexistência do elemento subjetivo caracterizador do crime de falsidade ideológica. Em outras palavras, afirma ter realizado a atitude

de adulterar o teor do atestado médico por estar em momento de insanidade provisória.

A conduta praticada se ajusta ao tipo penal estatuído pelo art. 299 do Código Penal, veja-se:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Do exame do referido dispositivo legal, depreende-se que o crime de falsidade ideológica caracteriza-se tanto por uma conduta omissiva, no sentido de omitir declaração que devia constar em documento, como por uma conduta comissiva, no sentido de inserir declaração falsa ou diversa do que devia ser escrita, com o fito de: a) prejudicar direito; b) criar obrigação; ou c) alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Com relação ao elemento subjetivo específico do tipo penal, colhe-se a seguinte lição da doutrina:

Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, mas exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de ‘prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante’. Dessa forma, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados deve ser considerada penalmente indiferente. Não se pune a forma culposa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. - 6. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 299).

In casu, não obstante a situação de limite emocional alegada pelo recorrente em relação ao seu trabalho, destaca-se que este confessou a prática delitiva, afirmando, em juízo, que “ficou muito constrangido com o fato, assumiu a autoria perante os demais colegas [...] assumiu a culpa pelo fato e ressarcir o Município pelos três dias que acrescentou no atestado” (f. 127).

Outrossim, não se constata que qualquer pressão vivida profissionalmente pelo recorrente afaste o ânimo específico de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, a caracterizar o dolo específico exigido pelo tipo.

Em verdade, tentou o acusado ludibriar a jornada de trabalho, com o intuito de conciliar, ao seu alvedrio, seus interesses de afastar-se da atividade laboral.

No caso, a conduta do réu, além de sinalizar a presença do dolo qualificado pelo especial fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, revela-se potencialmente lesiva, uma vez que hábil a causar prejuízo ao erário e a vulnerar os princípios constitucionais da Administração Pública.

A propósito, traz-se à colação precedente jurisprudencial deste Tribunal de Justiça:

Falsidade ideológica. Assessor parlamentar. Câmara de vereadores. Declarações falsas inseridas em folhas de ponto. Dolo presente. Extinção da punibilidade de corréu. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Possibilidade. Reconhecimento de ofício. - Não é possível a absolvição, se um dos denunciados, na condição de assessor parlamentar, inseriu a sua assinatura em folhas de ponto, visando alterar a verdade sobre a sua jornada de trabalho, tendo o vereador a que era subordinado apostado a sua assinatura no documento, corroborando o conteúdo ali inserido, incorrendo ambos os denunciados nas sanções do art. 299 do Código Penal. - É de decretar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, se entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória decorreu lapso temporal superior ao prazo prescricional determinado pela pena em concreto fixada para corréu, considerada a redução à metade em virtude da menoridade do agente à época do crime, por reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade do corréu, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, V, e art. 110, §§ 1º e 2º, c/c art. 115, todos do Código Penal brasileiro (Ap. Criminal nº 1.0313.07.229227-6/001, Rel. Des. Duarte de Paula, DJe de 08.04.2011).

Destarte, restam patentemente configurados todos os elementos caracterizadores da tipicidade da conduta do acusado, mormente o elemento subjetivo, traduzido no especial fim de agir.

Trata-se, portanto, de fato típico, ilícito e culpável, acarretando, assim, a manutenção da r. sentença condenatória.

Quanto à suposta desclassificação do delito para o disposto no art. 301, § 1º, do Código Penal, também alegada pela defesa, razão não lhe assiste.

De fato, o referido dispositivo legal previu conduta específica para o caso de falsificação ou adulteração de atestados, veja-se:

Art. 301. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

Falsidade material de atestado ou certidão.

§ 1º Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena - detenção, de três meses a dois anos.

Todavia, tem-se que, para a configuração do delito do art. 301, § 1º, do Código Penal, a vantagem auferida pelo autor deve ser, especificamente, de caráter público.

Na lição de Cleber Masson, o legislador, ao prevalecer-se da interpretação analógica, finalizando a descrição do tipo penal com a expressão “qualquer outra vantagem”, pretendeu que esta “deve ser compreendida como vantagem de natureza pública, em sintonia com as hipóteses expressamente tipificadas em lei” (*Direito penal*

esquemático: parte especial, arts. 213 a 359-H. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2014. p. 503).

No caso, valeu-se o réu de vantagem inequívoca de cunho pessoal, e não de caráter público, qual seja a ausência no seu trabalho, faltando a configuração de uma das elementares do tipo penal sustentado pelo apelante.

Nesse sentido posicionou-se, também, a jurisprudência:

Apelação criminal. Delito de uso de documento particular falso. Afastamento da tese de configuração de crime impossível. Falsificação grosseira não evidenciada. Inviabilidade de desclassificação da conduta para o tipo penal capitulado no art. 301, § 1º, do Código Penal. Atestado médico que não envolve fato ou circunstância descrita no tipo penal. Falsificação objetivando o alcance de vantagem eminentemente pessoal. Condenação mantida. Ratificação da operação dosimétrica, do regime inicial aberto e da substituição da sanção corporal pelas penas restritivas de direitos. Recurso desprovido. - A simples apresentação do documento pelo agente, com ciência de sua falsidade, é suficiente para a consumação da prática delituosa, prevista no art. 304 do Código Penal. - Considera-se a falsificação grosseira e daí decorrente o crime impossível, apenas se ao homem médio, e não aos profissionais da saúde, é dado perceber a adulteração do documento, por uma simples leitura deste. - A conduta tipificada no art. 301, § 1º, do Código Penal exige, para sua configuração, que o atestado ou a certidão ideologicamente falsa envolva circunstâncias específicas, traduzidas pelas expressões ‘que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público ou qualquer outra vantagem’. Compreende-se por ‘qualquer outra vantagem’, na esteira da doutrina mais abalizada, aquela de natureza pública, pelo que, comprovado que o documento falso objetivava o recebimento de contraprestação de natureza pessoal, descabe falar em desclassificação do delito tipificado no art. 304 do Código Penal para a infração penal de falsidade material de atestado ou certidão (TJMG - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Catta Preta - Ap. 1.0024.10.178723-2/001 - DJ 05.11.2015).

Feitas tais considerações, mantém-se a condenação do recorrente, nos termos da r. sentença.

No tocante às penas fixadas, observa-se que a pena-base foi estipulada ligeiramente acima do mínimo legal, pela consideração desfavorável da culpabilidade do réu, o que não se justifica. A culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, no caso, não ultrapassou os limites do tipo penal praticado, o que justifica a redução da pena-base para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, devidamente reconhecida a atenuante da confissão espontânea, o que se mantém, inviável é a redução da pena aquém do mínimo legal, por vedação expressa da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto às atenuantes dispostas no art. 65, inc. III, b e c, do Código Penal, melhor sorte não assiste à defesa ao afirmar a possibilidade de seu reconhecimento, visto que inequívoca foi a voluntariedade da conduta do réu,

além de não se observarem provas de qualquer emoção violenta, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

Confirmam-se, portanto, as penas nos mínimos legais, ausentes causas de aumento e de diminuição.

Altera-se o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Atendidos os pressupostos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, preserva-se a substituição da sanção corporal, nos exatos termos contidos no r. *decisum*.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, dá-se parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base aplicada ao recorrente, consolidando-se a reprimenda definitiva no mesmo patamar de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multas, e alterar o regime inicial de cumprimento para o aberto, mantida a r. sentença nos seus demais termos.

Custas, nos termos da r. sentença.

Comunicar.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - DERA M PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Conselho de sentença - Julgamento manifestamente contrário à prova dos autos - Inocorrência - Tese acusatória acolhida pelo Júri - Pretensão de atenuante - Formulação de quesito específico - Legítima defesa - Escusativa não acolhida pelo Júri - Impossibilidade - Alterações introduzidas pela Lei nº 11.698/98 - Inteligência - Interferência do MP nos depoimentos - Não comprovação - Ausência de protesto quanto ao tema - Preclusão

Ementa: Apelação criminal. Legítima defesa. Formulação de quesito específico. Impossibilidade. Alterações introduzidas pela Lei 11.698/98. Julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. Inocorrência. Tese acusatória recepcionada pelo conselho de sentença.

- A partir da edição da Lei 11.698/08, não há mais de se indagar ao Conselho de Sentença sobre a incidência de excludentes de antijuridicidade, concentrando-se a matéria defensiva num único quesito, no qual se questiona, de forma genérica, se o jurado absolve o réu.

- Se se lastreara o Conselho de Sentença em provas concretas ao afastar a incidência do privilégio e condenar o recorrente pela prática de homicídio duplamente qualificado, não há falar, evidentemente, em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, havendo recepcionado os jurados tese acusatória efetivamente enunciada em plenário do júri.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.15.024679-2/001
- Comarca de Uberlândia - Apelante: E.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: R.F.L. - Relator: DES. MATHEUS CHAVES JARDIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2016. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação formulado por Ednaldo Alves da Silva, no qual se insurge contra o veredicto popular a condená-lo como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do CP, sendo-lhe imposta a pena de quatorze anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, como se deduz da decisão de f. 213/215.

Suscitou o recorrente preliminar tendente à anulação do júri, havendo a Promotora de Justiça induzido as testemunhas D.F.L. e G.A.F. a responderem as indagações em consonância aos interesses ministeriais, em afronta às determinações contidas nos arts. 212 e 213 do CPP, não sendo tal conduta efetivamente coibida pelo magistrado.

O julgamento há de ser anulado, ainda, em face da inadequação dos quesitos, não sendo indagados os jurados em relação à legítima defesa, sendo mantidos os questionamentos referentes à incidência das qualificadoras, não obstante haja pugnado a defesa pela seu decote.

Por outro lado, o Conselho de Sentença proferiu veredicto manifestamente contrário à prova dos autos ao desacolher a incidência do privilégio previsto no art. 121, § 1º, do CP, tendo agido o recorrente sob emoção, logo após injusta provocação da vítima, sendo confirmada pelas testemunhas desavença havida entre as partes minutos antes da ocorrência do disparo.

Também se revelou manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença a acolher as qualificadoras relativas ao motivo torpe e à surpresa, certificando-se a vítima do retorno do recorrente

ao local dos fatos, sendo-lhe franqueada a fuga ou qualquer meio obstativo à ação delitiva.

Propugnou ainda o recorrente pela redução da reprimenda, para cuja quantificação não fora tomada em consideração a confissão espontânea.

Em contrarrazões de f. 242/245 manifestou-se o MP pela manutenção do édito condenatório, em todos os seus termos.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento do apelo às f. 249/250-v.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua interposição.

Rejeito a primeira preliminar deduzida em recurso, pois que, além de não se verificar qualquer interferência do MP em depoimentos prestados em plenário por D.F.L. e G.A.F., não restando substancialmente alteradas as versões dantes apresentadas pelas testemunhas, não se constou em Ata da Sessão do Julgamento nenhum protesto quanto ao tema, afigurando-se preclusa a invocação da matéria em recurso de apelação.

Quanto à segunda preliminar erigida, impõe-se, da mesma forma, sua rejeição, não havendo se atentado o recorrente às alterações introduzidas pela Lei 11.689/08, atinentes à concentração, em um único quesito, de todas as teses de defesa defendidas em plenário. Consoante magistério de Guilherme de Souza Nuci:

Não é mais necessário que o juiz presidente colha das alegações expostas em plenário pelo defensor as várias teses levantadas, transformando-as em quesitos a serem submetidos aos jurados. O defensor continuará a expor suas variadas teses, muitas delas alternativas, outras subsidiárias, mas todas voltadas à absolvição do réu. O juiz presidente cuidará de indagar os jurados apenas o seguinte: “o jurado absolve o acusado?” (Código de Processo Penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 828).

Por outro lado, ao afastarem a tese da perpetração do delito logo após injusta provocação da vítima, não decidiram os jurados de forma manifestamente contrária à prova dos autos, originando-se a contenda de agressões perpetradas pelo recorrente contra P.F.L., contra as quais se insurgiu R.F.L., não se tendo por infundada sua reação ante a violência desferida contra a própria irmã.

Em relação às qualificadoras previstas em denúncia e recepcionadas pela decisão de pronúncia, seu acolhimento, pelos jurados, também não se revelou manifestamente contrário à prova dos autos, não importando o retorno do recorrente ao cenário da discussão, elemento probatório apto a elidir a torpeza motivacional e a adoção de recurso a dificultar a defesa da vítima, sendo de se atentar ao depoimento prestado à f. 111: “que quando E. esteve armado na casa do pai do depoente ele saiu à procura de R., pela rua, para o lado esquerdo, enquanto a direção para o local do homicídio era para o

lado direito, mas E. não sabia onde R. estava, tendo saído à sua procura”.

Ora, recepcionada pelos jurados tese acusatória efetivamente sustentada em plenário, não há falar, evidentemente, em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos:

Como de pacífica jurisprudência e de uníssona doutrina, só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos quando a decisão é absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório. Se a decisão popular tem respaldo em uma das versões existentes, não pode o órgão revisor cassá-la, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do júri” (Ap. 1.0567.95.000772-2/001, 1ª C., Rel. Des. Gudesteu Biber, j. em 15.03.2005, v.u).

No tocante à quantificação da pena, tem-se por descabida a incidência da atenuante relativa à confissão espontânea, sendo engendrada em plenário, pelo recorrente, a tese pela qual o tiro fora disparado em legítima defesa, escusativa não acolhida pelo Conselho de Sentença, não tendo lugar, portanto, a minoração da reprimenda nos moldes postulados.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.
Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTÁ PRETA e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Sonegação fiscal - Excludente de culpabilidade - Dificuldade econômica da empresa - Dolo - Condenação - Circunstância atenuante - Impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal - Sanção pecuniária - Capacidade econômica do réu

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Deixar de fornecer nota fiscal relativa à venda de mercadorias. Autoria e materialidade não contestadas. Inexigibilidade de conduta diversa não evidenciada. Atenuante da confissão espontânea. Inviabilidade de redução da pena aquém do mínimo legal. Recurso defensivo não provido. Impossibilidade de elevação da pena substitutiva de prestação pecuniária. Recurso ministerial não provido.

- Invocar a crise financeira da empresa para justificar o não cumprimento de uma obrigação fiscal (emissão de nota fiscal de venda de mercadoria) não é fundamento idôneo para conduzir à absolvição em virtude de inexigibilidade de conduta diversa.

- A atenuante da confissão espontânea não é apta a reduzir a pena aquém do seu *quantum* mínimo abstratamente previsto no tipo penal.

- Ainda que o prejuízo financeiro gerado pela conduta do condenado seja elevado, é inviável a fixação de uma pena pecuniária nitidamente superior à sua capacidade de cumprimento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.14.047305-3/001 - Comarca de Contagem - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: A.P.F.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, A.P.F.M. - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

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, em, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo de Direito da Comarca de Contagem/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de A.P.F.M., imputando-lhe a suposta prática do crime descrito no art. 1º, inc. V, da Lei 8.137/90, noticiando que, no período compreendido entre janeiro de 2007 e dezembro de 2010, a denunciada, por meio de sua empresa individual, suprimiu tributo ICMS, no valor original de R\$60.820,78 (sessenta mil, oitocentos e vinte reais e setenta e oito centavos), devido ao Estado de Minas Gerais, promovendo a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

Após regular trâmite, sobreveio a r. sentença de f. 102/103, que, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou a acusada, como incurso nas sanções do art. 1º, inc. V, da Lei 8.137/90, aplicando-lhe as penas de 3 (três) anos, em regime inicial aberto, e 15 (quinze) dias-multa.

Inconformados com o *decisum*, a ré e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação criminal.

Em suas razões recursais (f. 147/157), a defesa almeja obter a absolvição da ré, ou, subsidiariamente, a redução da reprimenda que lhe foi imposta.

O *Parquet*, por sua vez, pede a elevação da pena substitutiva de prestação pecuniária, de um salário para setenta e sete salários mínimos.

Contrarrazões apresentadas às f. 124/126 e 156-v./159, em que os recorridos pugnaram pelo improvimento do apelo adverso, tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 162/165, opinado

pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do defensivo.

É, em síntese, o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos.

3 - Fundamentação.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito dos recursos.

- Apelo defensivo.

Registre-se, inicialmente, que a autoria e a materialidade delitivas são incontroversas, notadamente em razão dos documentos fornecidos pela Receita Estadual e da confissão da acusada.

Não obstante, a defesa almeja obter a absolvição da ré, com fulcro na ausência de dolo em seu comportamento e na inexigibilidade de conduta diversa, em decorrência das dificuldades econômicas que lhe impediram de honrar com seus compromissos fiscais.

Porém, d.m.v., razão não socorre a apelante.

Não se pode olvidar que o contribuinte brasileiro, notadamente a classe empresarial, padece com o peso da alta carga tributária, e, além disso, está sensível às crises de uma economia instável.

Também é certo que, em casos não raros, empresas deixam de recolher os impostos em virtude das dificuldades financeiras, priorizando o pagamento de outras dívidas, especialmente as trabalhistas e as relativas aos fornecedores.

Entretanto, não vejo como reconhecer, mesmo nestes casos, a ocorrência de uma excludente de culpabilidade apta a ocasionar a absolvição da acusada pela inexigibilidade de conduta diversa.

Primeiro porque crise financeira é um risco que todo empresário assume ao constituir sua atividade comercial, o que não o exime de sua responsabilidade penal, quando pratica qualquer crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 11).

Segundo, porque, conforme se verifica pelo interrogatório judicial da ré, esta, de forma voluntária e consciente, deixou de emitir nota fiscal, objetivando unicamente o não pagamento do tributo devido por sua empresa individual, afastando, por conseguinte, a tese de inexistência de dolo.

Terceiro porque a defesa não se desincumbiu de comprovar a alegação de que o imposto somente não foi pago por falta de recursos da empresa.

Portanto, havendo comprovação da materialidade e da autoria delitiva, e não existindo nenhuma causa que exclua o crime ou isente a ré de pena, é de rigor manter sua condenação nas iras do art. 1º, inc. V, da Lei 8.137/90.

Quanto ao pedido de redução da pena em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea, melhor sorte não socorre a defesa.

Isso porque a pena-base já se encontra fixada em seu *quantum* mínimo, qual seja: 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, sendo que comungo do entendimento de que não é possível, na segunda fase de aplicação da pena, ultrapassar os limites estabelecidos abstratamente na lei, conforme dispõe as Súmulas nº 42 do TJMG e 231 do STJ, a saber:

Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

A respeito do tema, confira a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça:

Penal e processual. [...] Atenuante. Redução da pena aquém do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231 do STJ. [...] Descabe a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, nos termos da Súmula 231 desta Corte [...]. (STJ, AgRg no AREsp 647538/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 09.06.2015).

- Apelo do Ministério Público.

O combativo *Parquet*, por sua vez, pede que a pena de prestação pecuniária de um salário mínimo, imposta em substituição à pena privativa de liberdade, seja elevada para o patamar de setenta e sete salários mínimos, em razão do prejuízo ocasionado ao fisco estadual pela conduta da acusada.

Contudo, não vejo como acolher sua pretensão.

Tenho firme entendimento no sentido de que a pena de cunho pecuniário não pode ser estabelecida em valores simbólicos, para que efetivamente cumpra seu caráter de repressão e prevenção ao crime.

Porém, no caso ora em julgamento, a acusada não possui nenhum outro registro criminal e o delito não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais - e mais importante - seu rendimento atual é de pouco mais de R\$1.000,00 (mil reais) e não há, nos autos, nada que indique outras fontes de recurso que lhe permitam cumprir a pena substitutiva, caso haja majoração.

Desse modo, a fixação de uma prestação pecuniária mais elevada ultrapassaria a capacidade de cumprimento da ré, ainda que esta fizesse um esforço incomum.

Além disso, esta não foi a única sanção aplicada na sentença, haja vista que o MM. Juiz também impôs a pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, a qual, somada à pena de prestação pecuniária, tenho como proporcional e razoável, necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

4 - Dispositivo.

À luz do exposto, nego provimento aos recursos, mantendo inalterada a r. sentença vergastada.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Cargo público - Afastamento - Crimes que guardam estrita relação com o mandato eletivo - Organização criminosa, lavagem de dinheiro e peculato - Possibilidade de reiteração delitiva - Revogação - Inviabilidade - Decisão devidamente fundamentada - Constrangimento ilegal não configurado

Ementa: Habeas corpus. Organização criminosa, lavagem de dinheiro e peculato. Medida cautelar de afastamento de cargo público. Revogação. Inviabilidade. Decisão devidamente fundamentada. Pertinência, adequação e necessidade. Crimes que guardam estrita relação com o mandato eletivo. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

- Inexiste qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição da medida cautelar de afastamento do cargo público quando devidamente fundamentada em fatos concretos, uma vez que as práticas criminosas imputadas ao paciente, ao que parece, guardam relação direta com o mandat

o
eletivo por ele exercido, havendo, portanto, fundado receio de que sua permanência nas atividades parlamentares pode representar risco ao regular desenvolvimento da ação penal, não se olvidando, ainda, da possibilidade real de reiteração delitiva.

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.064464-7/000 - Comarca de Santa Luzia - Paciente: L.C.D. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Santa Luzia - Interessados: A.G.S., A.W., C.A.F.A.M., E.L.P., E.F.D., G.Y.F., G.L.M., J.L.C. e outros - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos, em DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2016. - Renato Martins Jacob - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por ilustre advogado em favor de L.C.D., denunciado por suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 2º, § 4º, inciso II, da Lei 12.850/2013; art. 1º, *caput* e § 4º da Lei 9.613/98; e art. 312, § 1º, do Código Penal, apontando como autoridade coatora a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Luzia.

Alega o Impetrante que o paciente padece de constrangimento ilegal em razão de decisão proferida pela autoridade judicial apontada como coatora que lhe impôs a medida cautelar prevista no inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal, consistente na suspensão do exercício do cargo e da função pública, sem que existam motivos concretos para tanto.

Sustenta que a medida imposta não merece ser mantida, destacando que ao corrêu, que se encontra na mesma situação, ela não foi fixada. Ressalta, ainda, que o exercício do cargo de vereador pelo paciente não representa qualquer ameaça à instrução criminal, que já se encerrou, e tampouco traz o risco de que ele volte a delinquir, já que o suposto contrato irregular, objeto da denúncia, foi cancelado.

Destaca, também, que foi fixada em favor do paciente a cautelar de fiança, de modo que a suspensão do exercício do cargo se torna ainda mais gravosa.

Requer, assim, o deferimento da liminar para revogar a medida de suspensão do exercício do cargo público do paciente, confirmando-se a ordem ao final.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f. 111/141.

Liminar indeferida às f. 146/147 pela eminente Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, em substituição eventual.

Informações judiciais prestadas à f. 153, acompanhadas dos documentos de f. 154/195.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 197/199 pela denegação da ordem.

Autos a mim redistribuídos na forma regimental.

Após sustentação oral realizada na sessão ordinária do dia 22.09.2016, pedi vista dos autos para reexaminar a controvérsia à luz dos novos argumentos enfatizados da Tribuna pelo nobre Impetrante, que pleiteou a substituição da medida de afastamento do cargo público por outras cautelares alternativas.

Sucintamente relatado, passo a votar.

A matéria posta em análise não afeta diretamente a liberdade de ir e vir do paciente, no entanto, o descumprimento da medida alternativa pode acarretar a decretação

de sua prisão cautelar (art. 282, § 4º, do CPP), razão pela qual conheço do *writ*, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da análise dos autos, observa-se que o paciente foi denunciado por suposta prática dos delitos tipificados no art. 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013; art. 1º, *caput*, e § 4º da Lei 9.613/98; e art. 312, § 1º do Código Penal, todos em concurso material, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em síntese, consta na denúncia que o paciente se associou a outros investigados (vereadores, particulares e servidores públicos) em um elaborado esquema de desvio de recursos públicos destinados à prestação de serviços de transporte e limpeza urbana no Município de Santa Luzia/MG (f. 93/141).

Narra a exordial que o tal esquema se efetivou no contrato nº 73/2013 celebrado entre a empresa Cooptral, vencedora do pregão presencial 23/2013 - destinado à contratação de serviços de locação de máquinas, caminhões, ônibus, vans, pick-ups e veículos de passeio com operador/motorista, e o município de Santa Luzia/MG, de modo que, durante a sua vigência, houve desvio de recursos mediante pagamentos superfaturados, pagamentos por serviços não prestados, pagamentos de pessoas proibidas de contratar com o Poder Público (vereadores, por intermédio de laranjas) e com a realização de medições imprestáveis para verificação da efetiva prestação dos serviços (f. 93/141).

Quanto ao paciente, descreve a vestibular acusatória que ele pertencia ao núcleo político do esquema criminoso, tendo sido encontrados em seu gabinete e na sua residência documentos que indicam que sua participação se dava mediante terceiros "laranjas", como comprovantes de pagamentos realizados pela empresa vencedora da licitação - Cooptral - por meio de intermédios diários (f. 93/141).

Na presente impetração, insurge-se a Defesa contra a medida cautelar de afastamento do cargo público determinada pelo douto Juízo *a quo* no ato de recebimento da denúncia, ocorrido no dia 06.07.2016 (f. 43/72).

Na oportunidade, a culta Magistrada consignou que:

"5.2. Suspensão do exercício de função pública.

Depois de tudo o que foi aquilatado até o momento, mostra-se mais que patenteada a necessidade de se manter os denunciados afastados do cargo que ocupam, eis que está revelado que foi exatamente em virtude deles que todo o esquema foi concretizado e utilizado amplamente, arrastando-se pelo tempo previsto originariamente no contrato 71/2013 e, ao menos, com segurança, até a sua prorrogação a dezembro de 2014 - data em que ainda se tem registros de pagamentos nos autos.

O 'loteamento' de vagas para carros nos mais variados serviços decorrentes do contrato 71/2013, em sede de exame de cognição cautelar, está demonstrado *quantum satis*, não se podendo olvidar o farto expediente de interceptação telefônica, apontando também para o péssimo uso do cargo e das funções públicas em proveito próprio e de terceiros interesses particulares.

Sempre bom consignar que se está diante de um contrato no importe de mais de trinta milhões de reais.

Todos os acusados vereadores e agentes públicos municipais foram pela prática do crime de integração de organização criminosa e peculato, sendo que alguns ainda estão incursos nas cominações penais da lei de licitações. Os denunciados vereadores também responderão por crime de lavagem de dinheiro.

A confusão e a absoluta promiscuidade entre público e privado, que chegou às raias do ilícito penal, definitivamente não autorizam a permanência dos acusados nos cargos e funções públicos que ocupam, até mesmo por inarredável necessidade de se resguardar o erário da reiteração de condutas semelhantes em outras esferas da administração, considerando-se a pluralidade e infinidade serviços e contratos que continuamente passam pelo crivo do Poder Público. Alguns dos denunciados lidam todos os dias com ordenação de despesas.

A medida está expressamente prevista no Código de Processo Penal, conforme art. 319, VI, estando demonstrada sua necessidade e adequação.

Como se não bastasse, a Lei n. 12.850/13 também contém dispositivo autorizando o afastamento cautelar do cargo e/ou função pública quando se está diante de indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, sendo a medida necessária à instrução do processo - aspectos apurados no caso concreto em juízo de admissibilidade próprio da presente fase do procedimento.

Não se pode deixar de consignar que a moralidade pública, como princípio constitucional e como valor da sociedade luziense está a merecer essa proteção, eis que há muito, ao que parece, tem sido vilipendiada.

[...]

Sendo o caso dos autos exatamente o uso do cargo público como ferramenta para a prática de crimes, havendo fundado receio de que a permanência no cargo enseje a continuidade delitiva, a suspensão dos denunciados do cargo e função públicos que ocupam é medida que se impõe, conforme art. 319, VI, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, firme no preconizado pelo art. 319, VI, do CPP, determino a suspensão do exercício do cargo e da função pública aos denunciados S.D.C, P.M.D, A.G.S, M.D.R.S, L.P.G, G.L.M, G.V.F, C.A.F.A.M, L.C.D, R.P.A, A.W, O.T.D, M.A.M.R, J.L.C, G.M.J e V.S.F" (f. 43/72).

Em que pese a seriedade dos argumentos defensivos, verifico que a decisão ora impugnada apresenta satisfatória fundamentação, tendo sido devidamente justificada a necessidade e pertinência da imposição da medida prevista no inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal.

Ao que parece, as práticas criminosas imputadas ao paciente guardam relação direta com a sua função de vereador do município de Santa Luzia/MG, tendo sido utilizado o cargo público como ferramenta para a suposta prática de delitos.

Há, portanto, fundado receio de que sua permanência no exercício da vereança possa ensejar a continuidade de atividades ilícitas, bem como dificultar a produção de novas provas.

Importante destacar que o fato de grande parte do material probatório já ter sido colhido não é, por si só, motivo suficiente para a revogação da medida, pois

evidente o risco de perturbação ao regular desenvolvimento da ação penal caso o paciente volte a exercer o cargo de vereador, principalmente em razão do grau hierárquico das funções que desempenhava.

Sobre o tema, destaca Renato Brasileiro de Lima que:

da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para evitar novas práticas delituosas, a medida também pode ser imposta para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qual forma ou prejudicar a busca da verdade (Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 353).

Por outro lado, ainda que o nobre impetrante afirme que o contrato objeto da denúncia já foi anulado e, portanto, inexistente o risco de reiteração delitiva, tenho que, por ora, o retorno do paciente às atividades parlamentares implica perigo concreto à ordem pública, pois, obviamente, é inerente às funções do cargo de vereador a aprovação de projetos, contratos e serviços prestados pelo Poder Público.

Ademais, a natureza do delito cometido - crime contra a administração pública, somada à necessidade de se resguardar a idoneidade e a probidade administrativas, bem como a indispensabilidade de garantir que não haja interferência na instrução criminal, constituem valores cujo peso é suficiente para justificar o afastamento do paciente de suas funções.

Em situações semelhantes, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Considerando que estamos diante de prática criminosa que guarda relação direta com as funções públicas do recorrente, havendo o fundado receio de que a sua permanência no respectivo cargo possa ensejar a continuidade das atividades ilícitas em apuração, bem como dificultar a produção de provas, pertinente ao caso concreto o afastamento cautelar do recorrente de seu cargo público (Precedentes)" (STJ, Quinta Turma, RHC 61828/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 09.12.2015 - ementa parcial).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Corrupção passiva. Provas da materialidade e indícios de autoria. Desproporcionalidade da medida cautelar. Supressão de instância. Suspensão do exercício da função pública devidamente motivada. Prática criminosa relacionada com o mandato eletivo. Fundado receio de continuidade das atividades ilícitas. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Coação ilegal não evidenciada. Reclamo conhecido em parte e, nesse ponto, improvido. 1 - Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegação de inexistência de provas quanto à materialidade e autoria da prática do delito em questão, além da desproporcionalidade da medida, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que as matérias não foram analisadas no aresto combatido. 2 - Caso em que o recorrente, na condição de vereador, é acusado de solicitar vantagem indevida para se licenciar do mandato e assim permitir que os demais suplentes assumissem a vaga no parlamento municipal, inclusive com divisão de salários. 3 - Estando-se diante de prática criminosa que guarda relação direta com o mandato eletivo

exercido pelo paciente, e havendo o fundado receio de que a sua permanência no cargo poder ensejar a continuidade das atividades ilícitas em apuração, inexistente qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição da medida em questão. 4 - Condições pessoais favoráveis não têm o condão de revogar as medidas cautelares diversas da prisão se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade, como ocorreu *in casu*. 5 - Recurso ordinário conhecido em parte e, na extensão, improvido (STJ, Quinta Turma, RHC 60014/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 17.06.2016).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Fraude em licitações. Medida cautelar de suspensão do exercício da função pública. Ilegalidade. Ausência. Adequação e necessidade. Delito praticado no exercício do cargo público. Fundado receio de continuidade das atividades ilícitas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso improvido. 1 - Guardando a prática criminosa relação direta com os cargos públicos exercidos pelos recorrentes, e havendo o fundado receio de que a permanência deles nos cargos possa ensejar a continuidade das atividades ilícitas em apuração, bem como dificultar a produção de provas, em razão do grau hierárquico das funções que exerciam, inexistente ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição da cautelar de afastamento das funções. 2 - Recurso em *habeas corpus* improvido (STJ, Sexta Turma, RHC 68370/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28.04.2016).

Nesse contexto, dada a gravidade dos fatos em apuração, não vislumbro qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição da medida em questão, valendo ressaltar que todos os vereadores e servidores denunciados foram suspensos dos seus cargos/funções públicos, o que afasta, de pronto, a alegação da defesa de violação ao princípio da isonomia.

A este respeito, inclusive, informou a autoridade apontada como coatora que, “até o presente momento, não houve qualquer comunicação sobre eventual revogação da cautelar de afastamento do cargo em relação aos denunciados, permanecendo todos eles afastados” (f. 153).

Vale ainda registrar, por oportuno, que, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 1.0000.16.053811-2/000, ocorrido na sessão ordinária do dia 11.08.2016, essa 2ª Câmara Criminal substituiu a prisão preventiva do paciente pela cautelar de fiança, mantendo-se, contudo, a medida de afastamento do exercício do cargo público.

Os argumentos utilizados naquela ocasião foram claros no sentido de que a prisão preventiva era desnecessária, porque medidas cautelares alternativas (fiança e afastamento do cargo público) se revelavam suficientes, adequadas e eficazes para o monitoramento do réu e para o regular andamento da ação penal.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, em momento algum houve pronunciamento quanto à desnecessidade da medida de suspensão da função pública, o que, aliás, sequer foi objeto da impetração.

Portanto, satisfatoriamente motivada a imprescindibilidade da medida ora impugnada e, guardando relação direta o exercício do cargo de vereador exercido

pelo paciente com os delitos que lhe foram imputados, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do remédio heroico.

Feitas tais considerações, atento ao parecer ministerial, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...

Habeas corpus - Prisão preventiva - Homicídio qualificado e associação criminosa - Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal - Complexidade da causa - Vários réus - Contribuição da defesa para a demora - Inexistência de constrangimento ilegal

Ementa: *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Associação criminosa. Excesso de prazo. Não configuração. Princípio da razoabilidade. Reiteração de pedido. Não conhecer.

- Os prazos legais destinados à consecução de cada ato processual, bem como o prazo total para o encerramento da instrução criminal, não são absolutamente rígidos, não tendo a sua superação, por si só, o condão de ensejar o imediato e automático reconhecimento de constrangimento ilegal por excesso de prazo para encerramento da instrução criminal.

- Não se conhece de pedido de *habeas corpus* que seja mera reiteração de anterior, já julgado (Súmula 53, TJMG).

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.081592-4/000 - Comarca de Lagoa Santa - Paciente: L.H.C.V. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Lagoa Santa - Vítima: B.M.A. - Interessado: L.R.S., V.V.B.M., P.P.R., J.T.B. - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONHECER PARCIALMENTE A IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2016. - *Júlio Cezar Gutierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de L.H.C.V., qualificado nos autos, preso preventivamente e denunciado pela suposta prática dos delitos previstos no art. 121, § 2º, I e II, e art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal Brasileiro.

Sustenta o impetrante o excesso de prazo na formação da culpa, estando o paciente preso indevidamente, sem que ocorra o encerramento da instrução criminal.

Ressalta que a defesa do paciente não deu causa ao referido atraso.

Alega que, mesmo diante de informações seguras que levam a desacreditar a peça acusatória, o magistrado manteve a prisão preventiva do paciente, em que pese inexistir os pressupostos autorizadores da medida extrema.

Pleiteia a concessão da ordem e a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Com a peça de ingresso de f. 02/14, vieram os documentos de f. 15/57.

O pedido de liminar foi indeferido pelo em. Des. Eduardo Brum (f. 65/65v), em cumprimento ao disposto no art. 79, § 5º, do RITJMG.

Requisitadas as informações de praxe, estas foram prestadas às f. 70/71, acompanhadas dos documentos de f. 72/97.

A d. outa Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 99/100, subscrito pelo il. Procurador Luis Carlos Martins Lopes, opinou pelo não conhecimento da impetração.

É o breve relato. Passo a decidir.

I - Do excesso de prazo.

Consta dos autos que o paciente se encontra preso preventivamente desde o dia 18.03.2016, pela prática, em tese, dos delitos de homicídio qualificado e associação criminosa.

Em razão da decretação da prisão preventiva do paciente foram previamente impetrados os *Habeas Corpus* de nº 1.0000.16.059387-7/000, nº 1.0000.16.019754-7/000 e nº 1.0000.16.0413335-5/000, nos quais a ordem foi denegada.

Em relação à alegação do paciente de que se encontra recolhido no cárcere por tempo excessivamente injustificado, entendo que *data venia* tal pleito não deve prosperar, em razão da complexidade da causa e da contribuição da defesa do réu e corréus para o atraso no andamento processual.

Inicialmente, importante salientar que, não obstante a lei traga prazos individualizados para cada etapa da tramitação processual, a verificação de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal deve ser feita de forma global, considerando todo o procedimento, desde

o primeiro ato processual até o término da instrução, e não o lapso de cada ato isoladamente.

Assim, conforme já salientado quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.0000.16.059387-7/000, não há que se falar em excesso de prazo para a conclusão do inquérito, para o oferecimento da denúncia, para a defesa prévia, ou para qualquer outro ato processual isolado. Há que se concluir a instrução criminal em um prazo aproximado de 120 (cento e vinte) dias.

No caso dos autos, verifica-se que o processo é complexo, com 05 (cinco) denunciados e a imputação dos delitos de homicídio qualificado e associação criminosa (f. 77/80), sendo necessária a expedição de carta precatória para citação do paciente e a realização de diligências como a expedição de ofícios para operacionalização da quebra do sigilo de dados telefônicos.

Nesse sentido foram os esclarecimentos prestados pela autoridade apontada coatora, que também ressaltou a contribuição das defesas dos réus, inclusive do paciente, para o atraso do feito:

[...] Quanto ao excesso de prazo, entendo que, não obstante o tempo em que o paciente se encontra recolhido, o prazo para a conclusão da instrução não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se necessária uma análise arrazoada para definir o excesso de prazo, não apenas uma mera soma aritmética.

No caso destes autos, especificamente, verifica-se a complexidade da causa, por se tratar de vários réus, sendo necessária, inclusive, a expedição de carta precatória para citação do paciente, o que por si só justifica a dilação do prazo de formação da culpa. Ademais, as defesas do réu e dos corréus demoraram muito tempo para apresentação de resposta escrita à acusação, o que também contribui para a demora da instrução processual (f. 71).

Atualmente o feito está aguardando o retorno de carta precatória distribuída perante a Comarca de Belo Horizonte/MG, bem como a intimação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em relação às certidões negativas de algumas de suas testemunhas, sendo que a audiência de instrução e julgamento já foi iniciada.

Assim, reconheço que o feito encontra-se atrasado. Todavia, atribuo tal delonga a entraves processuais que causam transtorno e atraso ao bom andamento processual.

Apesar de já ultrapassado o prazo previsto para o término da instrução criminal, mas não existindo outras circunstâncias que venham a evidenciar prejuízo ao paciente, por inatividade da justiça ou negligência no cumprimento das ações necessárias à instrução do feito, o constrangimento ilegal não se configura.

Dessa forma, entendo que não existem nos autos elementos suficientes para a configuração do excesso de prazo.

No tocante às alegações de ausência de indícios suficientes de autoria e falta de fundamentos para a prisão preventiva, registro que tais teses já foram analisadas por esta colenda 4ª Câmara Criminal, quando do julgamento dos *Habeas Corpus* nº 1.0000.16.019754-7/000 e nº 1.0000.16.041435-5/000, tendo a Turma Julgadora decidido nas duas oportunidades pela manutenção da custódia cautelar do paciente, com fulcro na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias dos delitos e da periculosidade do agente.

Dessa forma, nos mesmos moldes dispostos no *Habeas Corpus* nº 1.0000.16.059387-7/000, tratando-se de pleitos já analisados em outro *habeas corpus*, o entendimento firmado neste eg. Tribunal, cuja matéria foi sumulada, é no sentido de que “não se conhece de pedido de *habeas corpus* que seja mera reiteração de anterior, já julgado” (Súmula nº 53, TJMG).

Ademais, no que tange à tese negativa de autoria, cujos fundamentos foram reforçados pelo impetrante, registro que sua apreciação extrapola a via eleita, visto que requer análise pormenorizada do conjunto probatório colhido nos autos, o que é incompatível com o procedimento do *habeas corpus*.

II – Conclusão.

Por todo o exposto, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal a que possa estar sendo submetido o paciente e havendo reiteração de pedido, conheço parcialmente da impetração e, na parte conhecida, denego a ordem.

Isento de custos.

É o voto.

DES. DOORGAL ANDRADA – Ressalva.

Na sessão de julgamento realizada no dia 07.12.2016, após sustentação oral proferida pelo Dr. Fernando Costa Oliveira Magalhães, pedi vista dos autos para melhor analisá-los.

E, neste íterim, posiciono-me de acordo com o voto condutor.

Apenas a título de ressalva, faço algumas ponderações sobre o feito.

Sobre o excesso de prazo na formação da culpa, como bem destacado no voto condutor, não pode ser analisado através de uma simples operação matemática, pois se deve observar o princípio da razoabilidade que a lei empresta aos atos judiciais de uma forma em geral. O excesso de prazo se ajusta ao juízo mínimo de razoabilidade, considerando-se as circunstâncias de cada caso.

No que se refere aos autos, verifico que o paciente foi preso no dia 18.03.2016. Audiência de Instrução e

Julgamento realizada no dia 14.10.2016. Audiência em continuação designada para o dia 16.12.2016.

Apesar de constatar que o paciente encontra-se preso há pouco mais de 08 (oito) meses, deve-se salientar que a demora é justificada em virtude da comprovada complexidade da causa, em que se apuram os crimes de homicídio qualificado e associação criminosa, contando com o envolvimento de cinco réus, bem como diante da necessidade de oitiva de testemunhas, expedição de cartas precatórias e realização de diligência requerida pela defesa (f. 70-v/71).

Dessa forma, no caso dos autos, não vislumbro afronta ao princípio da razoabilidade dos prazos previstos para o encerramento da persecução penal.

Deste modo, por ser razoável o prazo que ensejará a demora no encerramento da instrução criminal, não há que se falar em constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Nesse sentido a jurisprudência do TJMG:

Habeas corpus. Roubo qualificado. Excesso de prazo na formação da culpa. Contagem global. Aplicação do princípio da razoabilidade. Não configuração. Ausência de constrangimento ilegal. Instrução próxima do fim. Ordem denegada. 1. A demora para a conclusão da instrução criminal deve ser analisada de forma casuística e nos moldes do princípio da razoabilidade, além de ater-se ao grau de complexidade e gravidade dos fatos. 2. Sendo os motivos que ensejaram a demora no encerramento da instrução criminal, relevantes e justificáveis, não há que se falar em constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ademais, destaco a instrução criminal está próxima do fim, tendo sido designada AIJ para o dia 27.02.2013. Numeração: 0014996.15.2013.8.13.0000-Relator: Des. Flávio Leite - data do julgamento: 19.02.2013 - data da publicação: 01.03.2013.

Portanto, não acredito estar havendo nos presentes autos nenhuma ilegalidade na prisão, eis que se encontra devidamente sustentada tanto nas circunstâncias do crime quanto nos motivos da prisão preventiva.

Com estas considerações, ao não vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, acompanho o em. Des. Relator e conheço parcialmente da impetração e, na parte conhecida, denego a ordem.

É como voto.

DES. CORRÊA CAMARGO - Coloco-me de acordo com o em. Des. Relator, ratificando as ressalvas feitas pelo d. 1º Vogal.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE A IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGARAM A ORDEM.

...

Crimes de desobediência - Arts. 330 e 359 do CP - Descumprimento de medidas protetivas de urgência - Lei Maria da Penha - Não caracterização

Ementa: Recurso em sentido estrito. Rejeição de parte da denúncia. Descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha. Atipicidade.

- Se descumprida a ordem judicial consistente em observar determinada medida protetiva de urgência, cabível requisitar auxílio da força policial, nos termos do § 3º do art. 22 da Lei nº 11.340/2006, bem assim decretar a prisão preventiva nos termos do art. 20 da Lei Maria da Penha.

- A existência de sanção processual cautelar consistente na prisão preventiva, isto é, na privação antecipada da liberdade do agressor que descumprir a ordem judicial e a ausência de ressalva expressa de cumulação das sanções penal e extrapenal afastam o crime de desobediência à decisão judicial.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.16.091799-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: R.G.R.M. - Relator: DES. EDISON FEITAL LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - *Edison Feital Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDISON FEITAL LEITE - Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, contra a decisão do Magistrado *a quo* que rejeitou, em parte, a denúncia oferecida, por entender que a conduta consistente no descumprimento de medidas protetivas não configura o crime previsto no art. 359 do CP.

Irresignado, sustenta o Órgão Ministerial, em síntese, que o descumprimento das medidas protetivas configura, sim, o crime previsto no art. 359 do CP.

Contrarrazões apresentadas pela defesa, pelo não provimento do recurso (f. 25/30).

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 32-TJ).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 37/38-TJ, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

Esse é o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e de processamento.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de se considerar crime de desobediência, tipificado no art. 359 do CP, o descumprimento de medidas protetivas de urgência.

A doutrina e a jurisprudência vêm considerando que somente há crime de desobediência quando inexistente, em alguma lei extrapenal, cominação de sanção civil ou administrativa. Pelo contrário, se a norma penal ressaltar expressamente a cumulação dessa eventual penalidade com a pena imposta pelo art. 359 do CP, subsiste o crime de desobediência, como ocorre, por exemplo, com a testemunha faltosa, que, segundo o art. 219 do CPP, se sujeita à prisão administrativa e ao pagamento de custas da diligência intimatória, em concurso com a pena pelo crime de desobediência.

A lei sobre violência doméstica não faz qualquer ressalva e, ademais, expressamente acrescentou ao inciso III do art. 313 do CPP a decretação da prisão preventiva se envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ao discorrer sobre o tema, ensina Fernando Capez:

Consoante a doutrina, se a norma extrapenal (administrativa, civil, processual) não fizer menção à aplicação cumulativa da sanção civil ou administrativa com o crime de desobediência, o descumprimento da ordem não configurará o crime em estudo. Por exemplo: se o motorista se recusar a retirar o automóvel de local proibido, há somente a previsão legal de sanção administrativa do CTB. É necessário que a norma extrapenal ressalve expressamente a aplicação cumulativa de ambas as sanções (administrativa ou civil, juntamente com a penal) para que o descumprimento da ordem caracterize o crime em apreço (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 559).

Portanto, se descumprida a ordem judicial consistente em observar determinada medida protetiva de urgência, será cabível requisitar auxílio da força policial, nos termos do § 3º do art. 22 da Lei nº 11.340/2006, bem assim decretar a prisão preventiva nos termos do art. 20 da Lei Maria da Penha.

Dessarte, a existência de sanção processual cautelar consistente na prisão preventiva, isto é, privação antecipada da liberdade do agressor que descumprir a ordem judicial e a ausência de ressalva expressa de cumulação das sanções penal e extrapenal afastam o crime de desobediência.

A propósito, os seguintes arestos do STJ:

Agravo regimental no recurso especial. Descumprimento de medidas protetivas. Lei Maria da Penha. Crime de desobediência. Atipicidade. - 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de

desobediência. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp 1476500/DF - 2014/0207599-7 - Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme - Desembargador convocado do TJSP - j. em 11.11.2014 - Quinta Turma - DJe de 19.11.2014).

Habeas corpus substituto de recurso ordinário. Não cabimento. Desobediência. Descumprimento de medida protetiva. Atipicidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. - 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha admite requisição de auxílio policial e também a decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, com o objetivo de garantir a execução da ordem da autoridade, afastando, desse modo, a caracterização do delito de desobediência. Precedentes. 3. Na espécie, o paciente foi denunciado pelo crime de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, porque teria descumprido medida protetiva consistente na proibição de se aproximar de sua ex-companheira, a uma distância mínima de 50m, bem como de sua residência, conduta que não configura, de forma autônoma, o crime tipificado no art. 359 do Código Penal. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar o trancamento da Ação Penal originária nº 011/2.11.0003076-3, em trâmite na Comarca de Cruz Alta/RS (STJ - HC 285959/RS - 2013/0422438-5 - Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme - Desembargador convocado do TJSP - j. em 18.11.2014 - Quinta Turma - DJe de 26.11.2014).

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Apelação. Violência doméstica. Descumprimento de medida protetiva. Delito de desobediência. Atipicidade. - 1. O descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência, uma vez que há previsão de consequência jurídica específica, como a prisão preventiva. Precedentes. 2. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que absolveu sumariamente o paciente em razão da atipicidade. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Precedente. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no HC 292730/RS - 2014/0086551-1 - Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - j. em 20.05.2014 - Sexta Turma - DJe de 05.06.2014).

Assim, o descumprimento de medidas protetivas deferidas em favor da vítima, com base na Lei Maria da Penha, não caracteriza os crimes de desobediência, previsto nos arts. 330 e 359 do Código Penal, pois as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 são cautelares e visam proteger as vítimas de abuso por parte de seus agressores. Tais medidas são progressivas, podendo evoluir até a prisão preventiva, caso as mais brandas se mostrem insuficientes para proteger a ofendida.

Por fim, deixo registrado que optei por reformar o entendimento por mim adotado nesta Câmara, para que este, assim, se amolde ao entendimento firmado pelo STJ, no sentido de que o descumprimento de medidas

protetivas deferidas em favor da vítima não caracteriza os crimes de desobediência, previstos nos arts. 330 e 359 do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, para manter a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e FLÁVIO BATISTA LEITE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crime contra a pessoa - Agressões físicas mútuas - Iniciativa da agressão - Dúvida - Absolvição

Ementa: Apelação. Lesão corporal. Agressões mútuas. Absolvição. Medida que se impõe.

- Em se tratando de briga, constituída por mútuas agressões, das quais não se tem ciência da iniciativa da agressão, obstaculiza a condenação, apenas, de um dos agressores, que, a despeito da ação lesiva, também pratica ato de legítima defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.14.098950-0/001 - Comarca de Belo Horizonte- Apelante: A.L.R.B. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.R.S.A. - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2016. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por A.L.R.B., qualificado nos autos, contra a sentença oriunda do Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que o condenou pela prática do crime de lesão corporal à pena de 4 meses de detenção, em regime aberto, sendo a pena substituída por serviços à comunidade.

Requer sua absolvição ou a redução da pena para o mínimo legal.

O recurso foi recebido pelo Juízo a quo.

A seu turno, a parte apelada pleiteou a manutenção da decisão.

Instada a se pronunciar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conhecimento.

Conheço do recurso em face do seu ajuste.

Mérito.

Analizando os autos, concluo que o apelante deve ser absolvido.

A ofendida e o apelante narraram, em juízo, que:

Que, no dia dos fatos, a depoente e o acusado discutiram, tendo havido agressões físicas mútuas, sendo que, depois de o acusado dar um tapa na depoente, caiu e bateu a cabeça do tanque; que, no momento em que estava discutindo com o acusado, portava uma faca, já que estava cortando frango para sua filha; que o acusado deu-lhe um tapa e a depoente parou de cortar o frango, sendo que o acusado achou que a depoente iria desferir-lhe uma facada, vindo a segurar o braço da depoente, salientando que a faca veio a cortar superficialmente o braço do acusado; [...] que não se recorda quem iniciou as discussões e as agressões físicas, já que discutiram por várias vezes; (f. 46).

Que a vítima estava nervosa por estar cuidando de menino e da casa, sendo que o depoente chegou e pediu para que ela fizesse suco, sendo que ela respondeu que estava muito ocupada, o que desencadeou as agressões; assim que a discussão começou, o acusado colocou o dedo em riste em direção a ela, sendo que ela se aproximou portando a faca que utilizava vindo a cortar o braço do depoente que se assustou e deu um tapa na vítima; que ficou nervoso e deu um tapa, ou seja, um empurrão forte na vítima e que esta chegou a cair; (f. 48).

Consigno, por oportuno, que a testemunha L.T.B.C. não presenciou os fatos - vide f. 47.

Nesse contexto, não havendo prova segura de quem partiram as primeiras agressões, mas apenas de que ambos agrediram e se defenderam, forçoso é reconhecer que ocorreram mutuamente.

Sobre o tema colaciono os seguintes julgados.

Não se conseguindo apurar a quem cabe a iniciativa da agressão, a melhor solução é a absolvição de ambos os contendores, pois orientação diversa pode implicar o apenamento de um possível inocente (TACRIM-SP - AC - Rel. Dínio Garcia - JUTACRIM 19/55).

Para se caracterizar a responsabilidade penal, nas lesões corporais dolosas, em caso de briga, com agressões mútuas, é fundamental que a prova esclareça quem foi o iniciador, o provocador da contenda. Se este ponto não ficou claro, devem se absolver ambos os litigantes (TACRIM-SP - AC - Rel. Pedro Gagliardi - RT 692/285).

Furto. [...] Lesão corporal. Mútuas agressões. Iniciativa. Legítima defesa. Reconhecimento. - A constatação do ínfimo valor da coisa, aliada à ausência de lesividade considerável à suposta vítima de crime de furto, autoriza a absolvição

do agente pela incidência do princípio da insignificância.

- Em se tratando de briga, constituída por mútuas agressões, das quais não se tem ciência da iniciativa da agressão, obstaculiza a condenação apenas de um dos agressores, que, a despeito da ação lesiva, também pratica ato de legítima defesa. Recurso a que se nega provimento (TJMG - Apelação Criminal (Apelante) nº 1.0325.03.900068-3/001 - Rel. Des. Tibagy Salles - p. em 20.02.2004).

Desta feita, a permanecer a dúvida, absolve o apelante.

Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para absolver o apelante, com base no art. 386, VII, do CPP.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Contravenção penal - Vias de fato - Violência doméstica - Representação - Ausência - Irrelevância - Legitimidade ativa do Ministério Público - Ação penal pública incondicionada - STF - Precedente - Execução da pena

Ementa: Apelação criminal. Contravenção penal. Vias de fato no âmbito doméstico. Ausência de representação. Decadência. ADI nº 4.424. Ação penal pública incondicionada. ADC nºs 43 e 44. Expedição da guia de execução. Necessidade.

- A ação penal, na contravenção penal de vias de fato, é pública incondicionada, nos termos do art. 17 da Lei de Contravenções Penais, mormente quando praticada violência doméstica, diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que afastou a aplicação da Lei nº 9.099/95 nas infrações envolvendo violência contra a mulher.

- Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nºs 43 e 44, entendeu-se que a norma do art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena, após esgotadas as vias recursais nesta instância.

- V.v.: - A contravenção penal de vias de fato praticada em contexto de violência doméstica contra a mulher é processada mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima (Des. Furtado de Mendonça - Vogal vencido).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.12.115676-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: L.S.P. - Apelado:

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMPARADOR VOGAL.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - Denise Pinho da Costa Val - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelação criminal interposta por L.S.P. contra a sentença de f. 64/67, que julgou procedente a denúncia e o condenou, nas sanções do art. 21 da Lei de Contravenções Penais c/c o art. 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, às penas respectivas de 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e 15 (quinze) dias de prisão simples, suspendendo a execução da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 24.04.2012, por volta das 20h50, na Rua [...], em Belo Horizonte/MG, o denunciado, prevalecendo-se das relações domésticas e familiares, praticou vias de fato contra sua ex-companheira F.P.S.

Apurou-se que o denunciado agrediu a vítima, puxando-a pelo braço e, em seguida, jogando-a no chão, bem como desferindo-lhe chutes e socos.

Assim, L.S.P. foi denunciado como incurso nas sanções do art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41 c/c o art. 61, II, alínea f, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 09.08.2012, à f. 18, e o processo seguiu os trâmites legais, culminando com a sentença registrada no dia 17.07.2014 (f. 68), da qual o réu foi pessoalmente intimado, f. 113.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação à f. 74, pugnando, nas razões de f. 76/82, pela nulidade do processo, diante da ilegitimidade ativa do Ministério Público, tendo em vista a ausência de representação da vítima dentro do prazo legal previsto no art. 38 do CPP, bem como pela extinção da punibilidade, uma vez que operada a decadência.

Requer, por fim, a isenção das custas processuais.

Contrarrazões, às f. 84/85, requerendo o Ministério Público o não provimento do apelo.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Ronald Albergaria, ilustre Procurador de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 121/123).

É o breve relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Inicialmente, cumpre registrar que a materialidade e a autoria da infração penal estão cabalmente comprovadas nos autos, não se insurgindo a defesa em relação a essas questões.

Sustenta a defesa a nulidade do processo em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público diante da ausência de representação da vítima.

Ocorre que, em se tratando de contravenção penal de vias de fato, prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41, segundo o seu art. 17, a ação penal é pública incondicionada, como todas as demais contravenções penais, não havendo, assim, exigir representação para sua propositura.

É certo que alguns juristas e aplicadores do Direito entendiam que a representação da vítima era exigível, no presente caso, como condição de procedibilidade da ação penal, ao fundamento de que, se o art. 88 da Lei nº 9.099/95 condicionou a representação da vítima aos crimes do art. 129 do CP, também seria necessário tal formalidade para a contravenção penal de vias de fato, que é infração penal menos grave que o crime de lesão corporal.

Tal entendimento, no entanto, perdeu sua razão de existir, em decorrência da ADI nº 4.424, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que afastou a aplicação do art. 88 da Lei nº 9.099/95 nas infrações envolvendo violência doméstica.

Nessa senda, vem se posicionando este egrégio Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Lei Maria da Penha. Violência doméstica. Lesão corporal. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Interesse ou representação da vítima prescindíveis à procedibilidade da persecução penal. Precedente do STF. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. - Nos termos da decisão do eg. STF, proferida no julgamento da ADI nº 4.424/DF, de caráter vinculante e efeito *erga omnes*, a retratação da ofendida ou a ausência de representação não impede o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal, instaurada com o fito de se averiguar a notícia relativa a vias de fato que a vitimaram no ambiente doméstico. Conforme interpretação e aplicação dos arts. 12, inciso I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, o eg. STF afirmou a natureza incondicionada dos crimes de lesão corporal e de contravenção penal de vias de fato, praticados contra a mulher no ambiente doméstico (*Habeas Corpus* 1.0000.14.004673-1/000 - Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira - Juiz de Direito convocado - 4ª Câmara Criminal - j. em 26.02.2014 - p. em 11.03.2014).

Recurso em sentido estrito. Decisão que rejeitou a denúncia e declarou extinta a punibilidade do réu por ausência de representação da vítima. Infração penal de vias de fato. Contravenção penal que se encontra no rol das ações de natureza incondicionada. Recurso provido. Honorários do defensor dativo. Fixação de ofício. Atuação na segunda instância. Necessidade. - A natureza da ação penal para apurar a prática da contravenção prevista no art. 21 da LCP é pública incondicionada, consoante o disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 3.688/41. - A classificação de uma conduta, como crime ou contravenção penal, não tem o condão de afastar a

aplicação da Lei nº 11.340/06. - O preceito do art. 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. - A teor do que restou decidido pelo STF na ADC nº 19 e na ADI nº 4.424, a natureza das ações regidas pela Lei nº 11.340/06 é pública incondicionada, em razão de que é desnecessária a representação da vítima. - Os honorários do defensor dativo referentes à interposição da apelação em favor do acusado devem ser fixados, ainda que não requeridos expressamente (Recurso em Sentido Estrito 1.0024.12.214998-2/001 - Relator: Des. Flávio Leite - 1º Câmara Criminal - j. em 18.02.2014 - p. em 28.02.2014).

Logo, não há como reconhecer a decadência do direito de representar, porquanto a ação prescinde da autorização da vítima.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, curvo-me ao entendimento majoritário da Suprema Corte, no sentido de que a norma do art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.

Assim, esgotadas as vias recursais nesta instância, determino a expedição da guia de execução.

Custas, nos termos da lei.

É como voto.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Pedindo vênha à eminente Des.^a Relatora, inauguro divergência de seu judicioso voto.

Conforme se vê, o apelante foi denunciado como incurso nas iras do art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41 c/c o art. 61, II, f, do CP, porque, no dia 22.04.2012, teria praticado vias de fato contra a sua companheira.

A meu sentir, malgrado já tenha entendido de forma contrária, entendo que merece acolhimento o pedido de extinção do feito requerido pela defesa de L., tendo em vista o manifesto desinteresse da vítima.

Embora o art. 17 do Decreto-lei nº 3.688/41 estabeleça que as contravenções penais se processem mediante ação penal pública incondicionada, doutrina e jurisprudência pacificaram o entendimento de que, com a edição da Lei nº 9.099/95, a representação da vítima tornou-se necessária para o oferecimento da denúncia nos casos de vias de fato. Isso porque a lesão corporal leve e a lesão corporal culposa, de acordo com o art. 88 do aludido diploma legal, somente se processam mediante representação do ofendido. Assim, sendo tais crimes mais graves do que a contravenção penal de vias de fato, por consequência lógica, deveria esta, também, estar sujeita à representação.

É certo que a Lei nº 11.340/06 prescreve, em seu art. 41, ser inaplicável a Lei nº 9.099/95 aos crimes

praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Entrementes, a referida norma faz menção a “crimes”, e não a contravenções penais, não me parecendo ser possível que se estenda a interpretação para atingir um fato menos grave que não foi expressamente mencionado pela lei.

De outra senda, não obstante o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4.424/DF, ter estabelecido que a lesão corporal leve, em contexto de violência doméstica, se processe mediante ação penal pública incondicionada, referida decisão não abrangeu as contravenções penais de vias de fato.

Na hipótese, o recorrente se vê processado pela suposta prática de contravenção penal de vias de fato, portanto um *minus* em relação ao referido delito de lesão corporal leve; e, se não há representação da ofendida, entendo que está ausente a condição de procedibilidade, porquanto deve ser dada interpretação restritiva à decisão do eg. STF. Nesse sentido,

Recurso em sentido estrito. Vias de fato. Lei Maria da Penha. Ausência de representação da vítima. Manutenção da decisão que rejeitou a denúncia em razão da decadência do direito de representar. Recurso improvido. 1 - Tratando-se de contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41, praticada no âmbito doméstico e familiar, a ação contravençional é condicionada à representação, conforme a norma contida no art. 41 da Lei nº 11.340/06, que, embora tenha excluído a aplicação da Lei nº 9.099/90, não dispensou a necessidade da representação pela ofendida. 2 - O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.424, consigna que a incondicionalidade da ação penal diz respeito apenas ao crime de lesão corporal, independentemente da gravidade do dano, não retirando a necessidade da representação da vítima no caso do delito de ameaça e na contravenção penal atinente a vias de fato. 3 - Improvimento ao recurso que se impõe (Recurso em Sentido Estrito 1.0024.12.023499-2/001 - Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel - 3ª Câmara Criminal).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para declarar extinta a punibilidade do acusado L.S.P., pela decadência do direito de representação, com fundamento no art. 395, II, do CPP e no art. 103 c/c o art. 107, IV, ambos do CP.

DES. JAUBERT CARNEIRO JAKUES - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMBARGADOR VOGAL.

...

Uso de documento falso - Ausência de prova pericial - Histórico escolar - Confissão - Prova documental - Prova testemunhal

Ementa: Apelação criminal. Uso de documento falso. Desnecessidade de realização de perícia. Falsidade do documento demonstrada por meio de outros elementos probatórios. Recurso não provido.

- A ausência de perícia no documento público não necessariamente impõe absolvição da apelante, visto que a falsidade do documento pode ser comprovada por outros elementos de prova, restando demonstrada, portanto, a materialidade delitiva, nos termos do que dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.14.315271-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: A.A.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CORRÊA CAMARGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2016. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelação criminal interposta por A.A.R., já que irredutível com a r. sentença de f. 90/93, que julgou procedente a pretensão exordial e a condenou nas sanções do art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime prisional aberto, sendo substituída a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, mais precisamente, pela prestação de serviços à comunidade e pela prestação pecuniária.

A apelante, em suas razões de recurso às f. 99/101, pleiteou a reforma da r. sentença, pretendendo a sua absolvição, alegando ausência de comprovação da materialidade delitiva.

Contrarrazões às f. 102/105, pelo não provimento do recurso.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça, às f. 109/111, opinou também pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Passa-se à decisão:

O recurso é próprio e tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

Narrou a denúncia que, em 18 de abril de 2014, nesta Capital, a denunciada teria feito uso de documento público falso.

Apurou-se que a denunciada teria apresentado à Coordenação de Educação de Trânsito/Detran-MG um histórico escolar falso do Colégio Municipal Marconi.

Oficiada, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte-PBH informou que não fora possível a autenticação do histórico escolar, em razão da inexistência de qualquer registro com o nome de A.A.R. em seus arquivos.

Como relatado, a acusada restou condenada pela prática do delito de uso de documento falso, apelando da sentença por entender que a sua absolvição se justificaria, haja vista a inexistência de perícia realizada no documento por ela apresentado.

Analisando com acuidade os autos, vê-se que razão não lhe assiste.

Não obstante a ausência de perícia no histórico escolar apresentado pela acusada, verifica-se que a falsidade do documento pôde ser atestada pela gerência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, por meio do Ofício 183/2014. Transcreve-se:

Comunicamos a V. Sª. que não foi possível autenticar o Histórico Escolar de Conclusão de Ensino Médio de A.A.R.

Foi constatada a inexistência de qualquer registro referente a esse nome no arquivo inativo da Escola Municipal Marconi.

Observaram-se algumas inconsistências no documento apresentado: o carimbo apostado na parte superior não corresponde àquele utilizado pela escola; as assinaturas e carimbos da secretaria escolar e do diretor não correspondem àqueles dos ocupantes dos referidos cargos no período em análise, as disciplinas e a carga horária não conferem com os Planos Curriculares aprovados e praticados pela escola no período compreendido entre 1986 e 1988.

Solicitamos a fineza de comunicar a A.A.R. a impossibilidade de autenticação de seu histórico escolar e de enviar-nos, via ofício, o relato dos procedimentos posteriores ao recebimento dessa comunicação para compor o processo administrativo iniciado nesta Secretaria de Educação (f. 06).

Em juízo, à f. 76, E.M.M.O., gerente da Prefeitura de Belo Horizonte, confirmou o teor do ofício de f. 06.

Se não bastasse, além do referido documento enviado pela Prefeitura, a própria a acusada, em juízo, à f. 77, também confirmou a falsidade do documento.

Sabido é que a regra prevista no art. 167 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de a prova testemunhal suprir a ausência da prova pericial quando esta não for realizada.

In casu, para haver a imprescindibilidade do laudo pericial, seria necessário que o conjunto probatório não

trouxesse elementos capazes de formar a convicção do juiz acerca da ocorrência do crime. Todavia, o que se tem é exatamente o contrário, pois que a própria ré confirma o cometimento do ilícito, o que, aliado à prova documental já mencionada, atesta a materialidade delitiva.

Neste sentido, vem decidindo este eg. Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Falsificação e uso de documento falso (CP, art. 304 c/c 297). Histórico escolar. Recurso defensivo. Pretensão absolutória. Materialidade comprovada. [...]. - A materialidade do delito previsto nos arts. 304 c/c 297, ambos do Código Penal, não prescinde da submissão do documento ao exame pericial, mormente porque a aquisição de diploma de conclusão de ensino, por si só, demonstra a ciência da falsidade do documento. [...]. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.11.105956-4/001, Relatora Des.ª Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 29.03.2016, p. em 08.04.2016).

Apelação criminal. Uso de documento público falso. Absolvção. Impossibilidade. Materialidade comprovada. Submissão do documento à perícia técnica. Prescindibilidade. Comprovação por outros meios de prova. Isenção das custas processuais. Concessão. Assistência da Defensoria Pública. - 1 - A materialidade do delito previsto nos artigos 304 c/c 297, ambos do Código Penal, não prescinde da submissão do

documento ao exame pericial, podendo a sua eventual falsidade ser comprovada por outros meios de prova. 2 - Ao réu assistido pela Defensoria Pública deve ser concedida a isenção das custas processuais (Ap. Criminal nº 1.0024.08.267568-7/001. Relator Des. Eduardo Machado, j. em 10.12.2013).

Assim, de posse do largo acervo probatório com o qual foi este feito instruído, verifica-se que as provas da materialidade do fato imputado à apelante restaram sobejamente demonstradas.

A autoria, da mesma forma, é incontestada, e, não havendo qualquer questionamento com relação a ela, torna-se prescindível analisá-la.

Da conclusão.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a bem lançada sentença recorrida.

Custas, isentas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso especial representativo da controvérsia - Rito previsto no art. 543-C do CPC - Direito penal - Furto - Momento da consumação - *Leading case* - Recurso Extraordinário nº 102.490/SP - Adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*) - Prescindibilidade da posse mansa e pacífica - Precedentes do STJ e do STF - Recurso especial provido

- Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

- Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.450 - RJ (2015/0073105-7) Relator: MINISTRO NEFI CORDEIRO

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, A Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado, fixando a seguinte tese: consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível

a posse mansa e pacífica ou desvigiada, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

A Dr.ª Thaís dos Santos Lima (Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pela parte recorrida.

Consigna-se a presença do Dr. Orlando Carlos Neves Belém (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

Brasília, 14 de outubro de 2015 - *Ministro Nefi Cordeiro* - Relator.

Relatório

OXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):
O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso especial em face de acórdão que deu provimento ao recurso da defesa para desclassificar a conduta delitiva para furto tentado. O recorrido, Makley da Silva Gonçalves, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos, *in verbis* (f. 2):

No dia 11 de setembro de 2012, por volta de 15 horas, na Rua Santa Clara, Copacabana, nesta comarca, o denunciado, livre e conscientemente, subtraiu para si um aparelho de telefone celular Apple de propriedade de Christiane Grunewald. Com efeito, a ofendida caminhava pela rua quando foi abordada pelo denunciado, que dela arrebatou o telefone celular e saiu correndo em direção à praia. Não obstante, o denunciado acabou por ser detido em flagrante e conduzido à delegacia policial, uma vez que o furto havia sido comunicado a guardas municipais que se achavam baseados na Rua Constante Ramos, para onde a ofendida se dirigiu e ingressou em uma viatura para o fim de realizar buscas do autor do crime. Os guardas e a vítima se dirigiram até as proximidades do hotel Copacabana Palace, tendo sido o denunciado localizado junto a quiosques, acabando por ser detido após ser identificado pela ofendida, sendo certo que o aparelho subtraído fora localizado dentro de suas vestes. Assim agindo, está o denunciado incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal.

Instruído o feito, foi julgada procedente a pretensão acusatória para condenar o réu à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, substituída por restritiva de direitos. Inconformada, a defesa apelou. O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a forma tentada (art. 155, c/c art. 14, II, do CP), condenar o réu à pena de 9 meses de reclusão e pagamento de 8 dias-multa. Nas razões recursais, com fundamento no

art. 105, III, a e c, da Constituição, aponta o recorrente divergência jurisprudencial e violação dos arts. 155 e 14, I, ambos do Código Penal. Argumenta, em síntese, que, para consumação do furto, como cediço em doutrina e na pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, basta o desapossamento da coisa subtraída, que se dá com a cessação da clandestinidade, não sendo necessário que o infrator tenha a posse para usar, gozar, fruir e dispor plenamente da coisa subtraída (f. 272). Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja reconhecida a consumação do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, com o afastamento da causa de diminuição de pena da tentativa e readequação da sanção (f. 279). Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (f. 321):

Recurso especial. Crime de furto. Consumação. Desnecessidade da posse tranquila da coisa subtraída. Simples inversão da posse. Teoria da *amotio*. Impossibilidade de reconhecimento da forma tentada. Jurisprudência pacífica no STJ. Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso especial.

Recebido o recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): O presente recurso especial, submetido ao rito dos recursos repetitivos, versa sobre questão de direito comum a inúmeros recursos especiais que se encontram represados na origem: o momento consumativo do delito de furto. Os fatos encontram-se devidamente delimitados na sentença (f. 164):

O crime alcançou a consumação, uma vez que o telefone celular foi alijado da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a inversão da posse do objeto, com a retirada, ainda que por pouco tempo, do poder de disposição sobre o mesmo. O Tribunal a quo deu provimento à apelação do Ministério Público para reconhecer a tentativa delitiva pelos seguintes fundamentos (f. 246): A Defesa requer o reconhecimento da tentativa, com incidência da fração máxima de redução. Para a consumação de delitos contra o patrimônio não basta a *apprehensio* da *res* pelo agente, não bastando que esta saia da esfera do alcance visual do lesado, sendo necessário que ocorra o assenhoreamento do autor sobre o bem subtraído, sendo necessário que a coisa passe a integrar o patrimônio do agente, podendo este usar, gozar, fruir e dispor da coisa subtraída, como se fosse dono. Verifica-se que houve a perseguição imediata do apelante pela vítima, que posteriormente contou com o auxílio da Polícia. O Policial informou que havia um colega seu com contato visual com o réu pela descrição física dada pela vítima, por ocasião da perseguição. Considerando que o bem foi localizado, verifica-se que o apelante não teve a plena disponibilidade dos bens. Nesse diapasão, há que se reconhecer que o delito não saiu da esfera da tentativa, devendo, portanto, ser aplicada a redução mínima pela incidência do crime tentado, eis que a mesma é a que se

mostra em consonância com o *iter criminis* percorrido, considerando que o mesmo foi bastante elevado e os apelantes ficaram bem próximos de alcançar a consumação do delito.

Cinge-se a controvérsia ao momento consumativo do delito de furto, essencialmente sobre a necessidade de que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, tendo o agente a sua posse mansa e pacífica ou a mera inversão da posse para que se considere consumado o crime de furto (e consequentemente o de roubo). A discussão foi dirimida, como cediço, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 102.490/SP, Relator Ministro Moreira Alves, em 17.09.87, publicado em 16.08.91. Confira-se a ementa do julgado:

Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. É a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 102490, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.1987, DJ 16.08.1991).

Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Pela brilhante exposição dos fundamentos, indispensável a transcrição dos seguintes excertos do mencionado *leading case*:

[...] Quatro são as principais teorias que procuram caracterizar o momento da consumação do furto (e, consequentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo):

- a) - a teoria da *contrectatio*, para a qual consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia;
- b) - a teoria da *apprehensio*, (para outros, *amotio*), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente;
- c) - a teoria da *ablatio*, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e
- d) a teoria da *illatio*, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Nos países cujos Códigos Penais usam para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como 'subtrair' ou 'tomar' - assim, na Alemanha e na Espanha - predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda

que não seja transportada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha - em que a ação que caracteriza o furto e o roubo é a *Wegnahme* (subtração, tomada) -, é francamente dominante a teoria da *apprehensio* (ou da *amotio*) sustentada, entre outros, por MEZGER (Strafrecht, II - Besonderer Teil, 6. ed. § 45, 2, p. 124, Munchen und Berlin, 1958), WELZEL (Das Deutsche Strafrecht, 11. ed., § 48, 2, 'b', p. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (Atrafgesetzbuch, 11. ed., § 242, IV, p. 975/977, Munchen und Berlin, 1963), PETERS-PREISENDANS (Strafgesetzbuch, 27. ed., § 242, 4, p. 427/428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo), basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo ('Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Täter gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen', acentuam PETERS-PREISENDANS, ob. cit., § 242, 4, p. 427). E, se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.

[...]

O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, consequentemente, a extinção da posse pela vítima.

Alguns autores - como ANTOLISEI (ob. cit., p. 211) - sustentam que a posse tem, no direito penal, conceito diverso da posse no direito civil. E, com base nisso, caracterizam a apreensão (ou seja, o apossamento pelo ladrão) como entendem que deveria ser ela caracterizada. Por isso, ora aludem a que o apossamento só se verifica quando há disponibilidade autônoma da coisa pelo ladrão, ora se referem à necessidade, para ocorrer o apossamento, de que a coisa tenha saído da esfera de vigilância da vítima.

A essa posição - a de que o conceito de posse no direito penal é diverso do conceito de posse no direito civil - há uma objeção que se me afigura irrespondível, e que é assim sintetizada por FOSCHINI (ob. cit., p. 25), com apoio nos trabalhos específicos de PANAIN e de VERNA:

[...]

Com efeito, se a lei penal não tem elementos de que se possa extrair, indubitavelmente, um conceito penalístico de posse diverso do que lhe dá o direito civil - e essa ausência de elementos ocorre, indiscutivelmente, no furto e no roubo -, não tem sentido que, em se tratando de direito penal cuja segurança dos conceitos é garantia indispensável à liberdade, se deixe ao critério subjetivo da doutrina ou dos juízes a fixação do que vem a ser posse para o direito penal, ao invés de observar a sua disciplina legal no campo do direito - que é o civil - onde se elaborou esse conceito. [...]

No Brasil, Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal*, Parte Especial, arts. 121 a 212, n.º 279, p. 264, Rio de Janeiro, 1983), ao tratar do objeto da tutela jurídica em se tratando de furto, e depois de salientar que a propriedade é atingida pela subtração e a posse pela apropriação, reconhece que:

'Para o conceito de propriedade e de posse, deve buscar-se a noção de Direito Civil. Não existem conceitos de posse e propriedade peculiares ao Direito Penal'.

Ora, em direito civil brasileiro, há posse da coisa quando ocorre, de fato, o exercício de poderes inerentes à propriedade (art. 485 do C. Civil); ela se adquire inclusive por apreensão (art. 493, I) e se perde, também, 'pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente' (art. 520, IV), sendo certo ainda que não induzem posse os atos

violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade (art. 497), e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo (art. 502).

Por aí se vê, sem maior esforço, que, para haver a aquisição da posse por apreensão e a consequente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, é preciso que se tenha poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a clandestinidade ou a violência, tanto assim que o possuidor esbulhado e, portanto, o que perdeu a posse pela apreensão de outrem) poderá restituir-se (o que implica dizer: recuperar a posse) por sua própria força, se agir imediatamente, ou após breve intervalo de tempo. Por isso diz CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 3, 3. ed., p. 31, Rio de Janeiro, 1930) - para quem logo só devia ser entendido como *in continenti*, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante o breve intervalo que:

'O desforço deve ser ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomar-lho'.

O esbulho se concretiza com a tomada violenta ou clandestina do objeto no instante em que cessou a violência ou a clandestinidade, e o ato de perseguição e retomada já constituem etapas da reintegração na posse por desforço imediato. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbacção (ameaça) à posse do ladrão.

Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto é assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código Penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz..., que a tanto vale dizer - sem apoio em qualquer penal, ou não - que não há subtração sem posse tranquila.

Se o ladrão em fuga, embora perseguido - e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa?

Para sustentar o contrário, NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, v. VII, 4. ed., n.º 7, p. 25 a 27, Rio de Janeiro, Forense, 1980), sem demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e não há), criou um sistema possessório próprio, totalmente contrário ao único existente na legislação do país que é o do direito civil, com a criação de conceitos novos - assim, o de 'posse exclusiva e sossega do ladrão' como meio de 'perda da posse, em desfalque de domínio'; e - o que é pior - com incoerências sérias, como a afirmação de que 'enquanto dura a perseguição...', não se pode dizer que o proprietário haja

perdido a posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão' e que é incompatível com a que se lhe segue, segundo a qual '...não é espoliado patrimonialmente o dominus que, atacado na sua posse, a defende *in continenti* e a retoma', e isso porque só se retoma posse que se perdeu, e o proprietário perseguidor não a teria perdido...O mais curioso, porém, é que, depois de NELSON HUNGRIA dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranquila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto 'da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro', hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranquila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí, sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado.

Encontra-se pacificado, desde então, pelos Tribunais Superiores o entendimento de que se considera como consumado o delito de furto, assim como o de roubo, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessária a posse mansa e pacífica ou desvigiada do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial.

Por oportuno, confirmam-se recentes precedentes desta Corte:

Habeas corpus substitutivo. Desvirtuamento. Furto. Momento consumativo. Inversão da posse. *Habeas corpus* não conhecido. - 1. A consumação do crime de furto se dá no momento em que a coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima e passa para o poder do agente, ainda que por breve período, sendo prescindível a posse pacífica da *res* pelo sujeito ativo do delito. 2. No caso concreto o furto ocorreu em sua forma consumada, pois após a subtração de um hidrômetro, a polícia militar foi acionada e, deslocando-se pelas imediações do local do crime, localizou o paciente portando a *res furtiva*. 3. *Habeas corpus* não conhecido (HC 220.084/MT, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 04.12.2014, DJe 17.12.2014).

Penal e processual penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Crime de furto. Absolvição. Reexame. Verbete n. 7 da súmula do STJ. Reconhecimento da forma tentada. Acórdão recorrido em harmonia com jurisprudência desta corte. Dissídio não demonstrado. Agravo desprovido. - A pretensão da defesa ao alegar que inexistem provas suficientes para a condenação do recorrente, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. - O delito de furto ou roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res*, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja retomado por perseguição policial. - Inviável o apelo nobre quando não demonstrada a sugerida divergência jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal

de Justiça. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 493.567/SP, Rel.ª Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, j. em 26.08.2014, DJe 10.09.2014).

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Furto. Consumação do crime de furto. Posse tranquila da *res*. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido. - 1. O entendimento pacificado nesta Corte, que considera consumado o crime de roubo, bem como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que haja perseguição policial e não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1346113/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.04.2014, DJe 30.04.2014).

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus originário contra acórdão unânime do Superior Tribunal de Justiça. Furto a residência mediante escalada. Momento de consumação do delito de furto. - 1. Para a consumação do furto, é suficiente que se efetive a inversão da posse, ainda que a coisa subtraída venha a ser retomada em momento imediatamente posterior. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. 2. Ordem denegada (HC 114329, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 1º.10.2013, DJe 18.10.2013).

Habeas corpus. Direito penal. Furto consumado. Reconhecimento em sede de REsp. Inexistência de ilegalidade. Princípio da individualização da pena. Ausência de violação. Ordem denegada. - O Superior Tribunal de Justiça ateve-se à questão de direito para, sem alterar ou reexaminar os fatos, assentar a correta interpretação do art. 14, II, do Código Penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada 'esfera de vigilância da vítima' e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da *res furtiva*, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Precedentes. O princípio constitucional da individualização da pena não tem relação com a definição do momento consumativo do delito. *Writ* denegado (HC 108678, Rel.ª Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 17.04.2012, DJe 10.05.2012).

Destarte, encontrando-se o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte, deve ser reformado. Assim, delimito a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: *Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. Comunique-se, imediatamente, ao Presidente do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios,

encaminhando-lhes cópia do presente acórdão, nos termos dos arts. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil e 5º da Resolução nº 8/2008 do STJ.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial representativo da controvérsia para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado, fixando a seguinte tese: consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 14 de outubro de 2015 - *Gilberto Ferreira Costa* - Secretário.

(Publicado no DJe de 29.10.2015).

...

Recursos especiais. 1. Ação de indenização decorrente de violação de direito moral e patrimonial do autor de obra arquitetônica, reproduzida em latas de tintas e material publicitário, sem sua autorização e indicação do crédito autoral. 2. Autorização do proprietário da casa retratada, mediante correlata remuneração (contrato de cessão de uso de imagem). Irrelevância. Adquirente da obra, em regra, não incorpora direitos autorais. 3. Escusa do art. 48 da Lei nº 9.610/1998 (obra situada em logradouro público). Inaplicabilidade. Utilização da obra com finalidade comercial. 4. Sanção civil. Subsunção do fato à norma sancionadora. Não verificação. 5. Violação de direito patrimonial do autor. Reconhecimento. Mensuração certa e determinada do dano material. Necessidade. 6. Violação de direito moral do autor. Ausência do crédito autoral.

Suficiência para a caracterização de dano moral indenizável. 7. Recurso especial da fabricante de tintas improvido, e recurso especial interposto pelo autor da obra parcialmente provido.

1. Especificamente em relação às obras arquitetônicas, o projeto e o esboço, elaborados por profissionais legalmente habilitados para tanto, e a edificação são formas de expressão daquelas. A construção consiste no meio físico em que a obra arquitetônica, concebida previamente no respectivo projeto, veio a se plasmar. A utilização (no caso, com finalidade lucrativa) da imagem da obra arquitetônica, representada por fotografias em propagandas e latas de tintas fabricadas pela demandada, encontra-se, inarredavelmente, dentro do espectro da Lei de Proteção dos Direitos Autorais.

2. A aquisição, em si, de uma obra intelectual não transfere automaticamente os direitos autorais, salvo disposição expressa em contrário e ressalvado, naturalmente, o modo de utilização intrínseco à finalidade da aquisição. Na hipótese dos autos, ante o silêncio do contrato, o proprietário da casa, adquirente da obra arquitetônica, não incorporou em seu patrimônio jurídico o direito autoral de representá-la por meio de fotografias, com fins comerciais, tampouco o de cedê-lo a outrem, já que, em regra, a forma não lhe pertence e o aludido modo de utilização refoge da finalidade de aquisição. Assim, a autorização por ele dada não infirma os direitos do arquiteto, titular do direito sob comento.

3. Em razão de as obras situadas permanentemente em logradouros públicos integrarem de modo indissociável o meio ambiente, a compor a paisagem como um todo, sua representação (por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais), por qualquer observador, não configura, em princípio, violação ao direito autoral. A obra arquitetônica, ainda que situada permanentemente em propriedade privada, sendo possível visualizá-la a partir de um local público, integra, de igual modo, o meio ambiente e a paisagem como um todo, a viabilizar, nesse contexto (paisagístico), a sua representação, o que, também, não conduziria à violação do direito do autor. A hipótese, todavia, não é de mera representação da paisagem, em que inserida a obra arquitetônica, mas sim de representação unicamente da obra arquitetônica, com a finalidade lucrativa. Refoge, em absoluto, do âmbito de aplicação do art. 48 da Lei nº 9.610/1998, a representação por terceiro de obra arquitetônica com finalidade comercial, que, como detidamente demonstrado, consubstancia direito exclusivo de seu autor.

4. O art. 103 da Lei nº 9.610/1998 veicula sanção civil específica pela violação de determinado direito autoral (editar fraudulentamente obra sem autorização do titular), e não, propriamente, um parâmetro de reparação pelo

dano material percebido pelo autor da obra. Na espécie, não houve edição/reprodução da obra, compreendida esta como a confecção de cópia ou exemplar da obra em si, e, muito menos, reprodução fraudulenta da obra, que pressupõe má-fé, ou seja, deliberado propósito de contrafação.

5. A mensuração do dano material deve ser certa e determinada, não comportando meras conjecturas. *In casu*, o autor deve obter a reparação pela violação de direito patrimonial, consistente na remuneração pela representação de sua obra ajustada, devidamente atualizada, nos exatos termos em que se deu a contratação entre a fabricante de tintas, de renome no seguimento, e o suposto titular do direito autoral, os proprietários da casa retratada. Inexiste razão idônea para compreender que esta contratação não observou a praxe mercadológica para a concessão dos direitos de utilização da imagem, com a prática de valores igualmente condizentes com o objeto contratado.

6. A criação intelectual é expressão artística do indivíduo; a obra, como criação do espírito, guarda em si aspectos indissociáveis da personalidade de seu criador. Nessa extensão, a defesa e a proteção da autoria e da integridade da obra ressaem como direitos da personalidade do autor, irrenunciáveis e inalienáveis. Por conseguinte, a mera utilização da obra, sem a devida atribuição do crédito autoral, representa, por si, violação de um direito da personalidade do autor e, como tal, indenizável.

7. Recurso especial da fabricante de tintas improvido, e recurso especial do autor da obra parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.562.617-SP (2015□0250795-0) - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Recorrente: Luiz Afonso Monzillo. Advogados: Kleber Cacciolari Menezes e outros, Karina Helena Callai, Rosângela Maria Oliveira Loiola. Recorrente: Basf S.A. Advogados: Letícia Mara Vaz Liveri e outros. Recorridos: Os mesmos. Recorrida: Casa das Tintas de Ourinhos Ltda. Advogados: Gustavo Joly Bomfim e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por Basf S.A. e dar parcial provimento ao recurso interposto por Luiz Afonso Monzillo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrigli (voto-vista), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília, 22 de novembro de 2016 (data do julgamento). - Ministro Marco Aurélio Bellizze - Relator.

Relatório

O EXMO. SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Luiz Afonso Monzillo e Basf S.A., partes adversas, interpõem, cada qual, recurso especial em contrariedade ao aresto proferido, à unanimidade de votos, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Uso indevido de imagem. Obra arquitetônica. Reprodução de fachada de casa situada em logradouro público em latas de tintas, mediante autorização do proprietário do imóvel. Permissivo legal de exposição do suporte, em que a obra está plasmada, não elide a necessidade de divulgar a identidade do criador. Indenização por danos morais e obrigação de fazer. Ilegitimidade passiva da casa revendedora que simplesmente divulgou os produtos da primeira ré. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recursos improvidos.

Subjaz aos presentes recursos especiais ação de indenização por uso indevido de imagem de obra arquitetônica promovida por Luiz Afonso Monzillo em desfavor de Basf S.A. (Suvnil) e Casa das Tintas de Ourinhos Ltda., aduzindo, em suma, que a imagem de obra arquitetônica de sua autoria (localizada na Alameda Central Leste, Lote 02, Quadra "F", Royal Park, Ourinhos/SP) foi utilizada pelas demandadas em propagandas e nas embalagens de tinta da marca Suvnil Acrílico, para fins comerciais, sem a sua autorização e sem a menção de seu nome nas imagens postas, tudo a vulnerar a lei de proteção aos direitos autorais, causando-lhe danos de ordem material e moral. Requereu, ao final, a condenação solidária das requeridas, a noticiar, na forma do art. 108 da Lei nº 9.610/1998, o nome do autor na imprensa, bem como ao pagamento:

- 1) de importância, a título de indenização patrimonial, em montante nunca inferior ao fixado, no valor de 5% de toda comercialização de tinta que as requeridas utilizaram-se da imagem da obra arquitetônica do autor, bem como do valor igual a 10% de todo o gasto de *marketing* com o material promocional que utilizaram da imagem em questão, abrangendo agências, gráficas, distribuição, sites etc.
- 2) de importância a título de danos morais que Vossa Excelência entender por bem fixar, em valor nunca inferior a 300 salários-mínimos para cada requerida na forma aduzida no item 2.3.2 ou aplicação analógica do valor previsto no art. 109 da Lei nº 9.610/98.

Casa das Tintas de Ourinhos Ltda. apresentou contestação em que sustentou, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Pugnou pela denúncia da lide dos proprietários do imóvel, que deram autorização expressa para a utilização da imagem para fins comerciais, bem como da empresa responsável pela foto da

obra arquitetônica. No mérito, aduziu a ausência, de sua parte, de violação dos direitos autorais alegados, notadamente porque o proprietário do imóvel cedeu os direitos pertinentes ao projeto arquitetônico (e-STJ, f. 44-55).

Basf S.A., em sua peça contestatória, infirmou integralmente a pretensão posta na exordial. Afirmou, em suma, não ter cometido nenhum ato ilícito, pois pagou R\$30.000,00 (trinta mil reais) aos proprietários do imóvel residencial para justamente obter a autorização para utilizar a imagem da mencionada casa por 20 anos nas embalagens de seus produtos, materiais publicitários etc. Ressaltou, inclusive, que os proprietários dispensaram-na de citar seus nomes na divulgação da fotografia da sua residência, desde que utilizada exclusivamente para os fins do contrato, ou seja, publicidade e promoções. Insurgiu-se contra os valores pretendidos a título de danos morais, reputando-os fora de qualquer parâmetro de razoabilidade, e materiais, assentando que estes, caso reconhecidos, devem ser limitados ao valor pago para a utilização da imagem por 20 anos (R\$30.000,00), na proporção do tempo efetivamente utilizado (e-STJ, f. 111-120).

Em primeira instância, o Magistrado de piso extinguiu o processo sem julgamento de mérito, com relação à ré Casa das Tintas de Ourinhos Ltda., por ilegitimidade passiva *ad causam*; e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar Basf S.A.:

- a) ao pagamento de indenização por danos morais fixados em R\$41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), contando os juros de mora correspondente à taxa Selic, sem correção monetária, pois já embutida na taxa Selic, desde o ato ilícito;
- b) na obrigação de divulgar a identidade do requerente como arquiteto da obra estampada nas latas de tinta que comercializa, com destaque por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação do domicílio do autor (e-STJ, f. 229-237).

Em contrariedade à sentença, o demandante Luiz Afonso Monzillo interpôs recurso de apelação, em que, basicamente, insistiu no reconhecimento da legitimidade da corrê Casa de Tintas Ourinhos Ltda., na condenação por danos materiais, na majoração do *quantum* indenizatório a título de danos morais pelo uso não autorizado da imagem de obra arquitetônica de sua autoria e na ampliação da forma de divulgação de sua identidade.

Basf S.A., por sua vez, em seu recurso de apelação, reiterou a inexistência de ato ilícito de sua parte, bem como de dano moral; subsidiariamente, pugnou pela redução da indenização e pelo redimensionamento da sucumbência, a cargo de demandante (e-STJ, f. 241-267 e 269-284, respectivamente).

Opostos embargos de declaração pelo demandante, estes restaram rejeitados (e-STJ, f. 408-412).

Basf S.A., em seu recurso especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, aponta violação do art. 48 da Lei nº 9.610/1998, além de dissenso jurisprudencial. Argumenta, em suma, que, “consoante

restou demonstrado nos autos, a imagem da fachada foi captada e reproduzida na lata de tinta mediante expressa autorização do proprietário do imóvel, situado em logradouro público, incidindo a escusa do art. 48 da Lei nº 9.610/98”, razão pela qual “jamais poderia ter havido a condenação da recorrente no pagamento de indenização a título de danos autorais de ordem moral”.

Aduz, outrossim, que “a omissão pura e simples do crédito autoral não implica o surgimento de dano de ordem moral, daqueles cuja reparação é monetária”. Ressalta, outrossim, que não é a falta de divulgação que dá ensejo ao surgimento de danos morais passíveis de indenização pecuniária, notadamente quando o autor - no caso, o recorrido - não faz qualquer prova de que sofreu abalo psicológico expressivo ou desprestígio pela omissão. Por fim, aponta a existência de dissenso jurisprudencial em relação ao *quantum* fixado a título de danos morais, pugnando, caso mantida a condenação, por sua redução (e-STJ, f. 418-427).

Por sua vez, Luiz Afonso Monzillo, em seu apelo nobre, também fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, aponta violação dos arts. 46, 48, 77 e 78 da Lei nº 9.610/1998 e suscita divergência jurisprudencial.

Sustenta, em suma, que, segundo os precedentes colacionados, reputados paradigmas, a interpretação da isenção prevista no art. 48 da Lei nº 9.610/1998, quanto à obra em logradouro público, a viabilizar sua exposição, não alberga a utilização da imagem da obra protegida para fins comerciais, notadamente por terceiro que não a encomendou, como disciplinam os arts. 77 e 78 da Lei nº 9.610/1998.

Defende que a reprodução de obra protegida, com fins comerciais por terceiro, sem autorização do autor, ainda que em logradouro público e independente da aquiescência do proprietário do imóvel, enseja a reparação moral (esta já reconhecida, a comportar, todavia, majoração) e patrimonial do autor, segundo a lei regente. Ressalta que as imagens em embalagens e propagandas da obra artística do autor, sem sua autorização e para fins comerciais, caracterizam reprodução, e não exposição da própria obra, como impropriamente entendeu o acórdão recorrido.

Requer

seja fixado o valor de indenização a título de dano patrimonial, em montante igual a 5% de toda a comercialização de tinta em que as requeridas se utilizaram da imagem da obra arquitetônica do autor, bem como de valor igual a 10% de todo gasto de *marketing* com o material promocional que usufrui da imagem em questão, abrangendo agências, gráficas, distribuição, sites etc.

Pugna, no ponto, pela aplicação analógica do art. 103 da Lei nº 9.610/1998.

Por fim, reputa irrisório o *quantum* fixado a título de dano moral, reconhecido pelas instâncias ordinárias em razão da não indicação do nome do autor da

obra arquitetônica reproduzida em suas latas, no valor de R\$41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), pugnando por sua majoração “em valor superior a 300 salários-mínimos”, utilizando-se, analogicamente, o art. 109 da Lei nº 9.6010/1998 (e-STJ, f. 450-470).

As partes, cada qual, apresentaram contrarrazões (e-STJ, f. 548-554 e 560-566).

Em juízo de prelibação, o Tribunal de origem conferiu seguimento à insurgência recursal apresentada por Luiz Afonso Monzillo (e-STJ, f. 570-572) e negou seguimento ao recurso especial interposto por Basf S.A. (e-STJ, f. 568-569), objeto de agravo interposto às f. 575-579 (e-STJ).

Para o julgamento conjunto pelo Colegiado dos Recursos Especiais, determinou-se a conversão do aludido agravo em recurso especial, com a correlata reatuação (e-STJ, f. 595).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Controverte-se no bojo dos recursos especiais em análise se o autor de projeto de obra arquitetônica, devidamente remunerado para tanto, faz jus ao ressarcimento por danos de ordem material e moral em virtude da utilização comercial da imagem da casa (com aquiescência de seu proprietário), reproduzida em propagandas e latas de tintas fabricadas pela demandada (BASF S.A.), sem sua autorização e indicação de autoria.

Debate-se, outrossim, se a autorização do proprietário da casa dada à fabricante de tintas (mediante o correlato pagamento) para reproduzir, com fins comerciais, a imagem da fachada de seu imóvel, captada, segundo alegado, em logradouro público, obsta, ou não, o direito do autor do projeto arquitetônico em obter o ressarcimento perseguido, nos termos da legislação de regência.

Passa-se ao enfrentamento do conjunto dos recursos especiais interpostos pelas partes adversas, na medida em que abordam, basicamente, os mesmos temas, naturalmente, com enfoques e reflexos distintos.

De início, releva reconhecer que o projeto, o esboço e a obra arquitetônica, expressos por qualquer meio ou fixados em qualquer suporte tangível ou intangível, consubstanciam obra de criação intelectual e, como tal, seu autor faz jus à proteção que a lei de regência lhe confere.

Nesses exatos termos, dispõe o art. 7º, X, da Lei nº 9.610/1998:

Das Obras Protegidas

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
[...]

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; [...].

Especificamente em relação às obras arquitetônicas, o projeto e o esboço, elaborados por profissionais legalmente habilitados para tanto, e a edificação propriamente construída, são formas de expressão daquelas. Veja-se, pois, que a construção consiste no meio físico em que a obra arquitetônica, concebida previamente no respectivo projeto, veio a se plasmar.

Nos dizeres de José de Oliveira Ascensão:

[...] obra de arquitetura não é a construção na sua materialidade, mas a realidade incorpórea, encarnada ou não na construção. [...] No que respeita à obra de arquitetura, ela concretiza-se com a construção. Mas já existe antes desta, no estágio do projeto. [...] A construção é o modo típico de utilização duma obra arquitetônica. É uma modalidade de utilização da obra (*Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1997. p. 416).

É de se concluir, por conseguinte, que a proteção ao direito autoral, no caso, do arquiteto, abrange tanto o projeto e o esboço confeccionados por profissional legalmente habilitado, como a obra em si, materializada na construção edificada.

Sem descurar do fato de que a principal forma de utilização e aproveitamento econômico de um projeto arquitetônico é a edificação, a lei de regência, em seu art. 29, estabelece outras modalidades de utilização da obra, sem esgotá-las (*numerus apertus*), exigindo-se, para tanto, prévia e expressa autorização do seu autor. Afinal, são direitos exclusivos do autor a utilização, fruição e disposição de sua obra (art. 28, Lei nº 9.610/1998).

Inserem-se, pois, nos modos de utilização da obra arquitetônica, entre outros, a representação por meio de fotografias, pinturas, desenhos e procedimentos audiovisuais e a reprodução do projeto em forma de maquetes, miniaturas, suvenires etc.

A partir dessas considerações de cunho conceitual, já se pode antever que a utilização (no caso, com finalidade lucrativa) da imagem da obra arquitetônica, representada por fotografias em propagandas e latas de tintas fabricadas pela demandada, encontra-se, inarredavelmente, dentro do espectro de proteção da Lei de Proteção dos Direitos Autorais.

A propósito, o direito autoral preocupa-se basicamente com a forma em que determinada ideia é explicitada/exteriorizada, e não propriamente como a ideia é concebida, que é objeto de proteção do direito industrial, como bem distingue Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 214).

Há que se inferir, nesse passo, se o contrato celebrado entre o arquiteto, autor do projeto, e o encomendante do projeto arquitetônico, proprietário do edifício

em que a obra veio a se plasmar, tem o condão de transmitir a este, por si, os direitos do autor, ou parte deles.

Como visto, uma das teses aventadas pela demandada Basf S.A., ora recorrente, é justamente o argumento de que obteve, mediante o pagamento de R\$30.000,00 (trinta mil reais), a autorização do proprietário da casa para representar a imagem desta em seus produtos e materiais publicitários, por 20 anos, pessoa que, em sua compreensão, seria a detentora do aludido direito autoral (do direito de representação da imagem da obra arquitetônica, com finalidade lucrativa).

Tal argumentação, entretanto, não tem respaldo na lei de regência.

Os direitos morais e patrimoniais sobre a obra pertencem exclusivamente ao seu autor. A Lei nº 9.610/1998, em seu art. 27, reputa, inclusive, serem inalienáveis e irrenunciáveis os direitos morais sobre a obra. Permite-se, assim, a transferência apenas dos direitos autorais de natureza patrimonial, em sua totalidade ou em parte, e a título singular ou universal (ou seja, para determinada modalidade de utilização da obra ou para todas aquelas previstas no art. 29), a depender dos expressos termos avençados.

Desse modo, a extensão dos direitos autorais (de natureza patrimonial) a serem transferidos deverá estar devidamente delimitada no contrato de licenciamento, concessão, cessão ou outro admitido em lei, adotando-se, como norte hermenêutico, sempre uma interpretação restritiva (art. 4º), e, via de consequência, favorável ao criador da obra intelectual.

Com essa diretriz, dispõe a lei de regência que, ao adquirente de uma obra, no caso, arquitetônica (que, como visto, abrange o projeto e o esboço confeccionados por profissional legalmente habilitado, como a obra em si, materializada na construção edificada), não é transmitido nenhum dos direitos do autor, salvo expressa disposição em contrário.

O art. 37 da Lei nº 9.610/1998 é claro nesse sentido:

Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Todavia, este dispositivo legal deve ser interpretado com razoabilidade.

Releva assentar, no ponto, que a aquisição, em si, de uma obra intelectual, não transfere automaticamente os direitos autorais, salvo disposição expressa em contrário e ressalvado, naturalmente, o modo de utilização intrínseco à finalidade da aquisição.

Não se pode, por óbvio, negar àquele que encomenda a confecção de um projeto arquitetônico, mediante a correspondente remuneração, vindo a adquirir a obra, o direito de materializar a criação intelectual em uma construção edificada. A edificação da construção, independente de qualquer estipulação contratual, consubstancia

a própria finalidade da aquisição do projeto arquitetônico, inquestionavelmente. Logo, o adquirente do projeto arquitetônico, implicitamente, incorpora o direito de materializar a obra arquitetônica em uma construção.

Na mesma linha de raciocínio, uma vez edificada a construção (forma de expressão da obra arquitetônica), o adquirente da obra não incorpora em seu patrimônio jurídico qualquer outro direito autoral cujo modo de utilização não seja intrínseco à finalidade da aquisição.

É dizer: se o modo de utilização da obra for inerente à finalidade de sua aquisição, o adquirente poderá dele se valer sem necessitar de qualquer autorização do autor. Do contrário, o direito é do autor intelectual e, como tal, outras modalidades de utilização da obra que não intrínsecas à finalidade de aquisição dependerão, necessariamente, de sua autorização.

Essa análise deve ser feita casuisticamente.

Com esse norte, verifica-se que o proprietário da edificação, na qual se plasma a obra arquitetônica, não incorpora, pela simples aquisição, o direito autoral de representá-la para fins comerciais. Há que se reconhecer, também, que a utilização da imagem da obra arquitetônica, representada por fotografias, com finalidade lucrativa, desborda inequivocamente da finalidade da aquisição do projeto arquitetônico (da obra, em si).

Com essa compreensão, especializada doutrina, valendo-se de renomados autores na matéria, anota:

Encomendante de um projeto arquitetônico é aquele que requisita a elaboração de um projeto com, geralmente, a finalidade de materializá-lo com a construção. No contrato de encomenda, 'a obra nasce por iniciativa de outrem (que solicita, orienta, sugere, reproduz, divulga, etc., tudo conforme o contrato)', na explicação de Edmir Araújo (1999, p. 54).

[...]

Para o saudoso Walter Moraes (1977, p. 52), o proprietário 'não pode reproduzir (vender, explorar) a obra arquitetônica pela repetição, pelas miniaturas ou por imagem, pois a forma estética não lhe pertence'. 'Mesmo que o proprietário tenha ficado com as plantas, não ficou com o direito do autor', como bem observou José de Oliveira Ascensão (1997, p. 417).

[...]

Outro grande estudioso, Carlos Alberto Bittar (2003, p. 41), também externou pensamento semelhante:

'Se um projeto arquitetônico foi encomendado para sede de um edifício, somente a esse fim se resumirá o direito do encomendante. [...] permanecendo, pois, no acervo patrimonial do autor outras modalidades de aproveitamento não contratadas (por exemplo, a repetição do projeto em outros prédios) [...] Não pode o encomendante, pois, fazer qualquer outra utilização, sem prévia consulta ao autor e a consequente remuneração específica, sob pena de violação.

Vale ressaltar que o pagamento do valor requerido pelo autor para a elaboração de um projeto encomendado não implica a transferência total da titularidade dos direitos autorais patrimoniais [...]. Pelo contrário, pois a regra geral é que nenhum direito autoral é transferido pelos simples pagamento. [...]

A esta regra cabe uma exceção, pois, no silêncio contratual, não havendo especificação quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente,

entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do mesmo.

O autor do projeto só cede o que está expresso no contrato, ou no silêncio deste, transfere os direitos a uma modalidade de utilização que seja indispensável ao contratante. Todos os demais direitos a formas de utilização de sua obra permanecem no patrimônio do autor’.

Aduz Eduardo Pimenta (2005, p. 133) que:

‘O arquiteto, quando contratado para criar um projeto, implicitamente já autorizou a edificação do projeto (o que implica em reproduzi-la nos termos lançados no papel e por consequência em executá-la), mas o proprietário não está autorizado à reprodução, quer em nova edificação, quer em fotografia’.

Portanto, não pode o encomendante do projeto arquitetônico ou de engenharia utilizar o mesmo para outra finalidade senão aquela estritamente autorizada pelo autor do projeto. No silêncio contratual, presume-se que o autor transferiu os direitos autorais para a construção de uma única edificação. Em situações como essa, o proprietário não pode, sem anuência do autor, utilizar o mesmo projeto, ou parte dele, em outra edificação’ (FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Arquitetura e engenharia com direitos autorais*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2013. p. 110-112).

Na hipótese dos autos, ante o silêncio do contrato, o proprietário da casa, adquirente da obra arquitetônica, não incorporou em seu patrimônio jurídico o direito autoral de representá-la por meio de fotografias, com fins comerciais, tampouco o de cedê-lo a outrem, já que, em regra, a forma não lhe pertence e o aludido modo de utilização refoge da finalidade de aquisição. Assim, a autorização por ele dada não infirma os direitos do arquiteto, titular do direito sob comento.

Superada essa questão, a insurgente Basf S.A., em suas razões recursais, rechaça, ainda, a conclusão do Tribunal de origem que reconheceu os direitos morais do autor da obra, sob o argumento de que a imagem da fachada da casa foi captada e reproduzida em suas latas de tinta e propagandas publicitárias, que se encontra situada em logradouro público, a incidir a escusa do art. 48 da Lei nº 9.610/1998.

Razão, todavia, não lhe assiste.

O aludido dispositivo legal dispõe:

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

Em razão de as obras situadas permanentemente em logradouros públicos integrarem de modo indissociável o meio ambiente, a compor a paisagem como um todo, sua representação (por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais), por qualquer observador, não configura, em princípio, violação ao direito autoral.

A interpretação literal do artigo poderia levar, de plano, a rechaçar a tese da recorrente Basf S.A., na medida em que a obra arquitetônica representada, no caso dos autos, encontra-se situada permanentemente

em propriedade privada. Todavia, não se pode olvidar que a obra arquitetônica, ainda que situada permanentemente em propriedade privada, sendo possível visualizá-la a partir de um local público, integra, de igual modo, o meio ambiente e a paisagem como um todo, a viabilizar, nesse contexto (paisagístico), a sua representação, o que, também, não conduziria à violação do direito do autor.

A hipótese, todavia, não é de mera representação da paisagem, em que inserida a obra arquitetônica, mas sim de representação unicamente da obra arquitetônica, com finalidade lucrativa. Refoge, em absoluto, do âmbito de aplicação do dispositivo legal sob comento a representação por terceiro de obra arquitetônica com finalidade comercial, que, como detidamente demonstrado, consubstancia direito exclusivo de seu autor.

A propósito, com essa exegese, cita-se julgado da Quarta Turma desta Corte de Justiça:

Civil e processual. Recurso especial. Violação ao art. 535. Inexistência. Ação de indenização. Danos materiais. Direitos autorais. Obra em logradouro público. Reprodução sem autorização. Cabimento. [...] II. A obra de arte colocada em logradouro da cidade, que integra o patrimônio público, gera direitos morais e materiais para o seu autor quando utilizada indevidamente foto sua para ilustrar produto comercializado por terceiro, que nem sequer possui vinculação com área turística ou cultural. [...] (REsp 951.521/MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 22.03.2011, DJe de 11.05.2011).

Revelam-se, pois, insubsistentes os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias quanto à aplicação do art. 48 da Lei nº 9.610/1998 e à idoneidade da autorização dada pelo proprietário da obra representada, para afastar a pretensão indenizatória pela violação dos direitos patrimoniais do autor da obra.

Há que se reconhecer, nessa toada, que o autor da obra arquitetônica faz jus, sim, à indenização decorrente da violação de seu direito patrimonial, consistente na contraprestação pela representação (da obra) nas latas de tinta e no material publicitário da Basf S.A. Não, todavia, nos parâmetros pretendidos pelo demandante, que, para tal propósito, pugna pela fixação dos montantes de 5% sobre a comercialização das latas de tinta e de 10% sobre gasto com o material publicitário contendo a imagem da casa, invocando a aplicação analógica do art. 103 da Lei nº 9.610/1998.

Os danos materiais devem ser certos e determinados, não se afigurando adequada, para sua mensuração, a adoção de percentuais que, no caso dos autos, longe de expressar os prejuízos efetivamente suportados (dano emergente e lucros cessantes), propiciam indevido enriquecimento sem causa.

A esse propósito, o art. 103 da Lei nº 9.610/1998 não se presta.

O referido dispositivo legal veicula sanção civil específica pela violação de determinado direito autoral (editar fraudulentamente obra sem autorização do titular), e não,

propriamente, um parâmetro de reparação pelo prejuízo percebido pelo autor da obra. A distinção é evidenciada, aliás, pela própria possibilidade de coexistência da indenização pelos prejuízos decorrentes da violação do direito patrimonial do autor com a imposição de sanção civil, desde que, nesse último caso, haja estrita subsunção do fato com a norma sancionadora, o que não se tem na espécie.

Pela pertinência, transcrevem-se os seguintes dispositivos legais:

Sanções às Violações dos Direitos Autorais

Capítulo I

Disposição Preliminar

Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis.

Capítulo II

Das Sanções Civis

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Na espécie, a demandada representou a obra arquitetônica, por meio de fotografia, estampada em suas latas de tinta e material publicitário, com fins comerciais, sem a autorização do autor (e sim do proprietário da construção em que a obra se plasmou).

Não houve edição/reprodução da obra, compreendida esta como a confecção de cópia ou exemplar da obra em si, e, muito menos, reprodução fraudulenta da obra, que pressupõe má-fé, ou seja, deliberado propósito de contrafação.

Logo, a sanção prevista no art. 103 impõe-se ao contrafator que vem a explorar economicamente a cópia ou o exemplar da obra em si, fraudulentamente reproduzida, o que, a toda evidência, não se deu na hipótese dos autos. Aliás, a sanção para tal conduta é justamente o perdimento, em favor do autor, das cópias e exemplares encontrados da obra indevidamente reproduzida, bem como de todos os valores auferidos com a sua venda, consecutórios, *in totum*, inaplicáveis à hipótese dos autos.

É certo, ainda, que as instâncias ordinárias, de modo uníssono, reconheceram o proceder probo da demandada de buscar a autorização do proprietário de imóvel, por duas oportunidades, despendendo, em contrapartida, considerável remuneração para utilizar a imagem da casa em seus produtos e materiais publicitários, tanto é assim que reputaram a autorização do proprietário da casa, agregada à escusa do art. 48 da Lei

nº 9.610/1998, suficiente para reconhecer a ausência de violação ao direito patrimonial do autor.

Tal compreensão merece reparo, mas não na extensão pretendida pelo demandante, que aponta percentuais, sem qualquer respaldo legal e absolutamente distantes do dano patrimonial efetivamente sofrido.

In casu, o autor deve obter a reparação pela violação de direito patrimonial, consistente na remuneração pela representação de sua obra ajustada, devidamente atualizada, nos exatos termos em que se deu a contratação entre a fabricante de tintas, de renome no seguimento, e o suposto titular do direito autoral, os proprietários da casa retratada.

Ressalta-se que, na oportunidade (em 17.01.2005), a contratação levou em conta, inclusive, o fato de a Basf S.A., anteriormente (em 25.10.2001), ter sido levada a erro ao adquirir, por R\$3.800,00 (três mil e oitocentos reais), o direito de representar a obra sob comento de pessoa que se intitulou, inveridicamente, proprietária da casa (e-STJ, f. 38-41 e 123).

Em 17.01.2005, os verdadeiros proprietários da edificação em que se plasmou a obra arquitetônica, embora também não titularizassem o direito autoral de representação daquela, licenciaram-no por R\$30.000,00 (trinta mil reais), por 20 anos. Em tal ajuste, não houve nenhuma estipulação de percentuais sobre a venda ou sobre o material de publicidade, em favor do suposto titular do direito autoral.

Como se vê, a demandada Basf S.A., antes mesmo do ajuizamento da presente ação, por duas oportunidades, pagou pelo direito de utilizar a obra sob comento (na modalidade representação) de pessoas que não detinham, efetivamente, a titularidade do direito autoral. Esse fato não a escusa de pagar a quem de direito (ao autor da obra), mas denota inequívoca boa-fé em tornar legítimo, desde o seu início, o uso da imagem da obra.

Inexiste razão idônea para compreender que essa contratação (datada de 17.01.2005) não observou a praxe mercadológica para a concessão dos direitos de utilização da imagem, com a prática de valores igualmente condizentes com o objeto contratado.

Não se olvida que o titular do direito autoral poderia influir nas condições contratuais. Por outro lado, poderia se cogitar que outras condições, tais como as ora perseguidas pelo demandante (percentuais sobre a venda e sobre o material publicitário), também não seriam aceitas pela fabricante de tintas. A mensuração do dano material deve ser certa e determinada, não comportando meras conjecturas. Daí a prevalência, para tal propósito, dos termos efetivamente ajustados (em 17.01.2005), sobre os quais não pairam discussões quanto à observância dos padrões de mercado, em contratos dessa natureza.

Por fim, controvertem as partes litigantes sobre o cabimento da indenização pela violação dos direitos morais do autor, notadamente em virtude da ausência de atribuição da obra representada ao seu criador.

No ponto, afastadas as demais teses expendidas pela demandada Basf S.A. (idoneidade de autorização do proprietário e aplicação do art. 48 da Lei nº 9.610/98), resta sopesar a alegação de que a omissão pura e simples do crédito autoral não implicaria, ao seu juízo, o surgimento de dano de ordem moral, notadamente quando o demandante não faz qualquer prova de que sofreu abalo psicológico expressivo ou desprestígio pela omissão. Subsidiariamente, pugna pena de redução da verba, a esse título, arbitrada na origem.

Razão, mais uma vez, não lhe assiste.

A criação intelectual é expressão artística do indivíduo; a obra, como criação do espírito, guarda em si aspectos indissociáveis da personalidade de seu criador. Nessa extensão, a defesa e a proteção da autoria e da integridade da obra ressaem como direitos da personalidade do autor, irrenunciáveis e inalienáveis.

Consubstanciam, assim, direitos morais do autor da obra intelectual, entre outros, o de ter “seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”, bem como “o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra” (art. 24, I e II, da Lei nº 9.610/1998).

Por conseguinte, a mera utilização da obra, sem a devida atribuição do crédito autoral, representa, por si, violação de um direito da personalidade do autor e, como tal, indenizável. Diversamente do que sustenta a demandada, o dano moral não é caracterizado pela dor, abalo psíquico, sofrimento, humilhação, consequências do dano, que podem ou não se fazer presentes. É, portanto, a violação a um direito da personalidade que gera dano moral, no caso inegavelmente configurado.

O art. 108 da Lei nº 9.610/1998 é explícito nesse sentido:

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;
II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;
III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Caracterizado, assim, o dano moral indenizável, o demandante, por sua vez, reputa irrisório o valor de R\$41.500,00 (quarenta mil e quinhentos reais), correspondente a 100 (cem) salários-mínimos quando da fixação (prolação da sentença, em 09.05.2008), arbitrado pelas instâncias ordinárias. Pretende a majoração do *quantum* em valor superior a 300 (trezentos) salários-mínimos, pugnando pela aplicação analógica do art. 109 da Lei nº 9.610/98.

Reitera-se a compreensão de que a sanção civil prevista no art. 109 também não serve para balizar o arbitramento do dano moral. Não há nenhuma subsunção dos fatos ora discutidos com a norma sancionatória apontada.

De todo modo, a partir das particularidades do caso, e atento às finalidades propedêuticas da reparação civil, parece-me que o arbitramento da indenização pelos danos morais em 100 (cem) salários-mínimos (à época da fixação) não se revela ínfimo, a autorizar a excepcional intervenção desta Corte de Justiça.

Efetivamente, a fixação de 100 (cem) salários-mínimos (à época do arbitramento - prolação da sentença, em 09.05.2008) encontra-se dentro de um parâmetro de razoabilidade e tem o condão de reparar, suficientemente, o dano moral suportado pelo demandante decorrente da não indicação da autoria de sua obra, a par da medida adotada na origem de obrigar a demandada a divulgar a identidade do criador, como arquiteto da obra estampada nos produtos que comercializa, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação do domicílio do autor.

Ademais, a quantia, tal como fixada, não enseja indevido enriquecimento sem causa ao demandante, afigurando-se adequada à condição econômica da demandada e, principalmente, ao seu comportamento, que, como já destacado, procedeu, desde o início da utilização da obra, imbuído de boa-fé.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao recurso especial da Basf S.A. e dou parcial provimento ao recurso especial de Luiz Afonso Monzillo, para, reconhecida a violação de direitos patrimoniais do autor pela representação de sua obra arquitetônica para fins comerciais, sem sua autorização, condenar a demandada Basf S.A. a reparar os danos materiais no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), com juros moratórios (art. 398 do Código Civil e Enunciado nº 54 da Súmula do STJ - responsabilidade extracontratual) e correção monetária (Enunciado nº 43 da súmula do STJ), a partir do evento danoso (25.10.2001). Mantida, no mais, a decisão.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, negando provimento ao recurso especial interposto por Basf S.A. e dando parcial provimento ao recurso interposto por Luiz Afonso Monzillo, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

Voto-vista

A EXMA. SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Cuida-se de recursos especiais interpostos por Luiz Afonso Monzillo e por Basf S.A., ambos com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Cinge-se a controvérsia em decidir se o autor de obra arquitetônica deve ser ressarcido a título de danos morais e patrimoniais em razão do uso comercial da imagem de casa por ele projetada em latas de tinta, catálogos de produtos e jornais, sem sua autorização e indicação de autoria.

A utilização da imagem de obra arquitetônica encontra-se sob o manto protetivo da Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998) e da lei que regula o exercício da profissão de arquiteto (Lei nº 5.194/1966), sendo certo que os direitos correlatos pertencem exclusivamente ao autor, responsável por sua criação.

Desse modo, irrelevante para a solução da controvérsia eventual autorização concedida pelo proprietário da casa, pois, não havendo transferência expressa de direitos pelo titular da obra (arquiteto), como na espécie, não se admite a exploração comercial de sua imagem por terceiros (arts. 28, 29 e 37 da LDA), sobretudo quando, conforme constou no bem lançado voto do Exmo. Relator, se trata de utilização com finalidade lucrativa que desborda dos fins intrínsecos à aquisição do projeto arquitetônico (construção da edificação).

Vale dizer, como a aquisição de um projeto arquitetônico não implica transferência automática da titularidade dos direitos autorais sobre a obra, afigura-se imprescindível àquele que objetiva dela se utilizar a obtenção de autorização prévia do autor, circunstância inócua na hipótese.

No que concerne à norma do art. 48 da LDA, segundo a qual “as obras situadas permanentemente

em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”, sua inaplicabilidade no particular decorre do fato de não versar a hipótese acerca de mera representação da paisagem em que inserida a obra arquitetônica, mas sim de representação exclusiva da própria obra, com finalidade comercial.

Em suma, no que se refere à configuração do dever de reparar os danos materiais e compensar os danos morais experimentados pelo arquiteto recorrente, bem como aos valores arbitrados a esses títulos e sua forma de cálculo, estou integralmente de acordo com o entendimento manifestado pelo Exmo. Ministro Relator.

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial interposto por Basf S.A. e dou parcial provimento ao recurso especial interposto por Luiz Afonso Monzillo, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interposto por Basf S.A. e deu parcial provimento ao recurso interposto por Luiz Afonso Monzillo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi (voto-vista), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no DJe de 30.11.2016.)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Pesca em período proibido - Crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/98 - Proteção criminal decorrente de mandamento constitucional (CF, art. 225, § 3º) - Interesse manifesto do estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos - Pretendida aplicação da insignificância - Impossibilidade - Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade - Crime de perigo que se consuma com a simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano - Entendimento doutrinário - Recurso não provido

- A proteção, em termos criminais, ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225: “[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

- Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do Estado na repressão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei nº 9.605/98.

- Essa proteção constitucional, entretanto, não afasta a possibilidade de reconhecer, em tese, o princípio da insignificância quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 12.08.14).

- A conduta praticada pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade do dano.

- O comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois ele agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso, utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, afastando, assim, já que não demonstrada nos autos, a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental, que torna atípica a conduta quando praticada

em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

- Nesse contexto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de o recorrente ter pescado em período proibido, utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.

Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 125.566 - PARANÁ - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Recorrente: Luiz Carlos Cardoso. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Recorrido: Ministério Público Federal. Procurador: Procurador-Geral da República

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de outubro de 2016. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, interposto por Luiz Carlos Cardoso contra acórdão com que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do HC nº 242.132/PR, Relator para o acórdão o Ministro Rogério Schietti Cruz.

Alega o recorrente, em síntese, que as circunstâncias do caso concreto autorizam a aplicação do princípio da insignificância.

Aduz, para tanto, que

nto da Corte de que não se admite a rejeição da impetração perante o Superior Tribunal de Justiça a pretexto de se cuidar de substitutivo de recurso especial cabível (HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe de 12.09.13).

Nesse mesmo sentido, destaco, de minha relatoria, o precedente seguinte:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Não conhecimento da impetração pelo Superior Tribunal de

Justiça, por ser substitutiva de recurso especial. Inexistência de óbice à impetração do *writ*. Precedentes. Alegação de nulidade do processo diante de irregularidades na interceptação telefônica levada a efeito por determinação de juízo distinto daquele em que instaurada a ação penal e mediante expediente diverso do inquérito policial. Nulidade inexistente. Alegação de uso de prova emprestada e de fundamentação do édito condenatório exclusivamente em elementos coligidos no inquérito. Não ocorrência. Prisão preventiva. Manutenção. Vedação ao recurso em liberdade. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Constrangimento ilegal não verificado. Recurso não provido. - 1. Não tem admitido a Corte a rejeição da impetração pelo Superior Tribunal de Justiça a pretexto de se cuidar de substitutivo de recurso especial cabível (HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. em 11.06.13). 2. A investigação e o pedido de quebra de sigilo foram legitimamente solicitados à autoridade competente da Comarca de São Bernardo do Campo/SP e, em razão da pleora de elementos indicativos do envolvimento do recorrente no crime de tráfico de entorpecentes, praticado no âmbito territorial da capital, efetivou-se sua prisão em flagrante, tendo ali sido regularmente instaurada a ação penal que culminou com sua condenação. 3. Não foi a condenação do paciente estribada em ‘prova emprestada’, porquanto somente as interceptações tiveram origem em investigação inicialmente distinta, o que, entretanto, não constitui qualquer nulidade processual nem contamina a prova lícitamente produzida. 4. A decisão judicial que autorizou a interceptação, por sua vez, segundo afirmado pelas instâncias ordinárias, está devidamente fundamentada, tendo sido validamente formalizada. As subseqüentes prorrogações estão em consonância com o magistério jurisprudencial da Suprema Corte, consolidado no sentido da ‘possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem’ (HC nº 102.601/MS, Primeira Turma, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 03.11.11). 5. Igualmente dispensável, na espécie, prévia instauração de inquérito para a autorização de interceptação e a respectiva transcrição da integralidade dos diálogos interceptados. Precedentes. 6. A manutenção da prisão cautelar do paciente, conforme se infere da decisão primeva, na qual se manteve a prisão em flagrante do recorrente, está fundada em elementos idôneos para demonstrar a necessidade da segregação cautelar, máxime ao afirmar a maior periculosidade do agente, o qual ostentaria anterior envolvimento em outras infrações penais. 7. Segundo a nossa jurisprudência ‘a gravidade *in concreto* do delito ante o *modus operandi* empregado, enseja também a decretação da medida para garantia da ordem pública por força da expressiva periculosidade do agente’ (HC nº 101.132/MA, Primeira Turma, Relator para acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 1º.07.11). 8. Recurso não provido (RHC nº 117.467/SP, Primeira Turma, DJe de 22.11.13).

Contudo, é preciso frisar que, embora as conclusões fixadas por aquela Corte Superior não se coadunem com o entendimento desta Suprema Corte a respeito do manejo inadequado do *habeas corpus*, a temática de mérito veio a ser examinada, sob o enfoque de eventual concessão de ordem de ofício, razão pela qual é possível seu reexame no presente recurso ordinário, sem a necessidade de novo julgamento do *writ* pelo Superior Tribunal de Justiça.

Fixada essa premissa, anoto que o cerne da questão é saber se a conduta do recorrente seria revestida de relevância penal suficiente para justificar uma resposta penal por parte do estado.

Começo por dizer que a proteção criminal ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225, *verbis*:

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

Aliás, não custa lembrar que o Capítulo VI da Carta foi integralmente dedicado ao meio ambiente pelo constituinte originário.

Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do estado na repressão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei nº 9.605/98.

Essa proteção constitucional, entretanto, não afasta a possibilidade de se reconhecer, em tese, o princípio da insignificância quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 12/8/14).

A título de exemplo, cito o HC nº 112.563/SC, Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, em que este colegiado reconheceu a incidência do princípio da insignificância em caso muito semelhante.

O julgado está assim ementado:

Ação penal. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do Ibama. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento (DJe de 10.12.12).

No caso paradigma, esta Segunda Turma, na voz do Ministro Cezar Peluso, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, concedeu a ordem por maioria de votos para trancar ação penal movida contra paciente que havia sido condenado por crime contra a fauna aquática (art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei Ambiental), uma vez que pescava, em período de defeso, utilizando-se de rede de pesca fora das especificações do Ibama. Assentou-se, em síntese, naquela hipótese, que a pesca de uma dúzia de camarões, mesmo com rede

inapropriada no período do defeso era insuficiente para causar dano ao meio ambiente.

Partindo desse entendimento, o caso seria de provimento do recurso para se conceder a ordem, trancando-se a ação penal. Entretanto, tenho, para mim, com a devida vênia, que o princípio da insignificância não se aplica nessas hipóteses.

Conforme destacado na denúncia, o recorrente teria sido surpreendido no Rio Paranapanema, por volta das 22h do dia 08.02.11, pescando em período de defeso (piracema). Segundo a denúncia, ele

pescava embarcado em um barco de alumínio de aproximadamente cinco metros de comprimento, no rio Paranapanema, utilizando-se de redes de emalhar nº 16, de aproximadamente 70 metros, bem como na posse de iscas vivas (pirambóias), quando foi avistado por uma equipe de agentes da Polícia Florestal, que o autuaram.

A pesca, segundo a definição do art. 36, é

todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Logo, pode-se concluir que a conduta praticada pelo recorrente pode ser considerada como um crime de perigo, que, nas palavras de Luis Paulo Sirvinskas, “é aquele que se consuma com a mera possibilidade do dano. É a colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano” (*Tutela penal no meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30).

Dito isso, anoto que a tese da defesa de que não houve violação em concreto ao meio ambiente, pois nenhum peixe foi pescado, o que é mero exaurimento, não descaracteriza a conduta praticada, que colocou em risco o bem jurídico tutelado e só não causou maiores danos à fauna aquática porque interrompida a tempo pelas autoridades ambientais.

De outra parte, o comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso, utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, afastando, assim, já que não demonstrada nos autos, a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental, que torna atípica a conduta praticada em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

Nesse contexto, não vejo como afastar a tipicidade material da conduta do recorrente, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de pescar em período proibido utilizando-se de

método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.

Conforme pertinentemente consignado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no voto proferido no HC nº 112.563/SC,

a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de delitos ambientais pelo paciente e outros pescadores, ante a certeza da impunidade de tais condutas, que estarão acobertadas pelo princípio da insignificância, levando ao esvaziamento do tipo penal previsto no art. 34 da Lei 9.605/1998.

Em complementação a esse judicioso raciocínio pode-se admitir, a título de *obiter dictum*, que um agente, ciente da sua impunidade em tais condutas - já que blindado pelo princípio da insignificância - poderia vir a atuar em conluio com outro agente na pesca em período proibido, sendo que um deles teria a função precípua de pescar e repassar, no todo ou em parte, o produto pescado para o outro, cuja função seria a de ocultá-lo em local diverso que pudesse escapar aos olhos das autoridades ambientais. Se assim o fosse, aquele pescador eventualmente flagrado no período de defeso com quantidade diminuta ou nenhum pescado poderia, em tese, se valer juridicamente do postulado da insignificância.

A meu ver, consentir com esse princípio nesse tipo de conduta pode acarretar grave risco à manutenção do equilíbrio ecológico, à preservação da biodiversidade e ao uso sustentável dos recursos naturais, como, aliás, bem colocou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC nº 112.563/SC.

Lembro, por fim, o ilustre decano da Corte, Ministro Celso de Mello, citado pelo professor Paulo Affonso Leme Machado em obra de grande fôlego, ao conceituar o direito à integridade do meio ambiente,

como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe o Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (*Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 150-151).

Assim, com a vênia antecipada daqueles que têm entendimento diverso, voto pelo não provimento do recurso.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Ausente,

justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dr.ª Ela Wiecko.

Ravena Siqueira - Secretária.

(Publicado no DJe de 26.10.16.)

...

Direito administrativo - Segundo agravo interno em agravo de instrumento - Concurso público - Mandado de segurança - Suspensão de concurso público não homologado - Possibilidade - Teoria do fato consumado - Impossibilidade - Precedentes

- Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie.

Precedente.

- É inviável a aplicação da denominada teoria do fato consumado como forma de manutenção de candidato em cargo público, em decorrência de execução provisória ou outro provimento judicial de natureza precária (RE 608.482-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki).

- Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula nº 512/STF).

Agravo interno a que se nega provimento.

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 844.835-ES - Relator: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Agravantes: Alberto Pereira da Silva e outros. Advogada: Maria Amélia Bárbara Bastos. Agravado: Estado do Espírito Santo. Procurador: Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em negar provimento

ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 11 a 17 de novembro de 2016. - *Ministro Marco Aurélio* - Presidente e Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator) - 1. Trata-se de agravo interno interposto em 10.10.2016, cujo objeto é a decisão monocrática que conheceu de agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, pelos seguintes fundamentos:

Trata-se de agravo de instrumento cujo objeto é a decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

‘Aprovação de candidatos dentro do número de vagas ofertadas no edital. Suspensões consecutivas do certame. Ato coator configurado. Direito subjetivo dos candidatos de participarem da etapa final do procedimento inaugurado pelo Edital nº 001/2000, com a garantia da entrega de documentos, apresentação e matrícula no curso de formação de que trata dito edital. Interpretação do art. 37, *caput*, da CF, segundo o método da lógica do razoável e do princípio da intangibilidade do edital. Lei nova (Lei nº 321/2005) que, *in casu*, não interfere na conclusão do certame em fase final. Segurança concedida. Recurso provido. 1. No particular, há de ser reformada a sentença que, sob uma leitura açodada dos fatos na ótica da discricionariedade administrativa, contrasta com a exegese fundada em princípios constitucionais positivados no art. 37, *caput*, incisos I e II, da CF/1988. *In casu*, não é razoável e tampouco lícito o ato da Administração Pública de revogar o concurso dos apelantes, notadamente sob o argumento de que uma lei editada no ano de 2005 tenha modificado os critérios de ingresso à carreira de sargento combatente, porque, desde janeiro de 2003, os recorrentes já tinham sido aprovados - dentro do número de vagas estabelecido no edital para participar das duas últimas singelas etapas do certame, isto é, restava a eles serem chamados para fazerem as 6ª (sexta) e 7ª (sétima) etapas do concurso, prevista no Capítulo X do Edital, ou seja, a entrega da documentação, a apresentação e matrícula no Curso de Formação de Sargento Combatente (f. 354). 2. Sob a ótica do método de interpretação da lógica do razoável, mesmo com o advento de lei (Lei nº 321/2005) que acrescenta regras sobre o ingresso no cargo disputado pelos candidatos/apelantes, é censurável o ato do administrador que revoga ou anula o concurso público que se encontra em fase final de conclusão, notadamente porque, como ocorre na hipótese dos autos, a eventual extinção do certame não será considerada ato discricionário, mas ato contrário ao interesse público, isto é, prejudicial a todo o trabalho investido e desenvolvido até então para a consecução da estruturação e capacitação da máquina estatal. 3. A postura do administrador deve ser tal que seus atos atinjam a consecução do interesse público primário e secundário, mas, sobremaneira, sem menoscabo à dignidade daqueles cidadãos que lutam para alcançar o tão sonhado cargo público. Precedente. (STF - RMS nº 23657, Relator Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 09.11.2001). 4. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. Pedido inicial julgado procedente, concedendo a segurança postulada pelos apelantes e determinando à autoridade coatora e ao Estado recorrido que procedam à imediata continuidade do certame, mediante convocação dos recorrentes para

concluírem as 6ª (sexta) e 7ª (sétima) etapas do concurso, para, ao final, se aprovados, obterem a graduação de 3º sargento de que trata o Edital nº 001/2000. Condenação da recorrida ao pagamento das custas processuais. Sem honorários (Súmula 512, do STF).’

O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. A parte recorrente alega violação aos arts. 2º e 37, I, da Constituição Federal.

O Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco opina pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário, em parecer assim ementado:

‘Agravo de instrumento. Constitucional e Administrativo. Concurso público. Suspensão. Certame ainda não homologado pode ser suspenso pela Administração. Parecer pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário. O recurso deve ser provido. O entendimento do Tribunal de origem não está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, quanto a processos seletivos para cargo público, enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie (RE 318.106, Rel.º Min.º Ellen Gracie).’

Outros precedentes: MS 27160, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ARE 713.437 e ARE 758.444, ambos de minha relatoria.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença.

2. A parte agravante alega que o provimento do recurso extraordinário, com a consequente denegação da ordem de segurança, violou princípios constitucionais elementares. Traz várias questões fáticas sobre o concurso público e a atual situação dos recorrentes. Questiona como ficará a situação dos atos oficiais emanados pelos então sargentos, bem como das promoções por tempo de serviço. Pede, por fim, a aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para reconsideração da decisão agravada.

3. A parte agravante pede o benefício da assistência judiciária gratuita.

4. É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator) - 1. O agravo não deve ser provido, tendo em vista que a parte recorrente não traz argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

2. De início, defiro o pedido de assistência judiciária gratuita.

3. O fundamento trazido pelo recorrente de que os candidatos estavam aprovados no concurso público não se sustenta. Não se pode considerar aprovado em concurso público o sujeito que não tenha realizado todas as etapas previstas no edital. Ademais, o concurso foi anulado antes de terminadas suas fases por indícios de fraudes em sua realização e por novos critérios de ingresso ao cargo estabelecidos em lei. Esse entendimento está alinhado com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar

as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie” (RE 318.106, Rel.º Min.º Ellen Gracie) (grifei).

4. Outros precedentes: MS 27160, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ARE 713.437; e ARE 758.444, ambos de minha relatoria.

5. Quanto às questões trazidas pelo agravante, o Plenário desta Corte, no RE 608.482-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, assentou a inviabilidade da aplicação da denominada teoria do fato consumado como forma de manutenção de candidato em cargo público, em decorrência de execução provisória ou outro provimento judicial de natureza precária. Confirma-se a ementa do referido julgado:

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Candidato reprovado que assumiu o cargo por força de liminar. Superveniente revogação da medida. Retorno ao *statu quo ante*. Teoria do fato consumado, da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica. Inaplicabilidade. Recurso provido. - 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido.

6. Veja-se o seguinte trecho do voto do Relator que explica os efeitos da revogação de uma segurança concedida:

(Tópico 3)

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida - ou seja, a nomeação e posse em cargo público - se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais - que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao *statu quo ante* -, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc*, sem aptidão

alguma, consequentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Com efeito, é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos *ex tunc*. Em se tratando de mandado de segurança, há até mesmo súmula do STF a respeito (Súmula 405: 'Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária'). A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: 'o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente' (inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, 'ficam sem efeito', 'restituindo-se as partes ao estado anterior' (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao *statu quo ante*, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

A doutrina é unânime a respeito, cumprindo referir, por todos, a lição didática de Humberto Theodoro Júnior:

'Não há dúvida que a teoria do risco, no campo da tutela cautelar, foi adotada pelo CPC e amplamente acatada pela doutrina, como melhor, mais justa e jurídica opção do legislador. Com efeito, tem-se a responsabilidade objetiva do art. 811 'como contrapartida do juízo provisório e superficial que justifica a concessão da cautelar [...]. Quem pleiteia em juízo, valendo-se apenas dos aspectos da probabilidade, há que indenizar a parte contrária sempre que esta, em um melhor exame, demonstrar a sua razão. É o risco e sua assunção andando lado a lado'.

Não se trata, em síntese, de sancionar a má-fé, mas apenas de cobrar do promovente da medida cautelar o prejuízo acarretado ao requerido, visto que tudo se passou sob o pálio de um juízo provisório e superficial próprio da tutela emergencial prestada por conta e risco da parte que, afinal, veio a decair de sua pretensão.

[...]

Pontes de Miranda já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588, CPC (atual art. 475-O), a toda e qualquer execução provisória fundada em 'outros títulos que a sentença'.

Daí se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273) ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 475-O).

As medidas de antecipação de tutela não de receber igual tratamento das medidas cautelares não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares - tutela provisória de urgência -, como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao antigo art. 588, submetendo-as ao disposto nos incisos I e II do citado dispositivo legal.

O inciso III do art. 588 estabelecia, expressamente, a responsabilidade civil do exequente (de sentença não definitiva ou de medida de antecipação de tutela) pela restituição do requerido ao *statu quo ante*, caso sobreviesse acórdão que modificasse ou anulasse a sentença que fora objeto de execução.

[...]

Não se indagava de má-fé, dolo ou culpa, grave ou leve. Bastava que a parte tivesse assumido o risco de promover em seu favor a execução de medida judicial provisória, despida de segurança e definitividade. O regime do art. 588 foi mantido pelo atual 475-O.

Já afirmava Pontes de Miranda, com respaldo em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que 'o exequente, na execução provisória, assume o risco de não ser vencedor na via recursal. A volta ao *statu quo ante* por vezes acarreta indenização de danos, inclusive morais. Não se indaga se houve dolo, ou culpa. O ato de executar provisoriamente entra no mundo jurídico como ato-fato lícito, que dá causa à reparação, por se ter de repor o *statu quo ante*'.

[...]

As medidas de antecipação de tutela acham-se vinculadas à cláusula legal de reversibilidade. Proíbe a lei a concessão de qualquer antecipação de tutela que crie simplesmente o perigo da irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). E para assegurar a reversibilidade, no caso de insucesso da parte autora no julgamento final da causa, é claro que o sucumbente deverá responder, amplamente, pela reposição das coisas no seu *statu quo ante*. Isto se dará independentemente de apuração de culpa ou dolo, porque se trata de emanção natural do sistema da lei, que assegura à parte a plena utilidade e completa efetividade dos resultados do processo.

Se, pois, a antecipação se dá sob a garantia legal de reversibilidade e se a reversão terá de ser feita com a restituição das partes ao estado anterior, forçosamente a recomposição patrimonial do prejudicado só poderá correr por conta de quem promoveu a execução de medida substancialmente provisória.

Por fim, impende concluir que, se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero - a tutela de urgência -, porque ambas têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, acertos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte' (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 715-719).

Especificamente sobre o tema aqui examinado, calha a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha:

A antecipação de tutela acarreta a imediata execução ou efetivação da medida, consistindo, em verdade, numa execução provisória. Significa que o regime da execução provisória é aplicável à efetivação da tutela antecipada, pondo-se em evidência a regra do inciso II do art. 475-O do CPC: 'revogada, modificada ou anulada a decisão antecipatória, fica sem efeito a tutela antecipada, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos por arbitramento'.

Daí por que deferida tutela antecipada para determinar, por exemplo, a manutenção de um candidato num concurso público, a posterior revogação, anulação ou cassação da medida antecipatória impõe a restituição ao estado anterior: 'o candidato deve ser considerado eliminado do certame, não se aplicando a teoria do fato consumado' (CUNHA,

Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 248-250).

‘O que se quer realçar com essa digressão sobre a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças é que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *statu quo ante*, invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima’.

7. Vale esclarecer que a denegação da ordem, com consequente retorno dos agravantes ao *status quo* anterior, não invalida os atos praticados. É pacífico o entendimento de que os efeitos da anulação de ato administrativo retroagem à sua emissão, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé (AI 522.905 - AgR-terceiro, Rel. Min. Teori Zavascki).

8. No julgamento do citado paradigma, divergi do Relator quanto a alguns pontos. Proferi voto no sentido de ser necessária a ponderação entre os princípios da obrigatoriedade do concurso público e da proteção da confiança. Ressaltei que, mesmo diante da potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da posse em cargo público, determinada por decisão judicial prolatada há décadas, pode, presentes determinadas situações, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando forte abalo à segurança jurídica. Propus os seguintes parâmetros específicos a serem verificados pelos Tribunais brasileiros na análise dos casos concretos: (i) permanência no cargo por mais de cinco anos; (ii) plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; e (iii) presença de decisão de mérito proferida em segunda instância.

Após a votação dos demais membros desta Corte, fiquei vencido em meu entendimento, prevalecendo os termos do voto do Relator, Ministro Teori Zavascki, o qual foi aplicado no paradigma. A uniformidade possível da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é um valor a ser preservado. Por essa razão, curvo-me à compreensão dominante.

10. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quando da lei nova, fixando critérios para acesso ao cargo, o agravante já tinha sido aprovado - sentença proferida. Logo, não cabia, ante a situação jurídica aperfeiçoada, observar a lei inovadora. Provejo o agravo para que o extraordinário tenha regular trânsito.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, Sessão Virtual de 11 a 17.11.2016.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Brasília, 11 a 17 de novembro de 2016. - Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no DJe 18 de novembro de 2016.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.15.014549-8/000	Ação Penal - Ordinário	Muzambinho	Antônio Carlos Cruvinel	41
1.0000.16.070327-8/001	Agr.Interno Cível	Belo Horizonte	Sandra Fonseca	41

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.034324-0/000	Mand.Seg.Col	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	231
1.0000.16.052399-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mônica Libânio Rocha Bretas	252
1.0002.11.002554-7/001	Ap.Cível	Abaeté	Albergaria Costa	113
1.0002.13.001024-8/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Abaeté	Gílson Soares Lemes	71
1.0019.14.000461-5/001	Ap.Cível	Alpinópolis	Mariza de Melo Porto	59
1.0024.06.234684-6/008	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	284
1.0024.08.096695-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cláudia Maia	265
1.0024.10.183469-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Sérgio André da Fonseca Xavier	282
1.0024.12.282333-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Arnaldo Maciel	286
1.0024.13.165887-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Roberto Soares de Vasconcellos Paes	276
1.0024.14.005548-4/001	Ap.Cível/Rem.Nec.	Belo Horizonte	Yeda Athias	131
1.0024.14.006288-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Amauri Pinto Ferreira (JD conv.)	134
1.0024.14.052254-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Armando Freire	242
1.0024.14.109955-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Moreira Diniz	271
1.0024.15.046199-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Ana Paula Caixeta	240
1.0024.15.137109-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Lílian Maciel Santos (JD conv.)	275
1.0035.15.021837-4/001	Ap.Cível	Araguari	Luciano Pinto	199
1.0042.16.004128-3/001	Agr.Instr.Cível	Arcos	José Arthur Filho	301
1.0059.02.000120-8/002	Ap.Cível	Barroso	João Cancio	48
1.0059.11.001098-6/001	Ap.Cível	Barroso	Raimundo Messias Júnior	88
1.0071.15.001251-7/001	Ap.Cível	Boa Esperança	Carlos Roberto de Faria	92
1.0079.14.059822-2/001	Ap.Cível	Contagem	Ângela de Lourdes Rodrigues	257
1.0080.11.002288-8/001	Ap.Cível	Bom Sucesso	Luís Carlos Gambogi	108
1.0105.09.316734-1/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	José de Carvalho Barbosa	287
1.0105.10.023918-2/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Gov.Valadares	Oliveira Firmo	204
1.0105.11.033646-5/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	José Flávio de Almeida	225
1.0106.15.004591-7/001	Ap.Cível	Cambuí	Belizário de Lacerda	303
1.0126.12.001076-7/001	Ap.Cível	Capinópolis	Eduardo Mariné da Cunha	82
1.0134.10.007409-2/002	Ap.Cível/Rem.Nec.	Caratinga	Wilson Benevides	135
1.0145.11.001000-9/003	Ap.Cível	Juiz de Fora	Márcio Idalmo Santos Miranda	68
1.0145.11.025979-6/005	Ap.Cível	Juiz de Fora	Estevão Lucchesi	216

1.0145.15.019749-2/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Rogério Medeiros	190
1.0183.15.003257-5/001	Ap.Cível	Cons.Lafaiete	Moacyr Lobato	126
1.0191.14.002343-0/001	Ap.Cível	Corinto	Alexandre Santiago	111
1.0216.16.002609-4/001	Agr.Instr.Cível	Diamantina	Corrêa Júnior	114
1.0223.12.000163-9/002	Ap.Cível	Divinópolis	Mota e Silva.....	51
1.0223.12.021479-4/002	Ap.Cível	Divinópolis	Amorim Siqueira	197
1.0236.14.001474-7/001	Ap.Cível	Elói Mendes	Antônio Bispo	94
1.0259.11.000426-6/001	Ap.Cível	Ferros	Elias Camilo	54
1.0271.14.000657-5/001	Ap.Cível	Frutal	Edgard Penna Amorim	64
1.0280.08.023847-8/001	Ap.Cível	Guanhães	Maurílio Gabriel	201
1.0287.13.003207-4/001	Ap.Cível	Guaxupé	Otávio de Abreu Portes	122
1.0290.14.003238-1/001	Ap.Cível/Rem.Nec.	Vespasiano	Audebert Delage	124
1.0301.07.028442-9/001	Ap.Cível	Igarapé	Luiz Arthur Hilário	220
1.0301.12.008191-6/001	Ap.Cível	Igarapé	Domingos Coelho	146
1.0313.12.020315-0/001	Ap.Cível	Ipatinga	Álvares Cabral da Silva	191
1.0317.11.011259-4/001	Ap.Cível	Itabira	Wander Marotta	158
1.0317.14.004724-0/002	Ap.Cível/Rem.Nec.	Itabira	Hilda Teixeira da Costa	128
1.0319.13.003557-3/001	Ap.Cível	Itabirito	Alberto Henrique	295
1.0324.15.000930-0/001	Ap.Cível	Itajubá	Newton Teixeira Carvalho	65
1.0338.08.070829-4/002	Ap.Cível	Itaúna	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	260
1.0351.12.001521-6/001	Ap.Cível	Janaúba	Alice Birchall	97
1.0362.12.001180-8/001	Ap.Cível	João Monlevade	Dárcio Lopardi Mendes	90
1.0382.12.016811-9/001	Ap.Cível	Lavras	José Marcos Rodrigues Vieira	188
1.0382.13.000293-6/001	Ap.Cível	Lavras	Marcelo Rodrigues	53
1.0382.15.012052-7/001	Ap.Cível	Lavras	Alberto Diniz Junior	164
1.0390.12.001638-6/001	Ap.Cível	Machado	Paulo Balbino	99
1.0408.14.000434-7/002	Ap.Cível	Matias Barbosa	Saldanha da Fonseca	57
1.0433.11.012917-1/002	Ap.Cível/Rem.Nec.	Montes Claros	Áurea Brasil	175
1.0433.11.034496-0/001	Ap.Cível	Montes Claros	Manoel dos Reis Moraes	233
1.0433.12.012589-6/001	Ap.Cível	Montes Claros	Vicente de Oliveira Silva	166
1.0433.12.033102-3/001	Ap.Cível	Montes Claros	Aparecida Grossi	222
1.0433.14.003964-8/002	Ap.Cível	Montes Claros	Vasconcelos Lins	297
1.0471.08.106545-3/004	Ap.Cível	Pará de Minas	Tiago Pinto	266
1.0471.09.113936-3/003	Ap.Cível	Pará de Minas	Renato Dresch	272
1.0471.15.007561-5/002	Ap.Cível	Pará de Minas	Evangelina Castilho Duarte	141
1.0472.05.008693-4/001	Ap.Cível	Paraguaçu	Heloísa Combat	150
1.0474.09.041779-8/001	Ap.Cível	Paraopeba	Peixoto Henriques	306
1.0476.14.001044-0/003	Ap.Cível	Passa-Quatro	Edilson Fernandes	81
1.0476.16.000091-7/001	Ap.Cível	Passa-Quatro	Afrânio Vilela	46
1.0479.15.009552-5/001	Ap.Cível	Passos	Kildare Carvalho	154
1.0481.14.001032-5/001	Ap.Cível	Patrocínio	Jair Varão	77
1.0567.13.004689-7/001	Ap.Cível	Sabará	Washington Ferreira	304
1.0570.11.000003-3/002	Ap.Cível	Salinas	Luiz Carlos Gomes da Mata	45
1.0637.11.004099-4/001	Ap.Cível	São Lourenço	Pedro Aleixo	299
1.0637.14.009776-6/001	Ap.Cível	São Lourenço	Marcos Lincoln	156

1.0687.15.002826-8/001	Ap.Cível	Timóteo	Juliana Campos Horta	117
1.0693.14.007844-7/001	Ap.Cível	Três Corações	Veiga de Oliveira	143
1.0701.10.033891-5/002	Ap.Cível	Uberaba	Ronaldo Claret de Moraes (JD conv.)....	228
1.0701.11.014079-8/001	Ap.Cível	Uberaba	Alberto Vilas Boas	183
1.0701.16.001910-8/001	Ap.Cível	Uberaba	Bitencourt Marcondes	106
1.0702.09.581893-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	Mariângela Meyer	290
1.0702.11.011815-6/001	Ap.Cível	Uberlândia	Antônio Sérvulo	161
1.0702.12.058097-3/001	Ap.Cível	Uberlândia	José Augusto Lourenço dos Santos	255
1.0702.14.046114-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	Judimar Biber	236
1.0707.12.023959-5/001	Ap.Cível	Varginha	Valdez Leite Machado	210
1.0707.14.025497-0/001	Ap.Cível	Varginha	Evandro Lopes da Costa Teixeira	214
1.0718.15.001828-8/001	Ap.Cível	Virginópolis	Shirley Fenzi Bertão	101
1.0720.12.002964-3/001	Ap.Cível	Visc.Rio Branco	Marco Aurelio Ferenzini	119

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.064464-7/000	HC Criminal	Santa Luzia	Renato Martins Jacob	399
1.0000.16.081592-4/000	HC Criminal	Lagoa Santa	Júlio Cezar Gutierrez	402
1.0003.16.000410-1/001	Ap.Criminal	Abre-Campo	Eduardo Brum	320
1.0024.12.115676-4/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Denise Pinho da Costa Val	407
1.0024.14.009196-8/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Doorgal Andrada	384
1.0024.14.098950-0/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Alexandre Victor de Carvalho	406
1.0024.14.315271-8/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Corrêa Camargo	410
1.0024.16.091799-3/001	Rec.Sent.Estrito	Belo Horizonte	Edison Feital Leite	405
1.0027.03.008795-4/001	Ap.Criminal	Betim	Fernando Caldeira Brant	381
1.0035.13.014636-4/001	Rec.Sent.Estrito	Araguari	Fortuna Grion	390
1.0040.11.006861-2/002	Ap.Criminal	Araxá	Marcílio Eustáquio Santos	371
1.0040.12.007193-7/006	Ap.Criminal	Araxá	Antônio Carlos Cruvinel	375
1.0079.14.047305-3/001	Ap.Criminal	Contagem	Júlio César Lorens	397
1.0103.12.001081-6/001	Ap.Criminal	Caldas	Paulo César Dias	327
1.0118.12.000591-3/001	Ap.Criminal	Canápolis	Sálvio Chaves	324
1.0134.10.014471-3/001	Ap.Criminal	Caratinga	Maria Luíza de Marilac	386
1.0145.13.022492-9/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Pedro Coelho Vergara	391
1.0145.15.007423-8/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Furtado de Mendonça	377
1.0223.15.022933-2/001	Ap.Criminal	Divinópolis	Catta Preta	393
1.0313.10.005230-4/001	Rec.Sent.Estrito	Ipatinga	Alberto Deodato Neto	366
1.0342.13.003665-6/001	Ap.Criminal	Ituiutaba	Beatriz Pinheiro Caires	358
1.0343.12.001114-7/001	Ap.Criminal	Itumirim	Agostinho Gomes de Azevedo	329
1.0343.12.001206-1/001	Ap.Criminal	Itumirim	Eduardo Machado	333
1.0394.10.001923-8/001	Ap.Criminal	Manhuaçu	Jaubert Carneiro Jaques	346
1.0408.14.000213-5/001	Ap.Criminal	Matias Barbosa	Rubens Gabriel Soares	312
1.0431.12.006369-5/001	Ap.Criminal	Monte Carmelo	Nelson Missias de Morais.....	369
1.0431.15.001225-7/001	Ap.Criminal	Monte Carmelo	Octavio Augusto de Nigris Boccalini	337 ..

1.0461.12.000544-6/001	Ap.Criminal	Ouro Preto	Kárin Emmerich 322
1.0521.16.002899-4/001	Ap.Criminal	Ponte Nova	Cássio Salomé 352
1.0557.12.000013-7/001	Ap.Criminal	Rio Piracicaba	Flávio Leite 311
1.0637.14.001814-3/001	Agr.Exec.Penal	São Lourenço	Wanderley Paiva 343
1.0672.13.003778-7/001	Ap.Criminal	Sete Lagoas	Adilson Lamounier 360
1.0693.15.004376-0/001	Agr.Exec.Penal	Três Corações	Paulo Calmon Nogueira da Gama 364
1.0702.15.024679-2/001	Ap.Criminal	Uberlândia	Matheus Chaves Jardim 396

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Ministro
1.524.450-RJ	Recurso Especial	Nefi Cordeiro 413
1.562.617-SP	Recurso Especial	Marco Aurélio Bellizze.....417

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Ministro
125.566-PR	Recurso Ordinário em HC	Dias Toffoli 427
844.835-ES	Segundo Agr.Reg.no Agr.Instr.	Roberto Barroso 430

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABANDONO AFETIVO

Danos morais - Paternidade - Reconhecimento tardio - Responsabilidade subjetiva - Parentalidade socioafetiva - Ausência de culpa - Inexistência de dano 233

AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Incêndio - Documento comum - Honorários sucumbenciais 190

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Aquisição de veículo de luxo - Veículo automotor 4X4 - Prefeito - Procedimento licitatório - Licitação - Ato ímprobo - Ato administrativo - Ato discricionário - Mérito administrativo - Poder Judiciário - Princípio da razoabilidade ... 306

Bem público - Lei municipal de desapropriação e alienação - Área institucional contida em loteamento - Vedação 124

Construção de praça de pedágio em rodovia - Observância da legislação ambiental e autorização dos órgãos competentes - Indenização pretendida - Descabimento - Ausência de impacto ambiental significativo - Sentença - Nulidade - Falta de fundamentação - Inocorrência 260

Dano ambiental - Construção irregular - Área de preservação permanente - Ato ilícito - Dano efetivo - Ausência Demolição - Descabimento - Laudo técnico - Prova - Recuperação da flora - Manutenção do *status quo* - Indenização - Improcedência 150

Vereador - Reembolso de despesas de viagem - Locação de veículo - Improbidade administrativa - Utilização de recursos públicos para interesse particular - Violação aos princípios da administração pública - Moralidade administrativa - Dolo - Má-fé - Arrependimento e devolução de valores - Irrelevância - Dosimetria da pena - Princípio da subsunção 135

AÇÃO COMINATÓRIA

Indenização por danos materiais e morais - Defeito de veículo automotor - Vício de qualidade - Cobertura - Período de garantia contratual - Substituição de veículo - Concessionária - Fabricante - Dano moral - Honorários advocatícios 57

AÇÃO DE ABERTURA DE TESTAMENTO

Preliminares - Rejeição - Representação processual - Procuração - Irregularidade - Ausência de prejuízo - Deserção - Justiça gratuita - Não apreciação do pedido - Deferimento - Presunção - Procedimento de jurisdição voluntária -

Ausência de lide - Regularidade formal - Verificação - Homologação - Questões de alta indagação - Ajuizamento de ação própria - Necessidade 240

AÇÃO DE ANULAÇÃO

Penhora - Arrematação - Preliminares - Rejeição - Representação processual - Instrumento de mandato - Procuração - Ausência - Defensoria Pública - Art. 74, XI, da LC/MG 65/2003 - Não exigência - Ofensa à coisa julgada - Art. 337 do NCPC/ 2015 - Identidade de partes - Pedido - Causa de pedir - Não ocorrência - Fiança - Ausência de outorga uxória - Invalidade do negócio jurídico - Prazo de decadência - Art. 1649 do CC - Preclusão - Inexistência - Estado civil - Informação inverídica - Meação da esposa - Preservação 216

AÇÃO DE COBRANÇA

DPVAT - Condição da ação - Documento - Prévio pedido administrativo - Interesse processual - Extinção do processo sem resolução de mérito 199

Instituição de ensino - Efetivação de matrícula - Desistência ou trancamento - Ônus da prova - Mensalidades escolares - Pagamento - Obrigação..... 111

Seguro de vida em grupo - Diárias por incapacidade temporária - Doença psicológica - Assalto durante o trabalho - Exclusão de cobertura - Cláusula contratual - Clareza 117

Servidor municipal - Aposentadoria - Regime geral de previdência - Complementação dos proventos - Pretensão à aplicação das normas de regime próprio - Lei local 64

AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA E EXTINÇÃO DE USUFRUTO

Legitimidade ativa - Ação proposta por donatários de imóvel que é de usufruto vitalício parcial do suposto desaparecido - Interesse de agir configurado - Ausência que corrobora a demonstração do não uso da coisa para fins de extinção do usufruto 92

AÇÃO DE DESPEJO

Contrato de locação comercial - Denúncia vazia - Preliminares - Apelação - Interposição - Prazo de 15 dias - Termo inicial - Publicação da sentença - Tempestividade - Desocupação do imóvel - Acordo extrajudicial - Perda do objeto - Recurso prejudicado em parte - Benfeitorias - Autorização do locador - Prova - Ausência - Princípio da boa-fé - Não ofensa - Art. 35 da Lei nº 8.245/91 - Indenização indevida..... 141

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Direito moral e patrimonial - Obra arquitetônica - Reprodução em latas de tinta e material publicitário sem autorização - Autorização do proprietário da casa - Irrelevância - Utilização da obra com finalidade comercial - Violação de direito patrimonial do autor - Reconhecimento - Violação de direito moral do autor - Dano moral indenizável 417

Procedimento cirúrgico - Responsabilidade civil objetiva - Elemento subjetivo - Dolo - Culpa - Responsabilidade do fornecedor - Responsabilidade do hospital por erro médico - Ausência de provas - Prova pericial 48

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

Batida na traseira - Culpa presumida - Presunção de culpa - Situação de emergência - Sinalização de advertência - Abalroamento traseiro - Termo inicial - Juros moratórios 282

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE

Cerceamento de defesa - Ausência de fundamentação - Estrada de acesso - Turbação - Requisitos - Inteligência do art. 561 do CPC/2015 101

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Ônus da prova - Boletim de ocorrência - Ausência de testemunhas - Declaração unilateral 297

Relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Resultado errado de exame - Contraprova - Ônus da prova - Laudo de exame laboratorial 287

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL

Exceção do contrato não cumprido - Art. 476 do Código Civil - Culpa recíproca - Multa rescisória - Perdas e danos - Não incidência - Retorno das partes ao *status quo ante* - Impossibilidade - Recomposição dos prejuízos - Devolução dos valores pagos excedentes - Multa tributária - Emitente da nota fiscal - Responsabilidade - Previsão Contratual 210

AÇÃO INDENIZATÓRIA

Responsabilidade civil - Veículo - Transferência - Infrações administrativas - Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro 188

AÇÃO ORDINÁRIA

Indenização - Empréstimo por meio de internet - Instituição financeira - Fraude - Google - Provedor de pesquisa - Mero hospedeiro da publicidade - Filtragem - Fiscalização do conteúdo - Impossibilidade - Ausência de responsabilidade solidária - Ato ilícito praticado por terceiro - Prova - Restituição devida - Dano moral - Ocorrência 119

AÇÃO ORDINÁRIA

Reiteradas interrupções de serviços de telefonia, TV por assinatura e internet - Empresa de telefonia - Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade objetiva - Direito da personalidade - Dano moral - Princípio da razoabilidade e proporcionalidade 276

AÇÃO POSSESSÓRIA

Reintegração de posse - Doação de imóvel público - Requisitos - Autorização legal - Avaliação do bem - Interesse público - Validade do negócio jurídico - Formalização - Escritura pública - Registro público - Necessidade - Posse precária - Detenção - Revogação - Legalidade - Administração pública - Poder discricionário - Ausência de interesse processual - Extinção do processo sem resolução do mérito 272

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

Estupro de vulnerável - Deficiente Mental - Art. 217-A do CP - Lei 12.015/09 do CP - Presunção de violência - Art.224 do CP - Revogação - Vítima interditada e alienada - Prova - *Abolitio Criminis* - Conduta atípica - Não reconhecimento 343

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Devedora em recuperação judicial - Busca e apreensão do bem - Bem alienado fiduciariamente essencial à atividade do devedor - Venda ou retirada do estabelecimento do devedor - Impossibilidade - Observância ao princípio da preservação da empresa - Artigos 6º e 47 da Lei nº 11.101/05 - Inteligência 301

AMEAÇA EM AMBIENTE DOMÉSTICO

Art. 147 do CP - Autoria e materialidade comprovadas - Excludente de culpabilidade - Art. 28 do CP - Embriaguez voluntária - Descaracterização - Substituição da pena - Grave ameaça - Reincidência - Maus antecedentes - Impossibilidade 311

ASSÉDIO MORAL

Ambiente de trabalho - Indenização - Danos morais - Desvio de função - Perseguição política - Constante humilhação - Proibição de trabalhar 108

AUSÊNCIA DE MUNICÃO

Pedido de absolvição por atipicidade da conduta - Crime de mera conduta - Incolumidade pública - Manutenção da condenação - Isenção do pagamento das custas processuais 391

AUTOBIOGRAFIA

Transmissão dos direitos autorais - Ônus da prova - Redator - Autor-fantasma 45

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Menor - Irmã encarcerada - Direito de visitação - Entidade familiar - Proteção 275

AUXÍLIO-ACIDENTE

Aposentadoria por invalidez - Cumulação de benefícios previdenciários - Valor recebido indevidamente pelo segurado - Repetição - Boa-fé - Proteção da confiança - Inércia da Administração Pública - Verba de caráter alimentar 191

- B -

BENEFÍCIO

Vale lanche - Servidor militar - Equiparação aos servidores do TJMG - Impossibilidade - Ausência de previsão legal 271

CARGO PÚBLICO

Afastamento - Crimes que guardam estrita relação com o mandato eletivo - Organização criminosa, lavagem de dinheiro e peculato - Possibilidade de reiteração delitiva - Revogação - Inviabilidade - Decisão devidamente fundamentada - Constrangimento ilegal não configurado 399

CÉDULA DE CRÉDITO

Embargos à execução - Cédula de crédito - Título executivo - Revisional de contrato - Capitalização de juros - Súmulas 539 e 541 do STJ - Entendimento novo - Juros remuneratórios - Taxa - Abusividade - Bacen - Comissão de permanência - Cumulação com outros encargos - Repetição simples de indébito 59

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Matrícula - Ausência de registro - Penhora - Embargos de terceiro - Simulação 228

CONCURSO PÚBLICO

Agravo interno - Decisão que indeferiu a concessão da liminar em mandado de segurança - Relevante fundamentação jurídica - Inexistência - Concurso público de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro de Minas Gerais - Pontos pelo exercício da advocacia ou pelo desempenho da atividade privativa do bacharel em Direito por mais de três anos - Cognição sumária - Desacerto que indefere a pontuação - Não demonstração 41

Contratação por tempo determinado - Maus antecedentes - Investigação social - Idoneidade moral - Conduta ilibada - Princípio da eficiência - Desclassificação do candidato - Princípio da razoabilidade - Quitação eleitoral - Suspensão dos direitos políticos - Sentença penal condenatória 236

Direito administrativo - Segundo agravo interno em agravo de instrumento - Mandado de segurança - Suspensão de concurso público não homologado - Possibilidade - Teoria do fato consumado - Impossibilidade - Precedentes 430

Soldado da polícia militar - Ingresso no CFSd - Limite de idade - Critério fixado em edital - Divergência com a lei de regência - Art. 5º, IV, da Lei do Estado de MG nº 5.301/69 - Estatuto dos militares - Inscrição indeferida - Confirmação da concessão da ordem mandamental de inscrição - Uniformização na interpretação da norma constitucional - RE nº 600.885/RS - Repercussão geral 131

CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Anulação de ato assemblear que deliberou pela proibição de auxílio a portador de necessidades especiais - Violação ao princípio da dignidade humana e da isonomia material - Eficácia horizontal dos direitos fundamentais - Dever de solidariedade - Obras de acessibilidade - Adequação arquitetônica para integração do portador de deficiência física - Necessidade reconhecida - Dano moral - Ocorrência - Valor - Redução - Prova testemunhal - Empregado antigo - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Existência de suspeição por interesse no litígio 68

CONSELHO DE SENTENÇA

Julgamento manifestamente contrário à prova dos autos - Inocorrência - Tese acusatória acolhida pelo Júri - Pretensão de atenuante - Formulação de quesito específico - Legítima defesa - Escusativa não acolhida pelo Júri - Impossibilidade - Alterações introduzidas pela Lei nº 11.698/98 - Inteligência - Interferência do MP nos depoimentos - Não comprovação - Ausência de protesto quanto ao tema - Preclusão..... 396

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Legitimidade passiva *ad causam* - Legitimado a receber - Dúvida - Pertinência subjetiva - Depósito 299

CONTRATO BANCÁRIO

Revisão - CDC - Aplicabilidade - Capitalização de juros - Periodicidade inferior a um ano - Crime contra o sistema financeiro nacional - Boa fé objetiva - Função social do contrato 94

Revisão - Juros remuneratórios - Limitação - Capitalização - Repetição em dobro - TAC e TEC 222

CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

Tarifa Interna de Retorno (TIR) - - Revisional - Execução de sentença - Cobrança indevida - Ausência de demonstração - Ônus da prova..... 154

CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Imóvel - Construtora - Laudo pericial - Entrega das chaves - Prova - Inexistência - Mora - Encargos - Não incidência - Despesas - Condomínio - IPTU - Responsabilidade do Locatário - Gastos convencionados em assembleia geral - Dever do comprador..... 265

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Indenização - Perdas e danos - Prazo indeterminado - Resilição unilateral - Prévia notificação - Exigência de investimento - Ônus da prova 290

CONTRAVENÇÃO PENAL

Vias de fato - Violência doméstica representação - Ausência - Irrelevância - Legitimidade ativa do Ministério Público - Ação penal pública incondicionada - STF - Precedente - Execução da pena 407

CRIME AMBIENTAL

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Pesca em período proibido - Art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/98 - CF, art. 225, § 3º - Aplicação da insignificância - Impossibilidade - Intenso grau de reprovabilidade - Crime de perigo 427

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA

Corrupção ativa - Equiparação a servidor público - Expedição de licença de aprendizagem - Ausência de recolhimento de taxa - Ato de ofício - Prova testemunhal - Causa de aumento de pena 381

CRIME CONTRA A PESSOA

Agressões físicas mútuas - Iniciativa da agressão - Dúvida - Absolvição 406

CRIME CONTRA A VIDA

Homicídio - Tentativa - Qualificadora - Decote - Impossibilidade - Arma de fogo sem munição - Posse irregular - Eficácia - Tipicidade 366

CRIMES CONTRA A FLORA

Crimes contra o meio ambiente - Corte de árvores sem permissão da autoridade competente - Absorção - Condenação - Dolo - Prefeito Municipal - Circunstâncias agravantes não alegadas na denúncia - Livre convencimento motivado - Concurso formal perfeito - Pena de multa 360

CRIMES CONTRA IDOSO

Maus-tratos - *In dubio pro reo* - Comportamento da vítima - Circunstância judicial neutra - Agravante do art. 61, II, *h*, CP - *Bis in idem* 329

CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA

Arts. 330 e 359 do CP - Descumprimento de medidas protetivas de urgência - Lei Maria da Penha - Não caracterização 405

- D -**DESACATO**

Atipicidade da conduta - Polícia Militar - Resistência à prisão - Embriaguez - Elemento subjetivo - Dolo específico - Testemunha - Absolvição 333

DOAÇÃO INOFICIOSA

Anulação - Prazo prescricional - Vintenário - Termo inicial - Registro do ato 53

- E -**EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR**

Menor portador de necessidades especiais - Atendimento especializado em instituição pública de ensino - Professor de apoio - Programa de educação inclusiva - Dever do Estado 114

ESPÓLIO

Devedor falecido anteriormente ao ajuizamento da ação - Inclusão dos sucessores - Alteração do polo passivo - Vedação nos termos da Súmula 392/STJ 304

ESTELIONATO

Indeferimento de provas - Cerceamento de defesa - Pena de multa - Redução - Abrandamento do regime - Absolvição - Impossibilidade 386

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA

Penhora - Bens do cônjuge do executado havidos por herança - Regime de casamento - Comunhão universal de bens - Ausência de cláusula de incomunicabilidade - Constrição judicial ilegal de bens de terceiro - Inocorrência..... 284

EXTORSÃO

Tentativa - Prescrição - Inocorrência - Crime complexo - Tutela do patrimônio e da integridade física do ofendido - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Periculosidade social - Alto grau de reprovabilidade do comportamento - Defensor dativo - Fixação de honorários - Cabimento..... 369

- F -

FALSIDADE IDEOLÓGICA

Inserção indevida de informação em atestado médico - Elemento subjetivo do tipo penal - Configuração - Desclassificação do delito - Impossibilidade - Art. 301, § 1º, do CP - Inteligência - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao réu - Cumprimento da pena - Condenado não reincidente - Pena inferior a quatro anos - Regime aberto..... 393

FURTO

Motocicleta - *Animus furandi* - Confissão - Retratação judicial - Dolo - Vigilância - Consumação - Inversão da posse do bem - Tentativa - Dosimetria da pena - Reincidência - Confissão..... 320

Recurso especial representativo da controvérsia - Rito previsto no art. 543-C do CPC - Direito penal - Momento da consumação - *Leading case* - Recurso Extraordinário nº 102.490/SP - Adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*) - Prescindibilidade da posse mansa e pacífica - Precedentes do STJ e do STF - Recurso especial provido..... 413

FURTO QUALIFICADO

Uso de chave falsa - Autoria e materialidade comprovadas - Reincidência - Exclusão 327

Violação de domicílio - Preliminar - Audiência de instrução e julgamento - Inversão da ordem estabelecida no art. 212 do CPP - Inquirição de testemunha - Sistema 'inquisitivo-garantista' - Lei 11.690/2008 - Eliminação do sistema presidencialista - Nulidade rejeitada - Crimes - Autoria e materialidade comprovadas - Absolvição - Impossibilidade 312

FURTO QUALIFICADO E MAJORADO

Rompimento de obstáculo - Concurso de pessoas - Repouso noturno - Princípio da insignificância - Furto famélico - Atenuante inominada - Corrupção de menores - Delito formal - Confissão espontânea 352

- H -

HABEAS CORPUS

Prisão preventiva - Homicídio qualificado e associação criminosa - Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal - Complexidade da causa - Vários réus - Contribuição da defesa para a demora - Inexistência de constrangimento ilegal 402

HOMICÍDIO CULPOSO

Acidente de Trabalho - Contrato verbal de empreitada - Proprietária da obra - Responsabilidade de fiscalização - Inexistência - Empreiteiro - Negligência - Culpa comprovada - Pena - Redução - Extinção da punibilidade - Prescrição - Ocorrência 346

HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO

Lista de jurados - Rol de testemunhas - Quesito obrigatório - Inexistência de nulidades - Rejeição das preliminares - Pena - *Quantum* - Modificação 375

- I -

IMÓVEL

Contrato de compra e venda - Entrega - Atraso - Rescisão - Inadimplemento da vendedora - Multa moratória 164

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ação civil pública - Nepotismo - Súmula vinculante 13 - Filho do prefeito - Nomeação como procurador-geral do município - Dolo genérico - Cumulatividade das sanções - Duplo grau de jurisdição obrigatório - Citação por edital..... 175

INCITAÇÃO DE MOVIMENTO PARA SUBVERTER A ORDEM

Desrespeito a ordem de agente penitenciário - Execução penal - Falta grave 364

INDENIZAÇÃO

Danos morais - Acidente de trânsito - Morte de filho menor de idade - Veículo dirigido por terceiro - Responsabilidade do proprietário - Responsabilidade civil - Sentença prolatada no juízo criminal - Independência - Pensão mensal - Arbitramento - Legitimidade de parte - Teoria da asserção..... 201

Danos morais - Dívida em clínica veterinária - Retenção do animal até o pagamento 143

Imóvel situado em área de risco - Demolição pelo município - Danos morais 257

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Fogos de artifício - Foguete - Rojão - Amputação da mão direita - Instruções da embalagem - Negligência - Culpa exclusiva da vítima - Ruptura do nexo causal - Código de Defesa do Consumidor 161

Transferência de servidor público - Mudança de setor - Ato discricionário da Administração Pública - Atividade administrativa - Mérito administrativo - Poder Judiciário - Legalidade - Ausência de abuso de poder 303

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

Furto de veículo em estacionamento privativo - Templo religioso - Atividade comercial - Fim lucrativo - Relação consumerista - Valor da condenação - Tabela FIPE 255

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Acidente de trânsito - Transporte coletivo - Ônibus - Dano moral - Critério de fixação - Seguradora - Liquidação extrajudicial - Incidência de juros e correção monetária 146

Responsabilidade civil do Estado - Morte de menor sob custódia - Medida protetiva de abrigo - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Omissão - Dever de guarda e vigilância - Abandono - Dano moral - Critério de fixação 204

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Venda de bebida alcoólica - Menor de idade - Não exigência de carteira de identidade - Artigo 81, II, c/c art. 243 do ECA - Infração 90

INJÚRIA RACIAL

Ação Penal pública condicionada à representação do ofendido - Formalidade - Não exigência - Extinção da punibilidade - Decadência - Comportamento do ofendido - Retratação - Incompatibilidade - Não ocorrência - Prova - Inexistência - Absolução 322

INVENTÁRIO

Casamento - Regime de comunhão universal de bens - Óbito do cônjuge na vigência do CC/1916 - Viúva meeira - Doação da metade da herança a um dos herdeiros - Adiantamento sem dispensa de colação - Equiparação da legítima entre descendentes 106

ITCD

Contrato de permuta de imóveis - Terreno permutado por uma unidade em edifício a ser erguido - Base de cálculo - Valor venal do imóvel 158

Pretensão de cobrança - Cisão parcial de empresas - Transmissão de bens imóveis - Suspensão da cobrança - Imunidade tributária - Atividade preponderante - Prazo para aferição de três anos - Lei municipal contrária à disposição normativa do CTN - Afastamento - Artigos 156, § 2º, I, da CF/88 e 37, §§ 1º e 2º, do CTN - Inteligência 128

- J -

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Registro de nascimento - Desconstituição - Declaração espontânea e voluntária - Presunção relativa - Alegação de erro essencial - Pedido de prova técnica não realizada - Cerceamento de defesa configurado..... 99

- L -

LICITAÇÃO

Valor estimado da contratação - Pesquisa de mercado - Referência - Pequenas oscilações entre o valor referenciado e o contratado - Possibilidade - Ausência de lesão ao erário - Ação civil pública - Autor - Condenação em honorários - Não cabimento - Ressalvada hipótese de má-fé..... 81

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Depósitos judiciais - Levantamento - Advogado - Procuração com poderes especiais para receber e dar quitação - Exigência de procuração por instrumento público - Desnecessidade - Ressalvada a hipótese em que analfabeto o outorgante - Artigos 105 do CPC de 2015 e 661, § 1º, do Código Civil - Inteligência..... 231

MARCA

Propriedade industrial - Anterioridade do registro - Expressão de uso comum - Exclusividade - Mitigação.... 166

MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Cópia de autorização prévia - *Credit scoring* - Avaliação de risco de concessão de crédito - Consumidor - Desnecessidade de consentimento - Lei do Cadastro Positivo - Privacidade - Transparência - Ausência de interesse de agir 214

MUNICÍPIO

Interesse de agir - Imposição de obrigação de fazer - Limpeza e retirada de entulho de oficina e terreno - Ausência de demonstração de que todas as medidas administrativas foram realizadas para a retirada dos criatórios das larvas de *aedes aegypti* - Judicialização caracterizada - Falta de interesse de agir confirmada..... 46

- N -

NULIDADE DO EXAME PERICIAL

Especialização médica - Complexidade do exame médico pericial - Falta de conhecimento técnico ou científico - Ausência de qualificação técnico-profissional - Substituição por profissional especializado - Médico especializado 51

- P -

PECULATO

Depositário infiel - Desvio de bem penhorado - Funcionário público - Equiparação - Apropriação indébita - Desobediência - Desclassificação - Confissão espontânea 371

PERÍCIA

Apuração quantitativa de danos - Fase de liquidação - Ausência de prova de culpa do Estado - Redução de honorários advocatícios 301

PESCA EM LOCAL PROIBIDO

Uso de redes de pesca - Inexistência de peixes pescados - Bem jurídico tutelado - Ausência de ofensa - Princípio da insignificância - Atipicidade 324

PODER FAMILIAR

Legitimidade ativa - Interesse de agir - Nulidade absoluta 113

PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO

Dano moral - Responsabilidade do fabricante - Dever de indenizar - Responsabilidade por vício do produto e do serviço - Valor da indenização 65

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Desenho industrial - Registro no INPI - Exclusividade - Contrafação - Indenização - Dano material - Dano moral - Competência 266

- Q -

Queixa-crime - Injúria - Prescrição penal - Prescrição retroativa - Extinção da punibilidade 41

- R -

RECEPTAÇÃO

Dolo - Ciência da origem ilícita do bem - *Res furtiva* - Aquisição muito inferior ao valor de mercado - Condenação 384

REEMBOLSO DE PLANO DE SAÚDE

Despesas médico-hospitalares no exterior - Emergência - Hospital não credenciado - Cláusula de limitação geográfica - Prevalência de imposição legal 225

REPARAÇÃO CIVIL

Acidente de veículo - Morte de servidor - Responsabilidade civil do Município - Jornada excessiva de trabalho - Culpa *in vigilando* - Danos morais - Reconhecimento - Critérios de fixação do dano moral - Existência de pensão previdenciária - Filhos menores - Fixação de pensão a título indenizatório - Possibilidade - Independência - Termo final de pagamento - Danos materiais - Correção monetária e juros - Súmulas 43 e 54 do STJ - Aplicação - Danos morais - Juros de mora - Desde a ocorrência do evento danoso - Correção monetária desde o arbitramento - Súmula 362 do STJ - Incidência 71

RESERVA LEGAL

Averbação - Cartório de Registro de Imóveis - Exigibilidade 183

RESÍDUOS SÓLIDOS

Disposição - “Lixão” - Ausência de licenciamento ambiental - Degradação ambiental - Multa - Exigibilidade - Lei posterior mais benéfica - Irretroatividade 126

RESPONSABILIDADE CIVIL

Dano moral - Perturbação do sossego - Emissão de ruídos excessivos - Incômodos persistentes por longo período de tempo - Comprovação - Lesão extrapatrimonial - Caracterização - Obrigação de indenizar 220

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Indenização por danos morais - Erro em cadastro - Suspeita de fraude - Perda temporária do seguro-desemprego - Verba alimentar - Única fonte de subsistência - Dano moral presumido - Condenação 97

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

Indenização por danos materiais - Lucros cessantes - Acidente de trânsito - Culpa - Nexo de causalidade - Dano material emergente - Orçamento - Autenticidade - Ônus da prova 82

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dano moral - Teoria do risco administrativo 77

ROUBO MAJORADO

Corrupção de menores - Excludente de ilicitude - Estado de necessidade - Art. 24 do CP - Não caracterização - Crimes - Pena de reclusão - Medida de segurança de internação - Tratamento ambulatorial - Substituição - Impossibilidade 377

- S -

SEGURO

Recolhimento das custas - Pedido de justiça gratuita - Ato incompatível - Veículo furtado - Cláusula limitativa do risco - Incremento do risco - Princípio da boa-fé 295

SEGURO DE IMÓVEL RESIDENCIAL

Ocorrência de vendaval - Destelhamento e infiltração comprovados - Ausência de agravamento do risco pelo segurado - Previsão contratual de cobertura - Obrigação de indenizar - Descumprimento da obrigação contratual - Dano moral - Não incidência..... 97

SERVIDOR PÚBLICO

Férias regulamentares - Pagamento - Ausência de comprovação - Vedação ao enriquecimento sem causa - Indenização devida 88

SONEGAÇÃO FISCAL

Excludente de culpabilidade - Dificuldade econômica da empresa - Dolo - Condenação - Circunstância atenuante - Impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal - Sanção pecuniária - Capacidade econômica do réu 397

SUPRESSIO

Condomínio edilício - Área comum - Utilização como garagem e box de despejo - Não exercício de direito - Largo interregno de tempo - Legítima expectativa - Boa-fé objetiva - Princípio da confiança - Fundamentação *per relationem* - Admissão pelo STF..... 252

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Benefício cabível em tese - Proposta não oferecida em primeira instância - Nulidade do processo - Ofensa ao devido processo legal - Crime contra as relações de consumo - Artigo 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 - Infração a que se comina pena de multa alternativa - Possibilidade de sursis processual quando a reprimenda de multa é alternativa à sanção privativa de liberdade - Entendimento dos Tribunais Superiores..... 358

- T -

TESTE DE APTIDÃO FÍSICA

Remarcação - Circunstância pessoal - Caso fortuito - Princípio da isonomia - Saúde - Intoxicação alimentar..... 134

TRÁFICO DE DROGAS

Associação para o tráfico e organização criminosa - Recurso ministerial: crime do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13 - Autoria e materialidade comprovadas - Crime formal - Condenação - Recursos defensivos: absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06) - Vínculo e estabilidade - Redução de penas - Causas de aumento e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito - Decote 337

TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS

Apreensão de veículo - Ressarcimento - Despesas com transbordo de passageiros - Transporte clandestino 286

- U -

USO DE DOCUMENTO FALSO

Ausência de prova pericial - Histórico escolar - Confissão - Prova documental - Prova testemunhal 410

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

Requisitos - *Animus domini* - Ausência - Contrato de comodato verbal - Posse precária - Posse indireta..... 122

UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS PARA FINS PARTICULARES

Princípio da identidade física do juiz - Princípio da probidade administrativa - Princípio da moralidade administrativa.....54

- V -

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Citação por edital - Não comparecimento - Prisão preventiva requerida pelo Órgão Ministerial - Requisitos do art. 312 do CPC - Ausência - Medidas cautelares diversas da prisão - Imposição - Inadmissibilidade 390

Criada em 1950, a Revista *Jurisprudência Mineira* veicula decisões selecionadas da mais alta Corte de Justiça de Minas Gerais, tendo como principal objetivo difundir o pensamento jurídico do TJMG.

A partir de 1990, passou a divulgar, devidamente credenciada, decisões do Superior Tribunal de Justiça, privilegiando aquelas relativas à competência recursal do TJMG. Dez anos depois, em 2000 (ano de seu Cinquentenário), obteve a permissão para publicar, também como repositório autorizado, acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Em 2002, incorporou-se à Escola Judicial Des. Edésio Fernandes-EJEF, tendo sido projetada sua modernização editorial (novos formato e capa), consolidada em dezembro de 2003.

Desde 2007, a Revista *Jurisprudência Mineira* encontra-se disponível, para acesso e *download*, no portal do TJMG e na página da EJEF, pelo endereço www.tjmg.jus.br/ejef, no *link* *Jurisprudência Mineira*, com certificado digital de autenticidade emitido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Além das seções de jurisprudência, a Revista abre espaço a matérias que exponham ou promovam a reflexão acerca de temas relevantes do mundo jurídico, bem como àquelas que contribuam para a preservação da Memória do Judiciário Mineiro.

Importante fonte de consulta para magistrados, assessores jurídicos, advogados, professores e estudantes de Direito, a *Jurisprudência Mineira* coloca-se à disposição de seus usuários e assinantes pelos *e-mails* gejur@tjmg.jus.br ou codit@tjmg.jus.br.

EJEF / DIRGED / GEJUR / CODIT



Informações: (31) 3247.8766 / 3247.8950